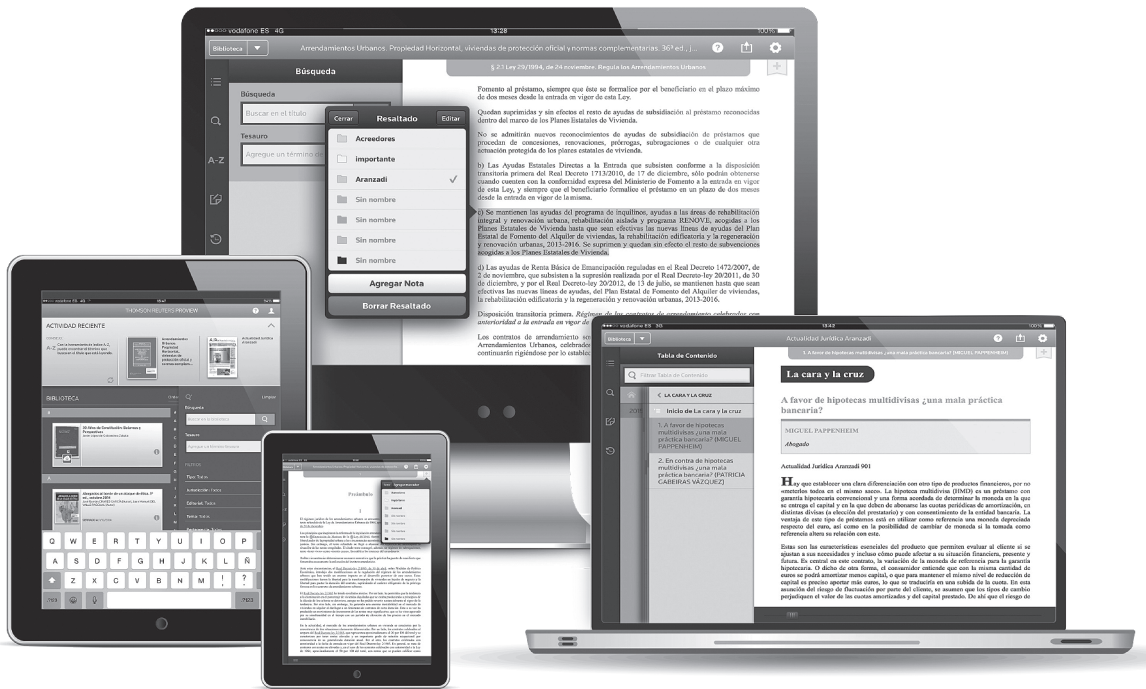


THOMSON REUTERS PROVIEW

¡ENHORABUENA!

USTED ACABA DE ADQUIRIR UNA OBRA QUE **YA INCLUYE LA VERSIÓN ELECTRÓNICA.**

DESCÁRGUELA AHORA Y APROVÉCHESE DE TODAS LAS FUNCIONALIDADES



Acceso interactivo a los mejores libros jurídicos desde iPad, Android, Mac, Windows y desde el navegador de internet

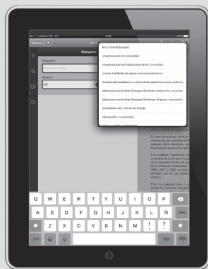


THOMSON REUTERS

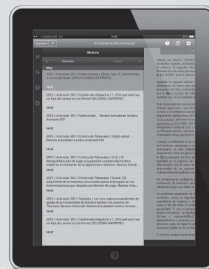
FUNCIONALIDADES DE UN LIBRO ELECTRÓNICO EN **PROVIEW**



SELECCIONE Y DESTAQUE TEXTOS
Haga anotaciones y escoja los colores para organizar sus notas y subrayados



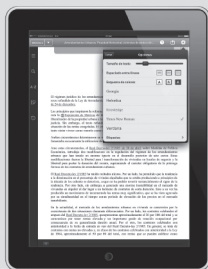
USE EL TESAURO PARA ENCONTRAR INFORMACIÓN
Al comenzar a escribir un término, aparecerán las distintas coincidencias del índice del Tesauro relacionadas con el término buscado



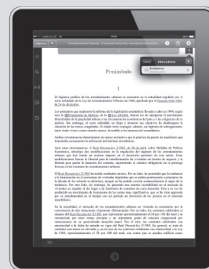
HISTÓRICO DE NAVEGACIÓN
Vuelva a las páginas por las que ya ha navegado



ORDENAR
Ordene su biblioteca por: Título (orden alfabético), Tipo (libros y revistas), Editorial, Jurisdicción o área del derecho, libros leídos recientemente o los títulos propios



CONFIGURACIÓN Y PREFERENCIAS
Escoja la apariencia de sus libros y revistas en ProView cambiando la fuente del texto, el tamaño de los caracteres, el espaciado entre líneas o la relación de colores



MARCADORES DE PÁGINA
Cree un marcador de página en el libro tocando en el icono de Marcador de página situado en el extremo superior derecho de la página



BÚSQUEDA EN LA BIBLIOTECA
Busque en todos sus libros y obtenga resultados con los libros y revistas donde los términos fueron encontrados y las veces que aparecen en cada obra



IMPORTACIÓN DE ANOTACIONES A UNA NUEVA EDICIÓN
Transfiera todas sus anotaciones y marcadores de manera automática a través de esta funcionalidad



SUMARIO NAVEGABLE
Sumario con accesos directos al contenido



THOMSON REUTERS

INFORMACIÓN IMPORTANTE: Si ha recibido previamente un correo electrónico con el asunto **“Proview – Confirmación de Acceso”**, para acceder a Thomson Reuters Proview™ deberá seguir los pasos que en él se detallan.

Estimado cliente,

Para acceder a la versión electrónica de este libro, por favor, acceda a <http://onepass.aranzadi.es>

Tras acceder a la página citada, introduzca su dirección de correo electrónico (*) y el código que encontrará en el interior de la cubierta del libro. A continuación pulse enviar.

Si se ha registrado anteriormente en **“One Pass”** (**), en la siguiente pantalla se le pedirá que introduzca la contraseña que usa para acceder a la aplicación **Thomson Reuters ProView™**. Finalmente, le aparecerá un mensaje de confirmación y recibirá un correo electrónico confirmando la disponibilidad de la obra en su biblioteca.

PROCESO DE ALTA DE LIBROS ELECTRÓNICOS

Esta página le permitirá dar de alta a través de Thomson Reuters ProView los libros electrónicos adquiridos en librerías y otros puntos de venta.

El proceso requiere del alta en OnePass y para ello deben ser facilitados algunos datos a modo de registro. Es posible que ya esté dado de alta, en ese caso utilice el mismo correo electrónico para que procedamos a la comprobación e introduzca el código de acceso llamado “Código” que le ha sido facilitado en el libro.

E-mail:

Código:

Thomson Reuters ProView es la aplicación del grupo Thomson Reuters España para la consulta de libros electrónicos.

La nueva herramienta permite a los usuarios mantener en un mismo espacio virtual su biblioteca profesional ofreciéndole además múltiples ventajas:

- Rápidas búsquedas por el contenido.
- Comodidad de navegación a través de sumarios interactivos.
- Acceso a la biblioteca desde cualquier ordenador o tablet.
- Copiar y pegar textos directamente sobre documentos.
- Saltos a las bases de datos de Thomson Reuters a través de relaciones documentales.
- Actualización de las ediciones vigentes en colecciones como Códigos o Practicum.

© 2014 Thomson Reuters Aranzadi
Siquete Técnico (34) 902 604 047

Si es la primera vez que se registra en **“One Pass”** (**), deberá cumplimentar los datos que aparecen en la siguiente imagen para completar el registro y poder acceder a su libro electrónico.

- Los campos **“Nombre de usuario”** y **“Contraseña”** son los datos que utilizará para acceder a las obras que tiene disponibles en **Thomson Reuters Proview™** una vez descargada la aplicación, explicado al final de esta hoja.

DATOS PERSONALES Y DE REGISTRO

N.I.F.: 11111111A

Cliente: Particular

Nombre: Pedro

Apellidos: Don Páez

País: España

Dirección: Avenida de la Paz

Código Postal: 00001

Provincia: Burgos

Localidad: Burgos

E-mail: email.cliente@thomsonreuters.com

Teléfono: 349812345678

CREACION DE CLAVES DE ACCESO

Nombre de usuario: pedro@paez

Contraseña:

Confirmar contraseña:

Programa seguridad: ¿Quién lee su primer email?

Ha leído y acepta la política de privacidad de datos

Ahora todas las Obras de Thomson Reuters España se publican en formato PDF.

Una combinación perfecta entre las ventajas que ofrece el papel de siempre y el formato electrónico a través de la aplicación Thomson Reuters ProView.

- Aranzadi
- Civitas
- Lex Nova

Grandes marcas grandes ventajas.

© 2014 Thomson Reuters Aranzadi
Siquete Técnico (34) 902 604 047

Cómo acceder a **Thomson Reuters Proview™**:

- **iPad:** Acceda a AppStore y busque la aplicación **“ProView”** y descárguela en su dispositivo.
- **Android:** acceda a Google Play y busque la aplicación **“ProView”** y descárguela en su dispositivo.
- **Navegador:** acceda a www.proview.thomsonreuters.com
- **Aplicación para ordenador:** acceda a <http://thomsonreuters.com/site/proview/download-proview> y en la parte inferior dispondrá de los enlaces necesarios para descargarse la aplicación de escritorio para ordenadores Windows y Mac.

(*) Si ya se ha registrado en **Proview™** o cualquier otro producto de Thomson Reuters (a través de One Pass), deberá introducir el mismo correo electrónico que utilizó la primera vez.

(**) **One Pass:** Sistema de clave común para acceder a Thomson Reuters Proview™ o cualquier otro producto de Thomson Reuters.



FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL

CONSEJO EDITORIAL

RICARDO ALONSO GARCÍA

LUIS DíEZ-PICAZO

TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

AURELIO MENÉNDEZ

ALFREDO MONTOYA MELGAR

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

DANIEL PRADES CUTILLAS

ABEL B. VEIGA COPO

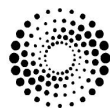
(Coordinadores)

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL

Autores

JESÚS M. ALEMANY EGUIDAZU	CARLOS PAREDES GALEGO
RAFAEL BUDI HURTADO	DANIEL PRADES CUTILLAS
INMACULADA HERBOSA MARTÍNEZ	MANUELA SERRANO SÁNCHEZ
JUANA MARÍA PARDO PARDO	JAVIER TORTUERO ORTIZ
ABEL B. VEIGA COPO	

CIVITAS



THOMSON REUTERS

Primera edición, 2015



THOMSON REUTERS PROVIEW™ eBooks

Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Civitas es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2015 [Thomson Reuters (Legal) Limited/Daniel Prades Cutillas y Abel B. Veiga Benito (Coords.)]

Editorial Aranzadi, S. A.
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)

Imprime: Rodona Industria Gráfica, S.L.
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 Pamplona

Depósito legal: NA 1301/2015

ISBN: 978-84-470-5323-0

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.

Printed in Spain. Impreso en España

SUMARIO

Página

TEMA 1

LAS FUENTES DEL DERECHO 27

DANIEL PRADES CUTILLAS

1. Concepto de Derecho y Seguridad Jurídica. Derecho y Justicia. Clases de Derecho	27
1.1. <i>Significado de Derecho</i>	27
1.2. <i>Derecho y Justicia, la seguridad jurídica</i>	28
1.3. <i>Derecho objetivo y derechos subjetivos</i>	29
1.4. <i>Derecho Natural y Derecho Positivo</i>	30
1.5. <i>Disciplinas Jurídicas</i>	31
2. La Norma Jurídica	32
2.1. <i>Concepto y caracteres</i>	32
2.2. <i>Clases de normas</i>	34
2.3. <i>Eficacia y aplicación</i>	35
2.3.1. Principios del Ordenamiento Jurídico	35
2.3.2. Eficacia de la norma y límites de su ejercicio	36
2.3.3. Vigencia y temporalidad	37
2.3.4. Interpretación de las normas	38
2.3.5. Adecuación de las normas: Analogía y Equidad	39
3. Fuentes del Derecho Positivo	40
3.1. <i>La Ley</i>	41
3.1.1. La Ley formal	41
3.1.2. Sistema normativo: organización jerárquica de las leyes	42
3.1.3. La Constitución Española de 1978	43
3.1.4. Iniciativa legislativa	44
3.1.5. Actividad legislativa del Parlamento	44
3.1.5.1. Leyes Orgánicas	44
3.1.5.2. Leyes ordinarias	45
3.1.5.3. Decretos Legislativos y Leyes de Bases	45
3.1.5.4. Decretos-Leyes	46

	Página
3.1.6. Actividad normativa del Ejecutivo	46
3.2. <i>La Costumbre</i>	47
3.3. <i>Los Principios Generales del Derecho</i>	49
3.4. <i>Jurisprudencia y Doctrina Científica</i>	50
4. Derecho Civil y Derecho Mercantil	51
4.1. <i>Criterios de aplicación de la norma mercantil</i>	52
4.2. <i>Fuentes del Derecho Mercantil</i>	54
5. Derecho Foral, Autonómico y Comunitario	56
5.1. <i>Formación del Derecho Español: Derecho Común y Foral</i>	57
5.2. <i>Derecho Autonómico</i>	60
5.3. <i>Derecho Comunitario</i>	60
Bibliografía	65
 TEMA 2	
EL SUJETO DE DERECHO: EMPRESA Y EMPRESARIO	67
 JUANA MARÍA PARDO PARDO	
1. La persona y sus clases	67
2. Las personas físicas: Capacidad jurídica y capacidad de obrar	68
2.1. <i>Nacimiento y requisitos</i>	69
2.2. <i>La capacidad de obrar. Edad, emancipación, incapacitación, discapacidad y prodigalidad</i>	70
2.3. <i>La muerte y declaración de fallecimiento</i>	74
2.4. <i>Matrimonio. Concepto y rasgos esenciales. El régimen económico del matrimonio: Las capitulaciones matrimoniales</i>	75
3. El Registro Civil	77
4. La persona jurídica	78
4.1. <i>La Organización Empresarial y concepto de Empresa. El contrato de sociedad</i>	78
4.2. <i>Clases de sociedades</i>	80
5. Empresario y concepto legal de comerciante. Tipología	84
6. Capacidad y prohibiciones	89
7. Empresario individual y empresario social	90
8. El Registro Mercantil	91
8.1. <i>Concepto</i>	91
8.2. <i>Principios de Publicidad Registral</i>	93

	Página
8.3. <i>Proceso de inscripción</i>	93
8.4. <i>Efectos de la inscripción en el Registro Mercantil</i>	96
8.5. <i>Registros Territoriales y el Registro Mercantil Central</i>	97
Bibliografía	99

TEMA 3

DERECHOS REALES	101
------------------------------	-----

ABEL B. VEIGA COPO / INMACULADA HERBOSA MARTÍNEZ

1. Los bienes. Concepto y clasificación	101
2. Derechos Reales: Concepto y caracteres	105
3. El Registro de la Propiedad	107
3.1. <i>Libros y asientos</i>	108
3.2. <i>El Procedimiento Registral</i>	114
4. Propiedad y posesión	116
4.1. <i>Objeto del derecho real de propiedad</i>	118
4.2. <i>Modos de adquisición de la propiedad y su protección</i>	120
4.3. <i>La posesión</i>	124
5. Usufructo y servidumbre	130
5.1. <i>Usufructo</i>	130
5.2. <i>Servidumbre</i>	134
6. Las garantías reales. Prenda e hipoteca	140
6.1. <i>La garantía real. Concepto y función</i>	140
6.2. <i>La prenda</i>	143
6.3. <i>La hipoteca</i>	146

TEMA 4

DERECHO DE LAS OBLIGACIONES	151
--	-----

JUANA MARÍA PARDO PARDO

1. Derechos reales y Derechos de crédito	151
2. La obligación. Concepto y elementos	152
3. Caracteres de la prestación	153
4. Clases de obligaciones	154
5. Extinción. Cumplimiento y otros supuestos	164
5.1. <i>Pago por el deudor al acreedor</i>	164

	Página
5.2. <i>El pago del tercero: acción de reembolso o reintegro y Acción de subrogación</i>	165
5.3. <i>El pago al acreedor aparente y al tercero</i>	166
5.4. <i>Los requisitos del cumplimiento</i>	167
5.5. <i>La mora del acreedor. El ofrecimiento del pago y la consignación</i>	170
5.6. <i>Formas especiales de cumplimiento</i>	172
5.7. <i>Otras formas de extinción de la obligación</i>	173
6. El incumplimiento de las obligaciones	179
6.1. <i>Clases de incumplimiento</i>	179
6.2. <i>Imposibilidad en el cumplimiento: Caso fortuito y fuerza mayor</i>	180
6.3. <i>La Mora o retraso en el cumplimiento</i>	182
6.4. <i>La Culpa</i>	184
6.5. <i>El Dolo</i>	186
6.6. <i>Consecuencias del incumplimiento</i>	187
Casos prácticos y jurisprudencia	188
Bibliografía	190
TEMA 5	
LOS CONTRATOS	193
JESÚS ALEMANY EGUIDAZU	
1. Los contratos. Concepto y clases	193
1.1. <i>Concepto</i>	193
1.2. <i>Clases de contratos</i>	195
2. Elementos esenciales y accidentales	198
2.1. <i>Elementos esenciales</i>	198
2.1.1. Consentimiento de los contratantes	198
2.1.2. Objeto del contrato	201
2.1.3. Causa del contrato	202
2.1.4. Forma del contrato	203
2.2. <i>Elementos accidentales</i>	204
3. Interpretación de los contratos	205
3.1. <i>Conceptos previos</i>	205
3.2. <i>Criterios de interpretación</i>	206
3.2.1. Interpretación subjetiva	206
3.2.2. Interpretación objetiva	206

	Página
4. Nulidad, anulabilidad e ineficacia	209
4.1. <i>Contrato inexistente</i>	209
4.2. <i>Contrato viciado</i>	210
4.3. <i>Contrato ilícito</i>	212
4.3.1. Infracción de principios fundamentales	212
4.3.2. Ilegalidad	213
4.4. <i>Contratos en fraude de acreedores</i>	213
4.5. <i>Contratos lesivos</i>	214
4.6. <i>Contratos abusivos</i>	214
4.7. <i>Contratos condicionales</i>	215
4.8. <i>Contratos frustrados</i>	215
4.9. <i>Contratos terminados</i>	216
5. Incumplimiento y sus efectos	217
5.1. <i>Incumplimiento</i>	217
5.2. <i>Efectos del incumplimiento</i>	219
Bibliografía	222

TEMA 6

CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES: LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO PRIVADO	223
---	------------

DANIEL PRADES CUTILLAS

1. Fuentes y clases de responsabilidad	223
1.1. <i>Responsabilidad Legal y Moral</i>	224
1.2. <i>La responsabilidad en el Derecho privado</i>	225
1.3. <i>Fuentes de las obligaciones</i>	226
1.3.1. Obligaciones legales	226
1.3.2. Obligaciones contractuales	227
1.3.3. Obligaciones extracontractuales	227
1.4. <i>Tipos de Responsabilidad</i>	229
1.4.1. Naturaleza: resarcitoria o sancionadora	229
1.4.2. Apreciación: causal u objetiva	231
1.4.3. Responsabilidad directa y subsidiaria	233
1.4.4. Fundamento de la Responsabilidad	234
1.4.5. Integración de los diferentes supuestos	235
1.5. <i>Responsabilidad ante la Administración pública</i>	235

	Página
2. La responsabilidad civil individual. Exigencia y alcance patrimonial ...	237
2.1. <i>Alcance personal de la responsabilidad</i>	237
2.1.1. Reclamación Judicial	238
2.1.2. Garantías del Acreedor	239
3. Régimen general de la responsabilidad del empresario	241
3.1. <i>La responsabilidad del empresario</i>	241
3.2. <i>La responsabilidad del comerciante casado</i>	242
3.2.1. La sociedad legal de gananciales	242
3.2.2. El Régimen de separación absoluta de bienes	244
3.2.3. El Régimen de Participación	245
3.2.4. Nulidad, Separación y Divorcio	246
3.2.5. El Comerciante casado	247
3.3. <i>El emprendedor de Responsabilidad Limitada</i>	249
3.4. <i>El empresario social: Extensión de la responsabilidad</i>	249
3.4.1. Extensión a los socios	250
3.4.2. Extensión a los Administradores	251
4. Régimen especial de la actividad empresarial	253
4.1. <i>Regulación de la actividad empresarial en el Mercado</i>	254
4.2. <i>Responsabilidad por bienes o servicios defectuosos</i>	255
4.3. <i>Responsabilidad por morosidad</i>	257
5. Responsabilidad Social de la empresa	258
Bibliografía	263
TEMA 7	
LAS SOCIEDADES MERCANTILES	265
RAFAEL BUDI HURTADO	
1. Tipos societarios. Sistema legal	266
1.1. <i>Sociedades civiles y mercantiles</i>	266
1.2. <i>Sociedades mercantiles personalistas y de capital</i>	267
1.3. <i>La sociedad irregular</i>	268
1.4. <i>Sociedades típicas y atípicas</i>	269
2. La sociedad colectiva	269
2.1. <i>Función económica de la sociedad colectiva</i>	269
2.2. <i>Concepto y características de la sociedad colectiva</i>	271

	Página
2.3. <i>Constitución de la sociedad colectiva</i>	272
2.4. <i>Estatuto jurídico de los socios</i>	273
2.4.1. Obligaciones y derechos de los socios	274
2.4.1.1. Obligaciones de los socios	274
2.4.1.2. Derechos de los socios	275
2.4.2. Adquisición y pérdida de la cualidad de socio	276
2.5. <i>La administración de la sociedad colectiva</i>	276
2.5.1. Gestión y representación	276
2.5.2. Ámbito material y formal de la administración	277
2.6. <i>Disolución y liquidación de la sociedad colectiva</i>	277
2.6.1. Disolución	278
2.6.2. Liquidación	279
3. La sociedad comanditaria simple	279
3.1. <i>Función económica de la sociedad comanditaria</i>	279
3.2. <i>Concepto y características de la sociedad comanditaria</i>	280
3.3. <i>Constitución de la sociedad comanditaria</i>	281
3.4. <i>Referencia comparada de la sociedad comanditaria con la sociedad colectiva, en lo relativo al estatuto jurídico de los socios, cambio de socios, administración, disolución y liquidación de la sociedad</i>	281
4. Las sociedades de capital. Aspectos generales. Denominación y objeto	282
4.1. <i>Concepto, carácter mercantil y personalidad jurídica de las sociedades de capital</i>	282
4.2. <i>Clases de sociedades de capital y diferencias básicas</i>	283
4.3. <i>Referencia particular a la sociedad comanditaria por acciones</i>	284
4.4. <i>Denominación y objeto de las sociedades de capital</i>	285
4.4.1. La denominación de las sociedades de capital	285
4.4.2. El objeto de las sociedades de capital	286
5. Entidades de base mutualista. La sociedad cooperativa	287
5.1. <i>Entidades de base mutualista</i>	287
5.2. <i>La sociedad cooperativa</i>	287
5.2.1. Clases de cooperativas	288
5.2.2. Órganos de las sociedades cooperativas	289
5.2.3. Constitución, modificaciones estatutarias, estructurales, y disolución y liquidación de las sociedades cooperativas ...	289
5.2.4. Obligaciones y Derechos de los socios	290

	<u>Página</u>
5.2.5. Obligaciones de las sociedades cooperativas en materia económica y contable	291
6. Sociedades mercantiles con un régimen jurídico especial	291
6.1. <i>Preliminar</i>	291
6.2. <i>La sociedad unipersonal de capital</i>	293
6.2.1. Tipos de sociedades unipersonales de capital y función económica	293
6.2.2. Régimen jurídico de las sociedades unipersonales de capital	293
6.3. <i>La sociedad anónima cotizada</i>	295
6.3.1. Finalidad económica de la cotización de las acciones	295
6.3.2. Transparencia y supervisión de las sociedades anónimas cotizadas	296
6.3.3. Régimen jurídico de las sociedades anónimas cotizadas ...	297
6.3.3.1. Especialidades en materia del capital, de las acciones representativas de éste y de las obligaciones emitidas por la Sociedad	297
6.3.3.2. Especialidades referidas a la Junta general de accionistas	299
6.3.3.3. Especialidades en materia de administración de la sociedad	300
6.3.3.4. Especialidades en materia de contabilidad e información societaria	302
6.4. <i>La sociedad profesional</i>	304
6.4.1. Características y función económica	304
6.4.2. Régimen jurídico de la sociedad profesional	304
6.5. <i>Las sociedades con capital público</i>	306
6.5.1. El Estado como empresario social	306
6.5.2. Características y clases de sociedades mercantiles con capital público	307
6.5.3. Régimen jurídico de la sociedad anónima con capital público	308
6.6. <i>La sociedad anónima europea (SE)</i>	309
6.6.1. Referencia a la normativa jurídica de la Unión Europea en materia de sociedades mercantiles	309
6.6.2. Función económica y modalidades de constitución de la SE ...	312
6.6.3. Régimen jurídico de la SE	314

	Página
Caso práctico	315
Bibliografía	316
TEMA 8	
LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: CONSTITUCIÓN	317
MANUELA SERRANO SÁNCHEZ	
1. Constitución simultánea y sucesiva	317
2. Escritura, inscripción y estatutos. Sociedad en formación. Nulidad de la sociedad	325
3. Aportaciones dinerarias y en especie. Control y saneamiento	333
4. Dividendos pasivos. Mora del accionista	339
5. Acciones y participaciones: clases y representación. Compraventa. Restricciones. Derechos reales	342
6. Emisión de obligaciones. Concepto de empréstito y requisitos de emisión. Tipos	359
Caso práctico	365
Bibliografía	366
Caso práctico	367
Bibliografía	368
TEMA 9	
ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD CAPITALISTA	369
JUANA MARÍA PARDO PARDO	
1. Expresión orgánica de la voluntad de la persona jurídica	369
1.1. <i>Junta General y órgano de Administración</i>	369
1.2. <i>Competencias y conflictos inter-orgánicos</i>	371
2. La Junta General. Tipos de Junta	375
3. Convocatoria, constitución y representación en Junta. Derecho de información. Deliberación y adopción de acuerdos. Impugnación de acuerdos sociales	377
4. El órgano de administración. Sistemas de gobierno corporativo: Monista y dualista	392
5. Nombramiento. Capacidad y prohibiciones. Duración. Retribución. Deberes. Responsabilidad	394
6. Deberes y responsabilidad de los administradores	399

	Página
6.1. <i>Deberes de los administradores</i>	399
6.1.1. Deberes fiduciarios	399
6.1.2. Deberes legales	405
6.2. <i>Responsabilidad de los administradores</i>	406
6.2.1. Presupuestos de la responsabilidad	407
6.2.2. Responsabilidad solidaria y causas de exoneración de la responsabilidad	407
6.3. <i>Acciones societarias de responsabilidad de administradores. Especial refe- rencia a la situación de concurso de la sociedad</i>	409
7. Consejo de Administración: Composición. Designación. Sistemas de representación proporcional y de cooptación de las Sociedades Anónimas. Organización y funcionamiento. Impugnación de acuer- dos. Delegación de facultades y facultades indelegables	415
8. Gobierno corporativo: El «buen gobierno» de las sociedades	420
Caso práctico	427
Bibliografía	427
 TEMA 10	
MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL ...	429
DANIEL PRADES CUTILLAS	
1. Régimen general de las modificaciones estatutarias	430
1.1. <i>Requisitos</i>	431
1.2. <i>Publicidad: Página web corporativa</i>	432
1.3. <i>Protección de los socios</i>	433
1.4. <i>Derecho de separación</i>	433
2. Capital social y patrimonio social	436
2.1. <i>Función de garantía</i>	436
2.2. <i>Equilibrio legal de capital y patrimonio</i>	438
2.3. <i>Reflejo estatutario de las operaciones de aumento y reducción: Requisitos comunes</i>	440
3. Operaciones de aumento del capital social	441
3.1. <i>Modalidades</i>	442
3.2. <i>Capital autorizado</i>	443
3.3. <i>Operaciones de aumento del patrimonio social</i>	444
3.3.1. Derecho de suscripción preferente	444

	Página
3.3.1.1. Ejercicio del derecho	446
3.3.1.2. Supresión del derecho: prima de emisión	446
3.3.2. Aumento mediante nuevas aportaciones	447
3.3.3. Conversión de créditos ordinarios y obligaciones en capital	448
3.4. <i>Suscripción pública de nuevas acciones</i>	449
3.5. <i>El aumento incompleto</i>	450
3.6. <i>Operaciones de reestructuración contable del patrimonio social</i>	451
3.7. <i>Inscripción en el registro mercantil</i>	452
4. Operaciones de disminución del capital social	452
4.1. <i>Modalidades</i>	453
4.2. <i>Operaciones de reducción del patrimonio social</i>	454
4.2.1. Devolución de aportaciones	454
4.2.2. Adquisición de acciones propias	455
4.3. <i>Tutela de los acreedores</i>	456
4.3.1. Derecho de oposición de los acreedores	456
4.3.2. Responsabilidad limitada de los socios por las deudas sociales	458
4.4. <i>Operaciones de reestructuración contable del patrimonio social</i>	459
4.5. <i>Aumento y disminución simultáneos: Operación acordeón</i>	461
5. Modificaciones estructurales de las sociedades	461
5.1. <i>Transformación</i>	462
5.1.1. Procedimiento	462
5.1.2. Consecuencias	463
5.2. <i>Traslado internacional del domicilio social</i>	465
6. Fusión, escisión y cesión de activos y pasivos	466
6.1. <i>Concepto y modalidades</i>	466
6.2. <i>Procedimiento</i>	467
6.2.1. Proyecto de la operación	468
6.2.2. Acuerdo de fusión o escisión	470
6.2.3. Fusiones especiales	471
6.3. <i>Cesión en bloque de activos y pasivos: Segregación, constitución mediante traspaso patrimonial y cesión global</i>	472
6.4. <i>Garantías del proceso</i>	473
6.4.1. Derecho de Oposición	474
6.4.2. Responsabilidad por las deudas anteriores	474

	Página
7. Disolución, liquidación y extinción	475
7.1. <i>La disolución: causas y modalidades</i>	475
7.1.1. Disolución Automática	476
7.1.1.1. Caducidad de la sociedad	476
7.1.1.2. Insuficiencia de capital	476
7.1.2. Supuestos especiales o <i>extravagantes</i>	477
7.1.2.1. Disolución por Liquidación Concursal	478
7.1.2.2. Disolución por infracción de la Ley de Marcas	479
7.1.2.3. Disolución de la sociedad delincente	479
7.1.3. Disolución Obligatoria: Causas legales y estatutarias	480
7.1.4. Disolución Voluntaria	483
7.2. <i>Procedimiento de la disolución</i>	483
7.2.1. Supuestos automáticos y especiales	483
7.2.2. Supuestos voluntarios	484
7.2.3. Supuestos obligatorios	484
7.2.3.1. Disolución por Acuerdo de Junta General	485
7.2.3.2. Disolución Judicial	486
7.2.3.3. Responsabilidad del Administrador	486
7.3. <i>Liquidación, extinción y reactivación</i>	487
Caso práctico	489
Bibliografía	489
TEMA 11	
TÍTULOS VALORES	491
RAFAEL BUDI HURTADO	
1. Los Títulos valores	491
1.1. <i>Concepto de los Títulos valores</i>	491
1.2. <i>Clases de Títulos valores</i>	492
1.3. <i>Alternativa al uso de los Títulos-valores</i>	493
2. La letra de cambio	493
2.1. <i>Concepto y función económica de la letra de cambio</i>	493
2.2. <i>Creación, requisitos formales y sujetos de la letra</i>	495
2.2.1. La creación de la Letra	495
2.2.2. Requisitos formales de validez	496

	Página
2.2.3. Sujetos que pueden intervenir en la Letra	498
2.3. <i>La aceptación de la letra de cambio</i>	499
2.3.1. Concepto y forma de la aceptación	499
2.3.2. Clases y efectos de la aceptación. Consecuencias de la negativa a aceptar la Letra	500
2.4. <i>El endoso de la letra</i>	502
2.4.1. Concepto, sujetos y forma del endoso	502
2.4.2. Clases y efectos del endoso	503
2.4.2.1. Endoso pleno	503
2.4.2.2. El endoso limitado	503
2.5. <i>El aval de la letra</i>	504
2.5.1. Concepto, sujetos y forma del aval	504
2.5.2. Clases y efectos del aval	505
2.6. <i>Cláusulas facultativas de la letra de cambio</i>	505
2.7. <i>El vencimiento, la presentación y el pago voluntario de la letra</i>	506
2.7.1. El vencimiento de la Letra	506
2.7.2. La presentación al pago	508
2.7.3. El pago voluntario de la Letra. Forma y efectos del pago ...	509
2.8. <i>El impago de la letra</i>	509
2.8.1. Consecuencias de la falta de pago voluntario	509
2.8.2. Constatación del impago	510
2.8.3. La reclamación judicial de la Letra	512
3. El cheque	515
3.1. <i>Concepto y función económica del cheque</i>	515
3.2. <i>Requisitos formales de validez y sujetos del cheque</i>	515
3.3. <i>Clases de cheques</i>	517
3.4. <i>El endoso y el aval del cheque</i>	518
3.5. <i>La presentación y el pago del cheque. Consecuencias de su impago y reclamación judicial</i>	519
4. El pagaré	521
4.1. <i>Concepto y función económica del pagaré</i>	521
4.2. <i>Requisitos de validez y sujetos del pagaré</i>	522
4.3. <i>Clases de pagarés</i>	522
4.4. <i>Régimen jurídico de funcionamiento del pagaré</i>	523
Caso práctico	523

	Página
Anexo	525
A. <i>Letra de cambio</i>	525
B. <i>Cheque</i>	526
C. <i>Pagaré</i>	526
Bibliografía	526
TEMA 12	
EL DERECHO INDUSTRIAL Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA	529
CARLOS PAREDES GALEGO / JAVIER TORTUERO ORTIZ	
1. El derecho industrial	529
2. La propiedad industrial: Su relevancia para la empresa y su protección a través del derecho de la propiedad industrial	530
3. Las patentes	531
3.1. <i>Concepto de patente y requisitos de patentabilidad</i>	531
3.2. <i>Clases de patentes</i>	533
3.3. <i>El inventor</i>	534
3.4. <i>Procedimiento de concesión</i>	535
3.4.1. Procedimiento de concesión de patentes en España	535
3.4.2. Procedimiento de concesión ante la Oficina Europea de Patentes	536
3.5. <i>Duración y contenido del derecho de patente</i>	536
3.6. <i>Mantenimiento y defensa del derecho de patente</i>	537
3.6.1. Mantenimiento	537
3.6.2. Defensa	538
3.7. <i>La patente como objeto del tráfico jurídico: Cesiones y licencias</i>	538
3.8. <i>Extinción de la patente</i>	540
3.8.1. Nulidad	540
3.8.2. Caducidad de la patente	540
4. Los modelos de utilidad	540
5. Las topografías de los productos semiconductores	541
6. El diseño industrial	542
6.1. <i>Introducción y concepto</i>	542
6.2. <i>Requisitos de protección</i>	543
6.3. <i>Procedimiento de registro</i>	543
6.4. <i>Contenido de la protección</i>	544

	Página
7. Los signos distintivos: las marcas y los nombres comerciales	545
7.1. <i>Las marcas</i>	545
7.1.1. Concepto	545
7.1.2. Funciones	546
7.2. <i>Requisitos de validez</i>	547
7.2.1. Las prohibiciones absolutas	547
7.2.2. Las prohibiciones relativas	548
7.3. <i>Procedimiento de registro de la marca</i>	549
7.4. <i>Contenido del derecho de marca</i>	549
7.4.1. Protección	549
7.4.2. La marca como objeto del tráfico jurídico	550
7.4.3. Defensa de la marca	550
7.5. <i>Extinción de la marca</i>	551
7.6. <i>Los nombres comerciales</i>	552
8. Signos afines: Los nombres de dominio en Internet	553
9. Las denominaciones de origen e indicadores geográficos de procedencia	554
10. Los derechos de propiedad industrial con eficacia a nivel comunitario e internacional	555
10.1. <i>La patente europea unitaria (PEU)</i>	555
10.2. <i>La marca comunitaria</i>	556
11. El Derecho antitrust o de defensa de la competencia	557
11.1. <i>Introducción</i>	557
11.2. <i>Antecedentes, naturaleza y distinción con el derecho de la competencia desleal</i>	558
11.3. <i>Conductas prohibidas por el Derecho de la competencia (control ex-post) ...</i>	559
11.4. <i>Conductas sometidas al control de las autoridades de competencia (concentraciones y ayudas de Estado) (control preventivo)</i>	565
12. El Derecho de la competencia desleal	570
12.1. <i>Introducción</i>	570
12.2. <i>El concepto de competencia desleal y la cláusula general de prohibición ...</i>	571
12.3. <i>La tipificación de los actos de competencia desleal</i>	572
12.4. <i>Las acciones frente a actos de competencia desleal</i>	576
13. La publicidad	578
14. Bibliografía complementaria	579
14.1. <i>Derecho industrial</i>	579

	Página
14.2. <i>Derecho de la competencia</i>	581
TEMA 13	
REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS CRISIS ECONÓMICAS: LA INSOL- VENCIA	583
ABEL B. VEIGA COPO / DANIEL PRADES CUTILLAS	
1. Concurso de acreedores: Principios Generales de la Ley Concursal ...	583
2. Las soluciones paraconcursoales	587
2.1. <i>Comunicación de negociaciones del 5 bis LC</i>	587
2.2. <i>Acuerdos de refinanciación</i>	589
3. Presupuestos objetivo, subjetivo y formal del concurso de acreedores ...	597
4. La declaración de concurso y sus efectos. La administración	604
5. La masa activa: Reducción y reintegración	615
6. La masa pasiva: Clasificación de los créditos	621
7. Soluciones del concurso: Sobreseimiento, convenio y liquidación	631
7.1. <i>Sobreseimiento</i>	631
7.2. <i>Convenio</i>	632
7.3. <i>Liquidación</i>	639
7.3.1. Efectos de la liquidación	642
7.3.1.1. Sobre el concursado	642
A. Persona física	643
B. Persona jurídica	643
7.3.1.2. Sobre los créditos	645
A. Sustitución procesal	645
B. Ejercicio de acciones del concursado	646
C. Ejecución de garantías reales	647
D. Vencimiento y liquidación anticipados	647
7.3.2. Operaciones de liquidación	647
7.3.2.1. Garantías del procedimiento	647
7.3.2.2. Reintegración y reducción	648
7.3.2.3. El plan de liquidación	648
7.3.2.4. Reglas supletorias	650
A. Venta en bloque	650
B. Venta de unidades productivas indepen- dientes	651

	Página
7.3.3. El pago a los acreedores	651
7.3.3.1. Créditos contra la Masa	652
7.3.3.2. Créditos con privilegio especial	652
7.3.3.3. Créditos con privilegio general	653
7.3.3.4. Créditos ordinarios	653
7.3.3.5. Créditos subordinados	653
7.3.3.6. Créditos plurales	654
8. La calificación y la responsabilidad concursal	654
8.1. <i>Concurso culpable y fortuito</i>	654
8.2. <i>Apreciación de la culpabilidad</i>	656
8.2.1. <i>Apreciación causal</i>	657
8.2.2. <i>Apreciación directa</i>	657
8.2.3. <i>Apreciación objetiva</i>	658
8.3. <i>Consecuencias de la sentencia de culpabilidad</i>	661
8.3.1. <i>Contenido de la sentencia</i>	661
8.3.2. <i>Consecuencias personales: Inhabilitación</i>	662
8.3.3. <i>Consecuencias patrimoniales</i>	663
8.3.4. <i>Extensión de la responsabilidad patrimonial en el Concurso</i>	663
Caso práctico	664
Bibliografía	665



TEMA 1

LAS FUENTES DEL DERECHO

Daniel Prades Cutillas

SUMARIO: 1. CONCEPTO DE DERECHO Y SEGURIDAD JURÍDICA. DERECHO Y JUSTICIA. CLASES DE DERECHO. 1.1. *Significado de Derecho*. 1.2. *Derecho y Justicia, la seguridad jurídica*. 1.3. *Derecho Objetivo y derechos subjetivos*. 1.4. *Derecho Natural y Derecho Positivo*. 1.5. *Disciplinas Jurídicas*. 2. LA NORMA JURÍDICA. 2.1. *Concepto y caracteres*. 2.2. *Clases de normas*. 2.3. *Eficacia y aplicación*. 2.3.1. Principios del Ordenamiento Jurídico. 2.3.2. Eficacia de la norma y límites de su ejercicio. 2.3.3. Vigencia y temporalidad. 2.3.4. Interpretación de las normas. 2.3.5. Adecuación de las normas: Analogía y Equidad. 3. FUENTES DEL DERECHO POSITIVO. 3.1. *La Ley*. 3.1.1. La Ley formal. 3.1.2. Sistema normativo: organización jerárquica de las leyes. 3.1.3. La Constitución Española de 1978. 3.1.4. Iniciativa legislativa. 3.1.5. Actividad legislativa del Parlamento. 3.1.5.1. Leyes Orgánicas. 3.1.5.2. Leyes ordinarias. 3.1.5.3. Decretos Legislativos y Leyes de Bases. 3.1.5.4. Decretos-Leyes. 3.1.6. Actividad normativa del Ejecutivo. 3.2. *La Costumbre*. 3.3. *Los Principios Generales del Derecho*. 3.4. *Jurisprudencia y Doctrina Científica*. 4. DERECHO CIVIL Y DERECHO MERCANTIL. 4.1. *Criterios de aplicación de la norma mercantil*. 4.2. *Fuentes del Derecho Mercantil*. 5. DERECHO FORAL, AUTÓNOMICO Y COMUNITARIO. 5.1. *Formación del Derecho Español: Derecho Común y Foral*. 5.2. *Derecho Autonómico*. 5.3. *Derecho Comunitario*. BIBLIOGRAFÍA.

1. CONCEPTO DE DERECHO Y SEGURIDAD JURÍDICA. DERECHO Y JUSTICIA. CLASES DE DERECHO

1.1. SIGNIFICADO DE DERECHO

El término Derecho procede etimológicamente del latín *Directum*, cuyo sentido es encaminar o conducir, representa por tanto el Derecho un conjunto de reglas de comportamiento social cuya función es ordenar la convivencia social dirigiéndola, organizándola y previendo la resolución de conflictos entre las personas, o sujetos del Derecho, en la realización de un ideal de Justicia.

Comparte así origen con la expresión Dirigir, lo que nos permite establecer una vinculación con la función del Director, quien conduce o

encamina el destino de la empresa hacia un objetivo, que ha de respetar las normas de convivencia, es decir el Derecho. Así pues el Director de la empresa ha de regirla, en interés particular, respetando el conjunto de mandatos del Derecho, en interés general, la conduce así en pos de un legítimo interés particular pero con respeto del superior interés general.

Este interés general se organiza en torno a tres conceptos esenciales, que son en sí los fines del Derecho, se trata de la Justicia, la Seguridad Jurídica y el Bien Común.

1.2. DERECHO Y JUSTICIA, LA SEGURIDAD JURÍDICA

No son lo mismo Derecho y Justicia, pues mientras el primero se refiere al conjunto de normas que organizan la sociedad, la segunda es un ideal a alcanzar, un fin social. Podríamos decir que la Justicia es un fin ideal, un objetivo a lograr, mientras el Derecho es un medio para alcanzar ese fin superior que es la Justicia. El Derecho comparte ese fin con la Ética y la Moral, si bien se diferencia de éstas en un elemento esencial que es el poder coercitivo o coactivo, la capacidad social de obligar al cumplimiento de las normas que componen el Derecho.

Así mientras la Ética tiene un sentido filosófico y la Moral un componente religioso, y ambas comparten la característica de obligar a las personas tan sólo en su fuero interno, en tanto que individuos pertenecientes o no a un sistema religioso, el Derecho tiene la capacidad de imponerse al individuo desde el exterior a través de su coercitividad, que significa que el individuo puede ser obligado a cumplir la norma jurídica mediante la imposición externa de la sociedad a través del auxilio de la organización judicial.

Ni la Ética, ni la Moral ni el Derecho tienen la capacidad de impedir la realización de actos injustos, tan sólo pueden dar consecuencias a estos actos. Pero mientras las exigencias éticas afectan al fuero interno de la persona y las morales están en relación con la práctica de una religión, las jurídicas, las que se regulan mediante el Derecho, pueden ser impuestas aquí y ahora. El comportamiento individual conforme a Derecho es inmediata y socialmente exigible a la persona, y la desviación corregida a través de un sistema que da, o debiera dar, consecuencias inmediatas a las transgresiones. El Derecho no puede impedir los actos de las personas, pero impone a los actos desviados unas consecuencias inmediatamente exigibles.

El Derecho integra por lo tanto un sistema específico de resolución de conflictos, capaz de imponer a los individuos tanto sus normas como las consecuencias del incumplimiento. Determina los límites de nuestros actos y a

la vez nos protege de la extralimitación de los terceros, por eso decimos que nuestros derechos acaban donde comienzan los de los demás, y viceversa.

Llamamos Seguridad Jurídica al principio según el cual todos podemos recurrir al auxilio de los tribunales para obtener la aplicación de la norma, pero a la vez podemos y debemos conocer de antemano la norma para que ésta nos sea exigible. A través de la Seguridad Jurídica obtenemos la certeza de que si nuestro comportamiento se ajusta a Derecho no podremos ser obligados a actuar de otra forma, y al mismo tiempo podremos exigir que los terceros respeten nuestros actos e intereses, sin que a nadie sea exigible ni tampoco deba soportar un comportamiento no amparado por la norma. Consiste pues en la teórica certeza de la aplicación de una norma conocida de antemano, aunque no necesariamente del resultado de esa aplicación, pues éste dependerá y se verá matizado y atemperado por otras circunstancias que se analizarán más adelante.

Junto a la idea de Justicia y de Seguridad Jurídica aparece, como tercer objetivo a lograr mediante la aplicación del Derecho, el concepto de Bien Común como entidad superior al interés particular que debe someterse al primero. Así el Derecho procurará ante todo el recto funcionamiento de las instituciones y comportamiento de las personas en aras de la realización de un bien superior a los objetivos e intereses individuales, pero a la vez con respeto a éstos y sin sacrificarlos arbitrariamente, riesgo del que nos protege la seguridad jurídica.

1.3. DERECHO OBJETIVO Y DERECHOS SUBJETIVOS

Hasta aquí hemos utilizado la expresión Derecho, con mayúscula, en un sentido global y generalizador, acepción que integramos más habitualmente bajo el concepto de Derecho Objetivo. Bajo esta expresión recogemos el conjunto de normas que regulan el comportamiento social, y es equivalente a la también generalizada de Ordenamiento Jurídico, si bien en ésta hemos de reconocer un matiz superior, de orden sistemático y organizativo, comprensivo no sólo de un conjunto sistematizado de normas sino también de las instituciones encargadas de su cumplimiento.

Pero cabe también, y es común, su uso en una segunda acepción en la que derecho, con minúscula, es cualquier facultad que la Ley concede a la persona. Utilizamos la expresión en este caso en el sentido de derecho subjetivo, y cuando decimos «*tengo derecho a...*» estamos diciendo que nuestro comportamiento está amparado por la norma y que en consecuencia podemos exigir que sea respetado por los terceros.

El Derecho Objetivo es pues el conjunto de normas que regulan la actividad de las personas dentro de un grupo social, los derechos subjetivos son la facultades que esas normas atribuyen a las personas en su actuación frente a los demás.

1.4. DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO

Debemos pararnos también a considerar el origen del conjunto de normas que llamamos Derecho, en cuya discusión cabe distinguir dos escuelas clásicas. De un lado el pensamiento *Iusnaturalista* defiende la existencia de un Derecho Natural, inmanente al ser humano y que se ve directamente reflejado en la idea de Justicia, que se supone común y compartido por toda la Humanidad. De este sentido general de lo justo y lo injusto procederían las normas de lo que hoy llamamos Derecho.

En el frente opuesto está la tesis *Iuspositivista*, según la cual el único Derecho existente es el procedente de la autoridad social, sin lugar a consideraciones sobre si la norma es o no justa, para la escuela del Derecho Positivo sólo lo es la norma dictada por el Estado.

Como superación del enfrentamiento nace la tesis de la escuela histórica del Derecho, para ésta el Derecho es fruto de la decantación y depuración de la costumbre de cada grupo social, es una creación de la comunidad. El Derecho surge pues del cuerpo social, igual que el idioma o las costumbres y usos sociales, se trata de una manifestación social que el Estado recoge, ordena y organiza, devolviéndola a la comunidad en forma de leyes y normas de carácter jurídico.

El Ordenamiento Jurídico se legitima precisamente a través de esta doble vía de nacimiento. Nos obliga por tratarse de una creación formal del Estado, es decir una manifestación de la *auctoritas* que los ciudadanos concedemos al cuerpo político superior en que nos organizamos y al que concedemos la capacidad de ordenar, mediante leyes, la convivencia común.

A la vez es una creación material de la propia sociedad, de la que emanan las ideas y conceptos de lo que es justo, a las que voluntariamente se somete. La norma considerada socialmente innecesaria decae por desuso, porque el cuerpo social la rechaza o simplemente no la utiliza y pierde su *effectus* social, su acogida voluntaria por los ciudadanos.

Su imposición en contra del sentir social traspasa los límites del contrato social y del estado de Derecho y esto sólo es admisible en virtud de la tercera razón legitimadora: el argumento teleológico. La finalidad de la

norma es el bien común y sólo en razón de éste cabe exigir la sumisión del interés particular, así el bien común se convierte en la *ratio* del derecho.

1.5. DISCIPLINAS JURÍDICAS

Dentro del Derecho Objetivo cabe distinguir a su vez diferentes tipos o clases de derecho, que atienden a la especialización del mismo en distintas materias. Así hablamos en general de *Derecho Público* y *Derecho Privado*, que comprenden el conjunto de normas que regulan la organización y funcionamiento del estado y las relaciones entre este y los individuos –Derecho Público– o exclusivamente las relaciones entre los particulares en plano de igualdad, Derecho Privado.

A su vez dentro del Derecho Público podemos considerar diferentes disciplinas especializadas por razón de la materia que regulan. El *Derecho Político o Constitucional* versa sobre la organización y estructura del estado, las instituciones de gobierno y representación, el ejercicio y límites de sus poderes frente al ciudadano y los derechos de éste que se consideran como fundamentales.

El *Derecho Administrativo* atiende al orden en la actuación de la Administración Pública, y a las relaciones entre ésta y los ciudadanos. La potestad sancionadora del Estado y las garantías del procedimiento de su ejercicio. El *Derecho Financiero y Tributario o Fiscal* establece las necesidades económicas del estado, los recursos a su disposición y la aportación de los particulares, mediante impuestos y tributos, al erario público, que habrá de atender con los fondos así reunidos las necesidades relevantes para el desarrollo de la sociedad y el fin común.

El *Derecho Penal* se ocupa de la protección y tutela de los derechos de los ciudadanos ante las conductas desviadas –delitos y faltas– que lesionan los denominados bienes jurídicos protegidos, tales como la vida y la integridad física, el patrimonio, el buen orden social y la propia seguridad jurídica; tiene encomendada específicamente la corrección de las conductas desviadas, tanto desde el punto de vista meramente punitivo, castigándolas, como preventivo mediante la reinserción del delincuente.

El *Derecho Procesal* regula los procedimientos judiciales, es decir la facultad del ciudadano de acudir a los Tribunales en defensa de sus intereses, el desarrollo de los diferentes procedimientos en materia civil, penal, laboral o contencioso-administrativa, las garantías, ritos y secuencia de cada tipo de proceso, la adecuación de las sentencias y finalmente su ejecución e imposición a las partes. A su vez, podemos distinguir dentro de éste

diferentes modalidades, según el tipo de procesos que regulen, hablamos por ejemplo de Derecho Procesal Civil y Penal o Criminal, y también de Procedimiento Laboral y Administrativo.

Por su parte, dentro del Derecho Privado distinguimos Derecho Civil y Derecho Mercantil. El *Derecho Civil* se ocupa de las personas y las relaciones de éstas entre sí, tanto personales y familiares como económicas –el patrimonio y los límites del ejercicio de los derechos patrimoniales– y del destino de éstas mediante la sucesión testamentaria o no. Es decir que trata de la esfera más personal de las relaciones de los individuos.

El *Derecho Mercantil* regula la actividad empresarial, tanto desde el ejercicio individual como colectivo, a través de los diferentes tipos de sociedades mercantiles que tipifica, ordena y regula. Igualmente ordena el funcionamiento de los mercados, la competencia leal entre las empresas, y procura la protección de los consumidores.

Por último el *Derecho Laboral* queda a caballo entre el público y el privado, pues aunque regula el desarrollo de las relaciones entre empresas y trabajadores, inicialmente de carácter privado, lo hace desde un concepto de protección de los derechos de los trabajadores que se aproxima más al concepto del derecho público.

2. LA NORMA JURÍDICA

2.1. CONCEPTO Y CARACTERES

Entendemos por norma jurídica el mandato abstracto y general que plantea una hipótesis de conducta y establece una concreta consecuencia de ésta, coordinando el supuesto de hecho con su correspondiente consecuencia jurídica. Se trata, en palabras del Prof. De Castro de un «mandato jurídico con eficacia social organizadora». Así entendida, la norma jurídica ha de reunir tres características esenciales, sin las cuales no podrá calificarse de tal.

En primer lugar ha de ser *general*, es decir aplicable sin excepción personal alguna a todo el cuerpo social sobre el que rige y al que regula y organiza, y a la vez *abstracta*, esto es independiente de otras circunstancias concretas y especiales que puedan concurrir. La valoración de la conducta y circunstancias concurrentes, es decir la comparación entre la hipótesis de conducta general establecida en la norma y el supuesto de hecho particular que se concreta en la vida real y al que se ha de aplicar la norma, se integra en el Derecho no a través de la norma en sí, sino de la interpretación

de la misma, que es la adecuación al caso concreto, a través del principio de equidad y de la valoración de los posibles supuestos de fraude de ley, abuso de derecho y ejercicio antisocial.

En segundo lugar es *imperativa*, en el sentido de contener un mandato expreso, una consecuencia exacta y determinada de la conducta contemplada como desencadenante, de manera que la consecuencia de la hipótesis de conducta se traduzca en un resultado jurídicamente inevitable.

En tercer lugar ha de ser *coercitiva*, es decir susceptible de ser impuesta coactivamente sobre cualquier persona incurso en el supuesto de hecho al que la norma se aplica. Esta coercitividad general se plasma particularmente en el derecho de los ciudadanos a acudir a los tribunales para obtener el respeto de sus derechos, si son conculcados, y la satisfacción de sus intereses jurídicos perjudicados, mediante la imposición al infractor de las consecuencias legales de su conducta. Se trata del principio de Justicia efectiva contenido en la Constitución, que se traduce no sólo en el derecho a acudir a los tribunales, sino en la obligación de éstos de atender las peticiones de los particulares y dar, mediante sentencia, respuesta razonada a lo solicitado tanto si se falla a favor como en contra; se trata pues de la seguridad de ser atendido, pero no de la seguridad de obtener resultado favorable a nuestros intereses.

Debe establecerse la distinción entre la norma, el mandato jurídico, y la disposición, que es su vehículo o signo de expresión, término bajo el cual se engloban diferentes categorías formales que en general denominamos leyes. Las normas jurídicas se recogen, reúnen y organizan en leyes –entendida la expresión en sentido amplio– cuyo conjunto compone el Ordenamiento Jurídico. Así podemos definir el Ordenamiento Jurídico como el conjunto de normas aplicables en un determinado momento y lugar. Es decir que el Ordenamiento Jurídico está regido y limitado en su aplicación por tres circunstancias concretas: estatalidad, territorialidad y temporalidad.

La primera de ellas –*estatalidad*– atiende a que las leyes emanan y se aplican sobre un cuerpo social, el Estado entendido como el conjunto de personas e instituciones que organizan su vida en común precisamente a través del Ordenamiento Jurídico.

La segunda –*territorialidad*– a que las leyes han de aplicarse en un territorio concreto, de manera que a todos los supuestos de hecho producidos en ese territorio habrán de aplicarse las normas de su ordenamiento propio, dejando en salvo el contenido de los tratados internacionales que

permitan en determinadas circunstancias la aplicación de la ley personal del individuo en el derecho privado.

La tercera –*temporalidad o vigencia*– significa que la norma aplicable vendrá determinada por el momento temporal de su aplicación, es decir que no podrán aplicarse a los supuestos de hecho otras normas que no sean las vigentes en el momento determinado en que se producen, no podrá aplicarse una ley futura a un supuesto de hecho acaecido en la actualidad, como tampoco aplicar a éste una norma del pasado que no figura en el ordenamiento presente.

2.2. CLASES DE NORMAS

Se pueden establecer diferentes tipos de normas, atendiendo a criterios de clasificación diferentes. Así hablamos de normas de Derecho Público y de Derecho Privado, según si las aludidas regulan las relaciones del Estado, revestido de su imperio, con los particulares, o bien de los particulares entre sí.

Igualmente distinguimos entre normas *imperativas* o de derecho necesario –*ius cogens*– y normas *dispositivas* o de derecho voluntario. Son *imperativas* las que imponen un mandato ineludible por la voluntad individual o el acuerdo entre las partes, y a su vez entre ellas podemos diferenciar las prohibitivas de las preceptivas, según expresen una prohibición o un mandato de actuación. Las *dispositivas* son el reflejo del principio de autonomía de la voluntad individual, no pretenden imponer su aplicación a la voluntad privada, sino suplirla cuando no se haya formulado expresamente, por lo que frecuentemente se califican como supletorias.

Denominamos normas *rígidas* a aquellas cuyo contenido es invariable, concreto y determinado, sin que su aplicación dependa de interpretación, opinión o matización atendiendo a las circunstancias del supuesto de hecho, producen pues un resultado idéntico a todo supuesto de aplicación. Por oposición a éstas, se denomina normas *flexibles o elásticas* a las que permiten adaptación a las circunstancias, y por ello un resultado variable.

Son normas de *Derecho general* las que se aplican a todo el cuerpo social en igualdad de condiciones, son de *Derecho especial* las que sólo proceden en su aplicación a personas, cosas o relaciones jurídicas concretas y predeterminadas para las que han sido específicamente creadas. Así por ejemplo son normas generales las contenidas en el Código Civil, y especiales las de la legislación mercantil.

Finalmente existen normas de *Derecho excepcional*, que prevén la suspensión de las garantías y principios generales del sistema jurídico cuando

las circunstancias lo hagan preciso, casos de guerras, catástrofes, epidemias o riesgos generales para la población. En nuestro derecho existe una gradación de tales situaciones, dispuesta por la Constitución Española de 1978 (en adelante CE), que según su gravedad darán lugar, de mayor a menor, a los estados de alarma, de excepción y de sitio, en estos dos últimos supuestos cabe (artículo 55 CE) la suspensión de determinados derechos de los ciudadanos.

Los requisitos formales de sus respectivas declaraciones se recogen en el artículo 116 CE, así el estado de alarma podrá declararse por el Gobierno por un plazo máximo de quince días, precisándose para su prórroga la autorización expresa del Congreso de los Diputados; el estado de excepción necesita la autorización previa del Congreso por mayoría simple, y se extiende por máximo de treinta días, aunque cabe su prórroga con los mismos requisitos; por último el de excepción requiere para su declaración la mayoría absoluta en el Congreso.

2.3. EFICACIA Y APLICACIÓN

2.3.1. Principios del Ordenamiento Jurídico

Las normas jurídicas se agrupan y conforman el Ordenamiento Jurídico, que a su vez está en constante evolución y modificación pues ha de adaptarse constantemente a las necesidades sociales, es por lo tanto un sistema vivo. Esta constante revisión impone la necesidad de determinar principios generales de aplicación para resolver los conflictos de leyes, es decir la existencia de diferente regulación para un supuesto de hecho similar. Estos principios de integración de las normas en el sistema son los de jerarquía, vigencia o temporalidad y especialidad.

El principio de *especialidad* determina que en caso de conflicto entre normas generales y especiales se resolverá siempre aplicando la norma especial, que prevalece sobre la norma general por su mejor adecuación al supuesto para el que se ha creado específicamente. El de *jerarquía* establece que prevalecerá la norma de rango formal superior sobre la de rango formal inferior y el de *temporalidad* que es aplicable a cada supuesto la ley existente en el momento en que se produce, y en cada momento la ley más reciente sobre la más antigua.

La aplicación de estos principios se garantiza en el artículo 9.3 CE que determina: *La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad*

jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Igualmente encuentran reflejo legal en el Título Preliminar del Código Civil (en adelante CC) que se considera de aplicación general en todo el Ordenamiento Jurídico español, así lo establece expresamente el artículo 4.3 determinando que *las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes.* El principio de jerarquía lo encontramos recogido en el artículo 1.2, que establece que *carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.*

2.3.2. Eficacia de la norma y límites de su ejercicio

La eficacia general de las normas jurídicas y su aplicación obligatoria a los supuestos para los que están previstas viene enunciada en el artículo 6.1 CC, al precisar que *la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.* La ley ha de aplicarse pues siempre y todos le debemos respeto y obediencia.

El mismo artículo, apartado 2, regula el alcance máximo de la autonomía de la voluntad, al disponer que la renuncia voluntaria de ley aplicable, y de los derechos concedidos por ésta, no será válida si produce perjuicio a tercero o contraría el interés o el orden público. Igualmente, apartado 3, se declaran nulos de pleno derecho –es decir jurídicamente inexistentes– los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas.

Además las normas deben ser aplicadas en su recto sentido, es decir sin forzar su letra ni su espíritu para producir efectos contrarios a los previstos o aplicarlas más allá de lo que se considera de justicia, por ello se proscriben expresamente el fraude de ley, el abuso de derecho y su ejercicio antisocial.

Se considera *fraude de ley*, artículo 6.4 CC, todo acto realizado al amparo de una norma para, traicionando su espíritu, obtener un resultado no previsto, prohibido por el ordenamiento o contrario a éste. La consecuencia del acto fraudulento será la inevitabilidad de aplicación de la norma que se haya pretendido eludir y la invalidez de los resultados pretendidos, así como, en su caso, la indemnización de los daños causados.

Exige el artículo 7 CC el ejercicio del derecho conforme a las reglas de la buena fe, y se considera abuso o ejercicio antisocial la extralimitación de la norma, es decir su aplicación literal más allá de lo que se considera justo. Si se actúa de esta manera, produciendo daño para tercero, los tribunales procurarán paralizar la actuación abusiva o antisocial y procederá la indemnización del daño causado.

La teoría del abuso de derecho y su ejercicio antisocial procede la elaboración jurisprudencial del Tribunal Supremo (destacadamente las STS

de 14/2/44, 24/2/59, 22/9/59 y 22/3/63) y fue introducida en el CC mediante la reforma de su Título Preliminar en 1974. Para su aplicación se exige la presencia de tres requisitos ineludibles: una actuación objetiva y externamente legal, la ausencia de norma específica de protección del interés perjudicado por tal actuación y finalmente la inmoralidad o la antisocialidad de ese daño, que puede darse tanto en forma subjetiva –intención de dañar– o en los supuestos objetivos de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho.

2.3.3. Vigencia y temporalidad

Para que se pueda exigir la obediencia a la ley, es preciso que pueda ser conocida por los particulares, es decir que la ley sea pública. Por ello el artículo 2.1 CC recoge el principio de publicidad y establece: *Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone otra cosa.*

Es decir que la vigencia o aplicabilidad de una norma está supeditada a su íntegra publicación, para que pueda ser de general conocimiento y, en consecuencia, exigible a los ciudadanos que adecuen a ella su comportamiento. La vigencia de la norma, su vida útil, se extiende desde su entrada en vigor hasta su derogación, que a tenor del artículo 2.2 CC sólo se produce por otra ley posterior. La norma derogatoria ha de ser a su vez de rango igual o superior a la derogada, pues de ser inferior no sería aplicable sin quebrantar el principio de jerarquía.

La derogación de una norma, en virtud del mismo apartado, podrá ser expresa o tácita, según si la nueva norma relaciona y especifica aquellas otras que deroga, o si se limita a regular una institución o supuesto de forma diferente a la regulación anterior, en este caso se considerará derogado tácitamente *todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior.* Se prohíbe además expresamente la llamada reviviscencia, es decir que una vez derogada una ley no puede recobrar su vigencia si resultase también derogada la que la derogó; este fenómeno sólo es posible si expresamente se repone en vigor una ley ya derogada.

El efecto temporal de la ley comienza desde su entrada en vigor, y no puede aplicarse a supuestos de hecho acaecidos antes de ese momento, es decir que no tendrá efecto retroactivo. Excepcionalmente cabe la retroactividad, artículo 2.3 CC, si expresamente se dispone lo contrario. Se completa la regulación de la temporalidad de la ley a través de la Disposición Transitoria 3ª CC, que establece la imposibilidad de aplicar penas o sanciones con efecto retroactivo, y a la vez el principio de aplicación de la norma

más beneficiosa si para un mismo acto se establece posteriormente una sanción diferente a la vigente cuando se realizó, luego la retroactividad no puede darse nunca en los casos de normas sancionadoras, desfavorables o limitadoras de los derechos individuales.

2.3.4. Interpretación de las normas

La aplicación de las normas, que contienen hipótesis, a los supuestos de hecho, que son situaciones reales, requiere de un doble proceso de interpretación y adecuación de modo que puedan coincidir la situación hipotética prevista y la real producida sin que la consecuencia a aplicar resulte desproporcionada o absurda y consecuentemente ineficaz.

El proceso de interpretación se rige por un orden estricto y jerarquizado de reglas, contenido en el artículo 3.1 CC, que nos ayudan a determinar y entender el significado actual de la hipótesis y su consecuencia establecidas por la norma.

En primer lugar, *interpretación literal*, deberá leerse la norma *atendiendo al sentido propio de sus palabras*, es decir sin forzar el significado de las mismas y contemplando los términos en su acepción jurídica, es decir en el lenguaje propio del Derecho y no en su sentido vulgar aunque sea éste el más extendido. Todos los desempeños profesionales tienen su lenguaje técnico propio y, lógicamente, el Derecho ha de interpretarse conforme al sentido jurídico de las palabras utilizadas.

Además, criterios *gramatical y sistemático*, se interpretarán los términos utilizados por la norma *en relación con el contexto*, precisión que aquí adquiere un doble sentido y ha de aplicarse en ambos. En primer lugar habrá de atribuirse a las expresiones el significado más acorde con las normas gramaticales y sintácticas que regulan el idioma, pero además deberá adoptarse el que mejor cuadre con la institución jurídica en cuya regulación aparezcan, es decir sin sacar la norma de su contexto lingüístico y jurídico para forzar su significado.

Habrán de tenerse en cuenta *los antecedentes históricos y legislativos*, es la llamada *interpretación histórica*, porque para entender y aplicar cabalmente la norma es preciso tener en cuenta su origen y desarrollo, así como el supuesto de hecho que se pretendía resolver originalmente y la evolución de la redacción de las normas que sucesivamente la han regulado.

Por último se considerará en la interpretación de las normas *la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*. Hemos establecido con anterioridad que el Derecho es un sistema vivo, que nace de la sociedad sobre la

que se extiende y aplica, se trata pues de una institución dinámica como la propia sociedad. Sin embargo la norma es por definición estática, pues una vez redactada y establecida permanece inmutable, salvo que se legisle de nuevo en la materia reformándola. Por ello es lógico que se produzcan desajustes entre la regulación estática y la sociedad dinámica, al variar los matices de la consideración social de los hechos previstos en la ley.

Estas variaciones requieren un especial cuidado en la aplicación de las leyes, una adaptación constante de la norma a las circunstancias mediante la interpretación, que ha de realizarse además *atendiendo al espíritu y finalidad de aquéllas* (normas). Se trata de la *interpretación teleológica* o finalista, mediante la cual deben determinarse tanto la intención (espíritu) de la ley al regular la hipótesis prevista como la finalidad a que está destinada, por encima del resultado concreto que se pretende establecer, que en última instancia será el bien común reflejado en el orden público.

2.3.5. Adecuación de las normas: Analogía y Equidad

Por su parte, la adecuación de la norma a la situación requiere de otros mecanismos diferentes, que procuran la adaptación y congruencia entre la hipótesis legal y el hecho real, para obtener así un resultado justo y adecuado. En este proceso se utilizan dos herramientas fundamentales que nos ayudan a rellenar las lagunas legales, hipótesis no previstas, y a la vez a atemperar el resultado de la aplicación de la norma ajustando la hipótesis al hecho real. Se trata respectivamente de la *analogía* y la *equidad*.

La *analogía* nos permite proporcionar una solución legal para un supuesto no exactamente previsto en una norma concreta. Su procedencia, significado y extensión se prevén en el artículo 4.1 CC, que reza: *Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón*. Son pues necesarios tres requisitos para la interpretación analógica de las normas.

En primer lugar la existencia de una laguna legal, un supuesto de hecho cuyo hipotético acaecimiento no esté previsto en las leyes y que por lo tanto carecerá de una solución legal directamente aplicable. Es evidente que si a una situación hipotética se le atribuye legalmente una consecuencia concreta, procederá la aplicación de ésta sin necesidad de recurrir a otro instrumento legal más que a la recta interpretación de lo dispuesto. En segundo lugar, debe aparecer prevista en la ley la solución de otra hipótesis con la que pueda equipararse razonablemente la situación no regulada, de la que podremos deducir un principio jurídico aplicable. Finalmente es necesario que exista *identidad de razón* entre las dos situaciones, lo que

significa que no es suficiente una apariencia similar entre ambos supuestos, sino su práctica equiparación en lo fundamental, diferenciándose solamente en los detalles accesorios.

La *equidad*, cuya ponderación se exige en el artículo 3.2 CC, es el último instrumento para la adecuación de la norma al hecho, y consiste precisamente en medir esa adecuación, de manera que se tengan en cuenta todas las circunstancias concurrentes en las personas y los hechos, matizándose la solución adoptada. Posee a la vez un doble sentido, ya que tanto es el reflejo de la *pietas* en la Justicia, es decir la mitigación de su rigor literal, como también la adecuación de la hipótesis al hecho real. En definitiva matiza la norma con la necesidad de dar a cada uno según sus merecimientos, pues dos personas que incurren en el mismo hecho previsto pueden verse compelidas a él por circunstancias diferentes, que habrán de tenerse en cuenta a la hora de establecer las consecuencias de su comportamiento.

La aplicación de la equidad justifica el que en ocasiones veamos que un mismo hecho aparente puede tener diferente consideración legal. Sin ella la norma se aplicaría con un automatismo susceptible en sí mismo de ser causa de injusticias concretas (*máximum ius, máxima iniuria*, decían los romanos), por ello ha de ponderarse pero a la vez se exige que las resoluciones se fundamenten en la norma y no sólo en la equidad.

Así se establece en el artículo 1.7 del CC, que impone a Jueces y Tribunales *el deber inexcusable de resolver... ateniéndose al sistema de fuentes establecido*, que a continuación analizaremos, y se reitera en el 3.2 que aún ordenando que *la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas* sólo permite que las resoluciones judiciales se basen *de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita*.

3. FUENTES DEL DERECHO POSITIVO

Mediante la expresión *Fuentes del Derecho* nos referimos al origen de las normas jurídicas que son aplicables en cada momento. Desde un punto de vista material el origen del Derecho es el propio Estado, que ha de crear las leyes a través de los órganos que tienen específicamente encomendada la redacción y aprobación de las normas, esencialmente el parlamento en nuestro caso, es decir el Poder Legislativo, aunque también el Ejecutivo tiene facultades legislativas limitadas que se analizarán más adelante, y cuyo resultado no son leyes en sentido estricto pero sí en el amplio de normas.

El sistema de introducción de las leyes en el Ordenamiento se rige por el *principio de legalidad*, que significa que han de cumplirse determinados

trámites para su creación y validez, de tal manera que el incumplimiento de los requisitos conlleva la invalidez de la norma, y consecuentemente su imposibilidad de aplicación. Sólo es ley la norma aprobada por el órgano competente, con los requisitos de procedimiento y forma que se establecen en las propias leyes reguladoras de la actividad legislativa.

En un sentido formal, las fuentes del Derecho Positivo español vienen enumeradas por el artículo 1.1 CC, según el cual sólo se pueden considerar fuentes del derecho aplicable *la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*. Esta enumeración es válida, vigente y aplicable sobre todas las diferentes disciplinas jurídicas, por contenerse en el Título Preliminar del CC.

Expresa a la vez un principio de jerarquía en su aplicación, de modo que al supuesto de hecho concreto que se trate de dilucidar se le deberá aplicar, en primer lugar, la ley en sentido amplio y respetando igualmente la jerarquía de éstas que luego analizaremos; en segundo lugar, y sólo en ausencia de ley aplicable, procederá la aplicación de la costumbre jurídica y finalmente, en ausencia de ley y costumbre, se deberá recurrir a los principios generales del Derecho.

La función de los tratados internacionales suscritos por el Reino de España y su observancia interna se resuelve en los artículos 96 CE y 1.5 CC. Estos Tratados obviamente han de ser respetados, pero no se trata de un compromiso de los ciudadanos sino del Estado que en su nombre los suscribe o se adhiere, por lo tanto carecen de fuerza directa obligatoria en el orden interno mientras su contenido no resulte incorporado al mismo con los mismos requisitos que la ley nacional, es decir su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Hay que reseñar en esta materia la especialidad del Derecho de la Unión Europea, de la que trataremos más adelante.

3.1. LA LEY

El término Ley puede ser entendido en tres sentidos diferentes en nuestro idioma, aún restringiéndonos tan sólo a sus acepciones en la materia jurídica. Así en su sentido más amplio, ley es sinónimo de norma, y ambos términos serían perfectamente intercambiables en todo lo expuesto en el epígrafe anterior.

3.1.1. La Ley formal

En un sentido más reducido e intermedio, podemos entender la palabra ley como norma emanada del Estado, a través del Poder Legislativo o del Ejecutivo, pues ambos tienen facultades para aprobarlas, aunque de

distinto alcance. Finalmente, en su sentido más estricto y formal, Ley es solamente la norma emanada del Poder Legislativo con la estricta observancia de todos los requisitos dispuestos para su correcta tramitación, cuyo respeto otorga a las leyes su legitimidad legal y en consecuencia su capacidad coercitiva.

Cuando el artículo 1.1 del CC utiliza la palabra ley lo hace en el sentido intermedio, como norma emanada del Estado a través de los órganos que legalmente pueden hacerlo, de aquí que la escriba con minúscula. Consecuentemente son la primera fuente del Derecho en España, con alcance general para todos los ciudadanos, las normas aprobadas por el Estado a través tanto del Poder Legislativo como del Ejecutivo, en las materias y con el rango jerárquico que respectivamente sean de su competencia. Al análisis de éstas dedicaremos el presente epígrafe.

A las expuestas debemos añadir, con alcance exclusivo para los ciudadanos de cada una de la Comunidades Autónomas, las leyes autonómicas emanadas de sus respectivos Gobiernos y Parlamentos en uso de las facultades transferidas por el Estado, y también las que permanezcan vigentes y recogidas en sus respectivas compilaciones forales. Además deben también considerarse leyes de aplicación interna directa y en primer grado, alegables por los ciudadanos ante los Tribunales españoles, los Reglamentos de la Unión Europea. A todas ellas nos referiremos en el epígrafe que cierra este capítulo.

3.1.2. Sistema normativo: organización jerárquica de las leyes

El Ordenamiento Jurídico español se estructura en forma jerárquica, adoptando la forma geométrica de una pirámide, en cuya cumbre esta la Constitución Española de 1978, norma fundamental de la estructura legal del Reino de España.

En el escalón inmediatamente inferior se encuentran las Leyes Orgánicas y por debajo de éstas las Leyes ordinarias, reservadas ambas en su redacción y tramitación al Poder Legislativo. Con el mismo rango aparecen Los Decretos Legislativos y los Decretos-Leyes, expresión de las normas redactadas por el Ejecutivo con carácter excepcional, con base respectivamente, en la delegación expresa o en la urgencia.

Las facultades normativas comunes del Poder Ejecutivo se expresan a través de los Decretos, expresión de las aprobadas por el Consejo de Ministros, y las Órdenes Ministeriales, que constituyen el escalafón inferior de las normas que en general se designan con el término leyes en su sentido intermedio, si bien no lo son formalmente.

El sistema expuesto se rige por el principio de jerarquía normativa, según queda dispuesto en el artículo 9.3 CE y el 1.2 CC, ambos citados anteriormente, de manera que jamás una ley de rango inferior puede contradecir lo dispuesto en otra de rango superior, y de hacerlo se considerará nula esta norma, e inaplicable por los Tribunales ordinarios.

3.1.3. La Constitución Española de 1978

La Constitución Española, aprobada por referéndum el 6 de Diciembre de 1978, es la más alta norma del estado y por lo tanto del Ordenamiento jurídico español, a ella deben adaptarse todas las inferiores. Consta de 169 artículos, organizados en un Título Preliminar y Diez Títulos ordinales, más cuatro Disposiciones Adicionales y nueve Transitorias. El contenido de su texto puede dividirse claramente en dos partes, la primera programática y la segunda organizativa.

La parte programática se recoge en los títulos Preliminar y Primero, en ella se declara el contenido más propiamente ideológico de la norma. Destacaremos, por su especial significado en el derecho privado y en la vida empresarial, que se garantizan (artículo 9.3) los principios ya mencionados de seguridad jurídica, legalidad, jerarquía y publicidad de las normas, de irretroactividad de las disposiciones perjudiciales, y la responsabilidad de los poderes públicos. Se enumeran los derechos fundamentales y libertades públicas (artículos 15 a 29) entre los que figura el derecho de asociación (artículo 22), y se relacionan los derechos y deberes generales de los ciudadanos (artículos 30 a 38) entre ellos la propiedad privada (artículo 33) y *la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado* (artículo 38). Finalmente se reseñan los principios rectores de la política social y económica (artículos 39 a 52) entre los que figuran defensa, seguridad, información, educación y organización de los consumidores y usuarios (artículo 51).

En la organizativa se establece la forma del estado, estructura, funciones y competencias de los poderes públicos, relaciones entre ellos, organización territorial del estado, organización y competencias del Tribunal Constitucional y finalmente el procedimiento de su propia reforma.

Lógicamente en una única ley de tan reducida extensión no cabe recoger ni regular al detalle la organización todo lo enumerado, por lo cual el contenido de la CE precisa de desarrollos legales que se han de hacer obligatoriamente mediante Ley Orgánica. En cuanto a la modificación parcial de la propia Constitución, se prevé en su artículo 167.1 que requerirá la mayoría cualificada de los tres quintos de cada una de las Cámaras, de no obtenerse cabrá su aprobación (artículo 167.2) mediante la mayoría de dos tercios en el

Congreso si al menos ha obtenido mayoría absoluta en el Senado. En ambos casos deberá ser sometida su aprobación a referéndum si los solicita al menos la décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.

Excepcionalmente, si se trata de revisión completa del texto, o que afecte al Título Preliminar, a los derechos fundamentales y libertades públicas (Tít. I, cap. II, secc. 1) o a las facultades y régimen de la Corona (Tít. II) se exigirá para su aprobación el voto favorable de los dos tercios de cada cámara, que tras esta votación serán disueltas si aprueban el proyecto; las nuevas cámaras deberán ratificar el proyecto de nuevo por mayoría de dos tercios en cada una, así ratificado se someterá su aprobación a referéndum.

3.1.4. Iniciativa legislativa

La iniciativa legislativa se encomienda (artículo 87.1 CE) tanto al Gobierno como al Congreso y al Senado. El Gobierno procederá a la elaboración de un Proyecto de Ley, que una vez aprobado por el Consejo de Ministros remitirá al Congreso para su discusión y aprobación o modificación mediante enmiendas (artículo 88 CE).

Por su parte el Congreso podrá tramitar las Propositiones de Ley que nazcan de la iniciativa parlamentaria y asimismo el Senado, que una vez aprobadas deberá remitirlas al Congreso para su ratificación (artículo 89 CE).

Se atribuye (artículo 87.2 CE) a los Parlamentos de las Autonomías la capacidad de solicitar al Gobierno la adopción de Proyectos de Ley o remitir a la Mesa del Congreso Propositiones de Ley. La iniciativa popular, manifestada por la constancia de 500.000 firmas favorables, podrá presentar a su vez Propositiones de Ley al Congreso, pero sólo en materias regulables por ley ordinaria, excepto en materia tributaria (artículo 87.3 CE).

3.1.5. Actividad legislativa del Parlamento

El Poder Legislativo en el Reino de España se encarna en un Parlamento bicameral, Congreso de los Diputados y Senado, que tiene en exclusiva la facultad de aprobar las normas cuyo rango formal es el de Ley, en sentido estricto. Interesa destacar aquí que la propia CE, Título III, Capítulo II (artículos 81 a 92) trata del sistema de elaboración de las leyes, de las que existen las siguientes categorías.

3.1.5.1. Leyes Orgánicas

Según el artículo 81.1 CE, *son Leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los*

Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general, así como otras materias previstas igualmente por la propia Constitución.

Son las de rango jerárquico más alto entre las que tienen formalmente el de Ley, y han de ser aprobadas en el Congreso de los Diputados, y después remitidas al Senado, con la mayoría absoluta de los votos (artículo 81.2 CE), es decir que habrán de votar a favor la mitad más uno de los votos posibles, lo que supone con la actual estructura de la Cámara Baja un mínimo de 176 diputados. La misma proporción ha de existir a favor en los supuestos de derogación o modificación de las Leyes Orgánicas ya existentes.

3.1.5.2. *Leyes ordinarias*

Son Leyes ordinarias las que se ocupan de la regulación de las instituciones jurídicas de rango ordinario o común, es decir las no reservadas expresamente a Ley Orgánica. Forman por lo tanto el cuerpo mayoritario del Ordenamiento jurídico, y se aprueban por mayoría ordinaria, es decir que basta con que obtengan más votos a favor que en contra de su aprobación.

Una vez aprobado por el Congreso, el proyecto se remitirá al Senado (artículo 90 CE), que a su vez podrá vetarlo por mayoría absoluta o proponer enmiendas al texto. En caso de veto del Senado cabrá todavía su rehabilitación y aprobación por la mayoría absoluta del Congreso, o bien la aprobación de las enmiendas por la mayoría que corresponda al rango jerárquico de la ley que se pretenda aprobar. Cubierta la tramitación expuesta, la Corona sancionará y promulgará las leyes, que pasarán al trámite de publicación en el Boletín Oficial del Estado, que en la actualidad ya no se edita en papel sino tan sólo en publicación informática.

3.1.5.3. *Decretos Legislativos y Leyes de Bases*

Son la manifestación del fenómeno de la legislación delegada, por el cual el Parlamento puede solicitar del Gobierno que redacte directamente una ley, procedimiento del que quedan expresamente excluidas las materias objeto de Ley Orgánica (artículo 82 CE). En estos casos el Parlamento procederá a la delegación en el Gobierno ya sea mediante una *Ley de Bases* o una Ley ordinaria.

Procederá la Ley de Bases cuando se encomiende al Gobierno directamente la elaboración y redacción íntegra de una norma nueva, en ella se delimitará con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio. Se delegará mediante Ley ordinaria cuando se trate simplemente de la elaboración de un Texto Refundido, es decir de la integración en uno sólo de dos o más

textos legales preexistentes, y habrá de precisar si queda restringida a la simple refundición o se autoriza expresamente la armonización y aclaración de los textos antiguos en el resultante de la refundición.

En los dos supuestos, la delegación habrá de hacerse de forma concreta y exacta y por plazo determinado, por lo que se agotará una vez cumplida la encomienda y caducará excedido el plazo. Además, una vez aprobada la delegación, el Parlamento habrá de abstenerse de legislar sobre la materia delegada durante el plazo aprobado. El texto resultante, en ambos casos, recibe la calificación de *Decreto Legislativo*, denominación que nos indica que ha sido redactado por el gobierno (decreto) con autorización expresa del Parlamento, por lo que tiene valor legislativo, es decir que su rango jerárquico es el de ley ordinaria.

3.1.5.4. *Decretos-Leyes*

La CE (artículo 86) autoriza al Ejecutivo a legislar directamente en los casos en que así lo aconsejen las situaciones *de extraordinaria y urgente necesidad*. Son pues situaciones excepcionales, y la autorización no se extiende a las materias reservadas a Ley Orgánica ni a los derechos y deberes generales de los ciudadanos (quedan pues excluidas íntegramente todas las materias recogidas en el Tít. I de la CE). Las normas resultantes reciben el nombre de Decretos-Leyes y ostentan también el rango de ley ordinaria, pero tienen carácter de provisionalidad, sólo serán aplicables mientras se sustancia su tramitación en el Congreso.

En efecto, y por disposición del artículo 86.2 CE, habrán de ser sometidos a su aprobación por el Congreso en el plazo de treinta días siguientes a su publicación, dentro de los cuales habrán forzosamente de ser convalidados o derogados íntegramente. Queda también autorizada su tramitación en el Congreso como Proyecto de Ley por el procedimiento de urgencia (artículo 86.3 CE). La diferencia entre estas tramitaciones estriba en que el Decreto-Ley no admite modificación, por lo que se convalida o deroga de plano, mientras que la tramitación como Proyecto de Ley admite la introducción de enmiendas, que permitan aprobar el texto con una redacción diferente a la establecida por el Gobierno.

3.1.6. **Actividad normativa del Ejecutivo**

A su vez, y además de los dos casos excepcionales ya descritos, el Poder Ejecutivo ostenta facultades normativas propias, concedidas por el artículo 97 CE que le otorga la potestad reglamentaria, cuyo rango formal es inferior a las emanadas del Legislativo, es decir que no son

formalmente Ley en sentido estricto, pero sí ley en cuanto son indudablemente normas jurídicas.

Denominamos Reglamentos –expresión que no se refiere a rango legal sino a contenido de la norma– a las normas escritas y de carácter general cuyo objeto es el desarrollo de leyes preexistentes, a las que quedan subordinadas. Es decir que el Reglamento se redacta por el Ejecutivo para desarrollar, completar o aclarar una norma de rango superior a la que está supeditado, por lo que no le cabe modificar ni ampliar lo regulado ni los supuestos previstos de aplicación. Son la expresión propia de la función organizativa de la Administración del Estado.

Son Decretos los textos y resoluciones aprobados por el Consejo de Ministros a propuesta de sus componentes, o por el Presidente de Gobierno. La expresión Decreto o Real Decreto sí es indicativa de rango en la escala jerárquica de las normas, así los Reglamentos se incorporan al ordenamiento mediante Decreto. Podemos por tanto ver los Reglamentos como la interpretación que el Ejecutivo hace de la ley a la que desarrollan, obligan a los funcionarios de los ramos implicados pero decaen ante la norma superior contenida en una ley. Se producen fundamentalmente en el ámbito del Derecho Administrativo, pero tienen influencia en el Derecho Privado al regular, por ejemplo, el funcionamiento de los Registros Públicos.

Las Órdenes Ministeriales corresponden a las competencias organizativas propias de los diferentes ministerios y restringidas a las áreas de su competencia. Consecuentemente reflejan el criterio unilateral del ministro y son su expresión natural, aunque es obvio que pueden someterse a deliberación del Consejo. Obligan lógicamente a los funcionarios de los ramos afectados, y nos dan idea de su interpretación de las normas de rango superior, a las que no pueden contradecir.

3.2. LA COSTUMBRE

Sin duda, según la Escuela Histórica del Derecho ya citada, la costumbre jurídica, la continuada repetición de actos con valor regulatorio de las relaciones internas en un grupo social, es el auténtico origen del Derecho, que sólo necesitó ser puesto por escrito y hecho público –promulgado y publicado– cuando la sociedad sobre la que se extendía amplió sus límites geográficos y culturales, haciéndose demasiado grande para que las normas consuetudinarias fueran de general conocimiento.

Desde este punto de vista la costumbre jurídica es la chispa impulsora original de la creación del Derecho, pero también en la actualidad –y a pesar

de los excesos legislativos de algunos estados que pretenden absurdamente regular hasta los más nimios detalles de la convivencia— conserva un valor inestimable en el nacimiento de nuevas instituciones y en la evolución y modificación de las relaciones jurídicas. Hemos dicho que el Derecho, el ordenamiento, es un sistema vivo y lo es precisamente porque la sociedad lo pule y matiza, le obliga a evolucionar y adaptarse a los nuevos tiempos.

Ningún legislador se ocupa de regular aquello que no sucede o que resulta impensable en su correspondiente momento histórico. Es el cuerpo social quien, al experimentar nuevas necesidades o encontrar soluciones innovadoras para problemas antiguos, establece costumbres e instituciones nuevas e indica al legislador hacia donde debe orientarse. Los intentos de encaminar a la sociedad en un sentido concreto, de transformarla desde la legislación, son propios de los regímenes totalitarios, pues el estado obtiene su *potestas* regulatoria porque la sociedad se la otorga, nace el estado de la sociedad, y no es ésta súbdita del estado.

Podemos definir la costumbre como norma jurídica que tiene su origen en la comunidad social, manifestada por su uso generalizado mediante una práctica efectiva y repetida, con la convicción de su carácter obligatorio. Desde el punto de vista legal, el segundo párrafo del artículo 1.3 nos proporciona, aunque sea por exclusión, un concepto de costumbre con valor jurídico, al señalar que *los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre*. No es pues costumbre para el legislador más que el hábito con contenido jurídico, y no lo es la que tiene en la sociedad un valor de simple uso de convivencia social, cortesía o urbanidad, ni tampoco el uso interpretativo que, aún siendo jurídico, se limita a ilustrarnos sobre la concordancia o discrepancia entre la voluntad real y la expresada por los sujetos.

Pero a la vez debe tenerse en cuenta que sólo la norma escrita, la ley, puede garantizar la seguridad jurídica, la certeza del resultado de una conducta, por lo que la aplicación legal de la costumbre debe restringirse únicamente a los supuestos en que no exista una ley aplicable. Cuando ésta existe ha de ser respetada, y si no se considera justa o adecuada la sociedad habrá de procurar su modificación y adaptación por el procedimiento legal. De la adecuación de la norma existente a la necesidad social han de ocuparse los Tribunales a través de la interpretación y la equidad.

Por todo lo expuesto, el artículo 1.3 CC otorga a la costumbre el valor de segunda fuente jerárquica del Derecho —reconociendo su importancia pero a la vez supeditándola a la ley como primera fuente— al establecer que *la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable*, y además limita su validez y

aplicabilidad con dos requisitos esenciales: *que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada*.

Consecuentemente son cuatro los elementos que la ley exige de la costumbre para que sea considerada como fuente del derecho y aplicada a los supuestos no regulados legalmente. En primer lugar es necesario un elemento objetivo, que consiste en la existencia de un uso social repetido y constante. En segundo lugar, elemento subjetivo u *opinio iuris*, la convicción general de su carácter obligatorio e inevitable, es decir que se respete con valor de norma jurídica. El tercer elemento es el carácter moral y legal, es decir que no sea contraria a las convicciones éticas o morales –pero si lo fuera no cabría su generalidad por oponerse a la propia filosofía de la sociedad– ni tampoco al orden público, que debe ser entendido como respeto de la legalidad vigente, pues la contravención de ésta genera el desorden social. Por último, elemento procesal para su aplicación al caso concreto, la costumbre debe ser probada ante los Tribunales por quien alegue su existencia.

Es común en la doctrina establecer la existencia de tres tipos de costumbre por su relación con la ley. Así distinguiremos la costumbre según ley –*propter legem*– es aquella que sigue las normas escritas, no cabe considerarla como fuente del Derecho pues su aplicación se debe no a su carácter consuetudinario, sino a su acogida en la norma legal. Cabe también la costumbre contra ley –*contra legem*– que obviamente no es fuente del Derecho por incumplir la condición de no oponerse al orden público. Finalmente queda la costumbre ajena a la ley –*praeter legem*– es decir la que ni está recogida en la norma escrita ni se opone a ésta, que es la única que puede considerarse como fuente del Derecho.

3.3. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Podemos definir los Principios Generales del Derecho como las ideas fundamentales que integran y conforman el Ordenamiento Jurídico. No son por lo tanto normas en sí mismos, sino ideas o pensamientos lo bastante extendidos para que podamos atribuirles carácter de opinión general, de tal manera que son los que conforman nuestra propia valoración social de lo justo y lo injusto.

Así pues se acercan más a las ideas filosóficas, morales y éticas y son a la vez el vehículo por el que éstas se integran en las leyes. Sobre su origen se plantea nuevamente la oposición entre las tesis iusnaturalistas, que defienden que se trata de principios inmanentes en el ser humano, y las iuspositivistas

que consideran que son un producto del ordenamiento, del que se extraen para conformar la opinión jurídica de la sociedad sobre la que tiene vigencia.

Como fuente del Derecho, los Principios se integran en el ordenamiento a través de la aplicación de la analogía y de la equidad, de las que ya hemos hablado, y también a través de su expresión mediante máximas, aforismos o refranes jurídicos, conocidos y repetidos habitualmente y cuyo origen es por lo general muy antiguo, muchos de ellos se expresan incluso en latín y aparecían ya referidos por los jurisconsultos romanos.

Como ejemplos podemos citar, entre los clásicos, las expresiones *In dubio pro reo*, *Pacta sunt servanda*, *Maximum ius máxima iniuria*, *Dura lex sed lex*, *Neminem laedit qui iure suo utitur*, y tantos otros. De algunos de ellos se extraen por adaptación otros posteriores, como el laboral *en la duda a favor del trabajador*, e incluso podríamos apreciar hasta contradicciones entre ellos, como las existentes entre *La ley es dura, pero es ley* y *A mayor derecho mayor injusticia*, o entre el principio de que *El que usa su derecho a nadie perjudica* y la teoría del abuso de derecho.

Cabe decir que los Principios aparecen como fuente doble aun no siendo normas, ya que si conforman e inspiran el ordenamiento son fuente *a priori* de éste en su redacción, y lo completan *a posteriori* para contribuir en su aplicación. Así lo reconoce el artículo 1.4 CC, cuando establece que *los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico*.

3.4. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA CIENTÍFICA

Entendemos por jurisprudencia, en sentido amplio, el modo habitual de interpretación de las normas por los Tribunales, reflejado en las sentencias que dictan. Se trata pues de la opinión jurídica manifestada oficialmente por el Tribunal y reiterada a través de sus resoluciones. Para hablar más propiamente de jurisprudencia, es necesario remitirse a un Tribunal concreto, pues no cabe atribuir a todos una misma e idéntica opinión.

En un sentido más estricto es Jurisprudencia tan sólo la mantenida por los altos Tribunales del estado, así hablamos de Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, en ambos casos con alcance nacional, o incluso de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas en aquéllas materias en las que la ley les encomiende la última instancia, como son los supuestos de derecho foral. En este sentido Jurisprudencia es sólo la opinión habitual del Tribunal cuya resolución no es revisable, casable o apelable, y, como se exige habitualidad, para poder

hablar de jurisprudencia sentada es necesario que existan al menos dos sentencias confirmando un mismo criterio; también hablamos de jurisprudencia pacífica cuando una gran mayoría de las resoluciones recientes se pronuncia en idéntico sentido, y más raramente es unánime, o se le atribuye este carácter, si todas las resoluciones se inclinan en un mismo sentido, sin admitir interpretaciones distintas o excluyéndolas.

En nuestro Derecho, a diferencia de otros ordenamientos, no cabe considerar a la jurisprudencia como fuente del derecho, ya que no está comprendida en la enumeración que de las mismas se hace en el CC. Los Tribunales en el Reino de España son intérpretes del Derecho, pero no creadores del mismo, aunque ciertamente sus opiniones pueden con posterioridad tenerse en cuenta por el legislador al modificar una ley. Este fue, por ejemplo, el caso ya citado de la reforma del Título Preliminar del CC introduciendo en el artículo 7 la teoría del abuso de derecho, hasta entonces sólo de elaboración jurisprudencial.

Lógicamente las opiniones de estos Tribunales suelen ser respetadas por los inferiores, que apoyan en ellas sus resoluciones, pero no están obligados a ello. No hay que olvidar que las opiniones, la jurisprudencia, no son normas y por ello son revisables, especialmente en virtud del mandato legal (CC 3.1) de interpretar las normas según la realidad social del tiempo en que han de aplicarse.

La jurisprudencia tiene por lo tanto un valor orientativo e interpretativo de la norma, que puede ayudarnos a comprenderla e incluso a prever el sentido de la sentencia de un Tribunal concreto si analizamos sus resoluciones previas. Por lo tanto es una herramienta profesional importante, tanto en el sentido de argumentar a favor de jurisprudencia como para hacerlo en contra, pues nos muestra el curso del razonamiento jurídico habitual y consecuentemente nos permite determinar anticipadamente la forma de rebatirlo, en su caso, o de adaptar nuestra argumentación a la línea ya mantenida.

Finalmente es Doctrina Científica el análisis teórico de los tratadistas, la opinión de los estudiosos del Derecho. Tiene por ello valor formativo e informativo, puede contribuir a fundamentar la argumentación, e incluso debiera ilustrar al legislador a la hora de redactar las normas, pero carece de carácter legal.

4. DERECHO CIVIL Y DERECHO MERCANTIL

El orden y jerarquía de las fuentes del derecho que hemos expuesto tiene, como hemos visto, carácter general para todo el Ordenamiento Jurídico. Sin

embargo dentro del Derecho Privado existe una disciplina jurídica de carácter especial, el Derecho Mercantil, que se no se aplica con carácter general sino particularmente a determinadas personas y actividades concretas. Esta distinción entre ambas disciplinas es común en los ordenamientos de nuestro entorno, así por ejemplo el francés y el alemán. Sin embargo no es general, y otros ordenamientos, como el italiano, no establecen distinción alguna dentro del Derecho Privado, que se considera en su conjunto aplicable a toda actividad en el orden privado de actuación de las personas.

Por otro lado, es de reseñar que en los últimos decenios se ha producido una progresiva mercantilización del Derecho Privado, en el sentido de que, como consecuencia de la evolución económica y social, los no comerciantes realizan cada vez más actos de los regulados por la norma mercantil. Es decir que personas no especializadas en la actividad realizan habitualmente actos que sí lo están, lo que puede colocarles en posición de inferioridad frente al especialista con el que contratan o negocian.

Al mismo tiempo se ha incrementado la actividad propiamente mercantil, con el correlativo aumento del número de empresarios, en detrimento de su especialización real, así como se produce una mayor competencia en los mercados que conlleva un comportamiento más agresivo de los comerciantes en la introducción de sus productos y servicios. Del mismo modo se ha producido la extensión de las relaciones económicas internacionales, que hace conveniente la correlativa homogeneización de los ordenamientos mercantiles de los estados, de manera que una misma institución se regule de forma homogénea en diferentes mercados.

Como consecuencia el legislador ha procurado la protección de los intereses de los no comerciantes, en tanto que consumidores, frente a los empresarios, y al propio tiempo una mayor y más completa y rígida regulación de los mercados, así como se ha desarrollado la uniformización internacional de las normas mercantiles a través de diversos organismos, como la ONU, la OCDE y la propia Unión Europea.

Todo ello ha llevado a que el Derecho Mercantil adquiriera una influencia e importancia cada vez mayores en la actividad común de los no comerciantes, dotándole de un extraordinario dinamismo legislativo frente al estatismo del derecho civil general.

4.1. CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LA NORMA MERCANTIL

La aplicación del Derecho Mercantil viene regulada por su propia ley general, el Código de Comercio (en adelante CCom), cuyos artículos 1 y 2

establecen los criterios para establecer cuando y a quienes han de aplicarse sus disposiciones. El sistema de aplicación efectiva del Derecho Mercantil se articula en torno a dos criterios generales: la aplicación subjetiva –es decir a determinadas personas, ya sea por la actividad realizada o con independencia de los actos que realicen– y objetiva –es decir a actos concretos, independientemente de quienes los lleven a cabo–.

La aplicación subjetiva del derecho mercantil viene determinada por dos criterios o razones diferentes, que se basan en la actividad desempeñada por el sujeto y en la naturaleza jurídica propia del mismo.

Por criterio de actividad se aplicará a los comerciantes, definidos (CCom. 1.1) como *quienes se dedican habitualmente* al ejercicio de la actividad del comercio, es decir que es comerciante cualquier persona que ejerce habitualmente como tal, y consecuentemente se aplicarán a su actividad las normas del Derecho Mercantil. Esta exigencia de habitualidad se interpreta generalmente como dedicación principal con ánimo de lucro, es decir la actividad que genera los medios que permiten a la persona atender sus necesidades económicas. Dicho de otra manera, se trata de la dedicación profesional del sujeto a la actividad mercantil, y no es necesariamente excluyente de otras actividades, se puede ser comerciante con independencia de que se realicen también otras actividades.

Por criterio de naturaleza jurídica del sujeto (CCom. 1.2) están sujetas al Derecho Mercantil las personas *que se constituyeren con arreglo a este código* a las que, con independencia de la actividad que realicen, se aplicarán siempre y en todo caso las normas mercantiles, por tratarse de personas que nacen precisamente al amparo de normas de naturaleza mercantil. Se trata aquí de las sociedades mercantiles, y el propio código determina que lo son las sociedades colectivas, comanditarias, anónimas y limitadas (CCom. 122), pero además de éstas existen otras cuya naturaleza especial mercantil viene determinada por la ley especial que las regula (Sociedades Cooperativas, Sociedades de Garantía Recíproca, Sociedades de Capital-Riesgo, Agrupaciones de Interés Económico). Todas las enumeradas son sociedades típicas, es decir que son objeto de regulación legal que determina sus características y funcionamiento, a todas ellas deben añadirse las sociedades irregulares mercantiles, es decir las que han pretendido constituirse bajo una forma típica, pero incumpliendo parcialmente los requisitos legales establecidos para el tipo social escogido, y las sociedades llamadas atípicas, es decir las constituidas para el ejercicio de una actividad mercantil sin ajustarse a los modelos típicos regulados legalmente.

La aplicación objetiva está determinada por el artículo 2 CCom., al ordenar que *los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este código, se regirán por las disposiciones contenidas en él*. El problema interpretativo de esta norma estriba en cómo determinar si un acto es o no de comercio, la primera respuesta es obvia: lo son los actos regulados por la legislación mercantil especial; sin embargo, el CCom. abre también la posibilidad de que haya actos de comercio no especificados en él, por lo tanto no es determinante el hecho de su regulación y cobra importancia el criterio analógico, considerando también actos de comercio aquéllos que resulten de naturaleza análoga a los regulados por el CCom., aplicándoles también a éstos las normas del mismo.

El doble criterio de aplicación objetiva y subjetiva del Derecho Mercantil recogido en el CCom. tiene su origen en la evolución histórica de la disciplina. Antes de la Revolución Francesa el Derecho Mercantil se aplicaba como un sistema de privilegio personal, criterio subjetivo, pero la generalización del principio de igualdad trajo como consecuencia la eliminación de los privilegios personales, imponiéndose así el criterio objetivo conforme se extendía el movimiento codificador. Así nuestro código recoge ambas tendencias pero de una forma imperfecta e imprecisa.

Sólo cabe resolver el problema a través de la utilización de una concepción más moderna, entendiendo el Derecho Mercantil como el especial que se ocupa de la regulación de la actividad económica realizada en el ámbito del mercado y la empresa y las formas jurídicas de su constitución y organización. Básicamente podemos decir que, desde un punto de vista jurídico, existen cuatro notas fundamentales cuya conjunción caracteriza la actividad empresarial. Se trata de la realización habitual de actos repetitivos y sustancialmente idénticos –*actos en masa*– dentro de una organización –*empresa*– que se constituye precisamente para ello y es coordinada o regida por una persona –*empresario*– bajo su propia responsabilidad y con intención –*ánimo de lucro*– de obtener un rendimiento económico.

El Derecho Mercantil es por lo tanto el derecho propio de la actividad empresarial, siendo empresa toda organización que con habitualidad desarrolla una actividad económica con ánimo de obtener beneficios y soporta el riesgo de la pérdida, y es empresario quien ordena, coordina y dirige la actividad de la empresa.

4.2. FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL

Como parte del Derecho privado, el Mercantil está sometido a las fuentes que son propias de éste, pero por tratarse de un derecho especial rige

el principio de especialidad de las leyes, que nos obliga como hemos visto a aplicar las normas especiales con preferencia a las generales.

Así se refleja en el artículo 2 CCom., al establecer que *los actos de comercio se registrarán por las disposiciones contenidas en él (el propio CCom) en su defecto por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho Común*. Existe pues un sistema de fuentes especiales en la materia, que son en primer lugar las normas propiamente mercantiles, entendiendo por éstas tanto el CCom. como las leyes especiales, en segundo lugar la costumbre mercantil y finalmente las normas generales del Derecho Privado, es decir la ley civil, la costumbre y los principios generales del Derecho.

Hay que aclarar que la referencia aparente del artículo 2 al CCom. como única fuente legal no debe entenderse de forma restrictiva, sino al contrario en el sentido amplio de norma mercantil. Lógicamente cuando se redactó la ley se hizo como recopilación de todas las normas mercantiles vigentes, y en ese momento sí era el propio CCom. la única ley especial de carácter mercantil. Sin embargo la rápida y constante evolución del Derecho Mercantil ha provocado la aparición de muchas nuevas instituciones, contratos y actos de comercio, a la vez que la modificación del contenido de las que ya existían.

Como consecuencia se ha producido un doble fenómeno, por una parte la necesidad de nueva regulación, que ha producido una gran proliferación de leyes especiales fuera del código, por otra un paulatino vaciado del código, en el sentido de que muchas instituciones inicialmente reguladas en él han pasado también a ser objeto de regulación mediante ley especial.

Podemos citar como ejemplo lo sucedido con la regulación de las sociedades mercantiles. Originalmente aparecía en el CCom., pero la necesidad hizo que sucesivamente –y por supuesto sin intención de enumerar exhaustivamente pues resultaría imposible– aparecieran la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que más adelante sufren diversas modificaciones y finalmente se refunden en un nuevo y reciente texto legal, la Ley de Sociedades de Capital, aplicable ahora como primera fuente en lo relativo a ambas sociedades.

Así, y en virtud del principio de especialidad de la norma, debemos considerar que la primera fuente aplicable a una institución mercantil será la ley especial que la regule, en su defecto y también como derecho especial supletorio en cuanto no contemple la ley especial, se aplicará el CCom. como ley general de la materia mercantil, y en lo no dispuesto por éste los usos, la ley general y los principios.

Pero este sistema de fuentes no es en realidad el único de aplicación a la materia mercantil, el propio CCom., artículo 50, determina su exclusión y altera el orden de fuentes para determinadas materias, en concreto en lo referente a *los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común*. Por lo tanto en todos estos aspectos el orden de fuentes será primero la ley especial y luego la ley común, los usos propios del comercio, la costumbre común y los principios generales del Derecho.

Cabe así establecer una distinción en los usos, ya apuntada en el artículo 1.3 CC, entre los denominados usos normativos y los llamados usos interpretativos, de forma que los primeros son fuente directa del derecho en materia mercantil, y los segundos meros auxiliares de la interpretación del derecho, pero en modo alguno tienen carácter de normas y consecuentemente no son sino auxiliares de la interpretación de éstas.

En cuanto a la distinción entre unos y otros, entendemos por normativos aquellos usos universalmente extendidos entre los comerciantes –dice el código: *observados generalmente en cada plaza*– de manera tal que los consideran parte de la regulación de la institución o contrato en que aparecen e ineludibles en su aplicación, es decir que son usos normativos aquéllos a los que los propios comerciantes dan valor de ley. En cuanto a los meramente interpretativos serían los que por los propios comerciantes se consideran comunes y de uso generalizado, pero que pueden ser excluidos de aplicación por la voluntad de la partes.

Inicialmente los usos normativos, por ser de observancia general y obligatoria en cada plaza, serían aplicables de oficio por los Tribunales, es decir sin necesidad de ser alegados y demostrados por las partes según hemos visto que ha de hacerse con la costumbre civil. Por el contrario los usos interpretativos deberían ser alegados y demostrados, como la propia costumbre. Sin embargo esta diferencia, fácil de apreciar y aplicar cuando los magistrados permanecían mucho tiempo en sus jurisdicciones, se ha diluido con la movilidad de aquéllos, y su importancia decae también al devenir cada vez más prolija y detallada la regulación legal de las instituciones y contratos.

5. DERECHO FORAL, AUTONÓMICO Y COMUNITARIO

Hasta aquí hemos hablado del Ordenamiento Jurídico Positivo propio y común a todos los territorios integrados en el estado español. Sin

embargo nos son estas las únicas normas a aplicar en el mismo, ya que existen otros tres sistemas jurídicos vigentes, aplicables a la totalidad o sólo parte del territorio, según su origen y reconocimiento actual.

La integración de España en un organismo político superior, la Unión Europea, conlleva la necesidad de articular e integrar en el ordenamiento aplicable las normas emanadas de ésta. Se trata del llamado Derecho Comunitario. Por otra parte la división del territorio en Comunidades Autónomas, que tienen cedidas competencias propias y por lo tanto determinadas facultades legislativas, produce que las normas emanadas de éstas deban aplicarse en sus respectivos territorios. Por último la formación histórica del estado español, y consecuentemente de su sistema jurídico, produce la pervivencia en determinados territorios de normas diferentes a las del Derecho Común, se trata del llamado Derecho Foral.

5.1. FORMACIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL: DERECHO COMÚN Y FORAL

La formación del actual Ordenamiento Jurídico Español es el resultado de un largo proceso de evolución histórica, paralelo al de formación del actual Reino de España. En la formación de nuestro Derecho han influido multitud de circunstancias, que no pueden ser resumidas en unas pocas letras sin simplificar en exceso su desarrollo.

No obstante sí se debe hacer constar la influencia original de Derecho Romano en la península, que constituye la base de nuestro actual derecho a través del proceso de romanización que abarca desde el s. III a C. hasta finales del s. IV, en que se asientan los pueblos germánicos. El Reino Visigodo dictó una sucesión de normas (*Código de Eurico*, *Lex Romana Visigothorum de Alarico II* y *Codex Revisus de Leovigildo*) que integraban derecho romano y germánico y culminaron a finales del s. VII en el *Código de Recesvinto*, que bajo el nombre de *Liber Iudiciorum* permaneció observado durante siglos tanto en los reinos cristianos como por la población mozárabe.

Por su parte la dominación musulmana en la península desde comienzos del s. VIII determinó la introducción de nuevas formas jurídicas. Sin embargo al estar en los países islámicos muy unido el derecho a la religión –la *sharia* es la aplicación del Corán como modelo jurídico– la influencia de sus instituciones en nuestro derecho privado ha sido mínima, aunque no así en el derecho administrativo, o al menos en la parte de éste que regula la organización municipal; términos que hoy aún se utilizan, como

alcalde, alcábala, alhóndiga o alcantarillado tienen aquí sus raíces, como también instituciones como la inspección de mercados.

La formación de los reinos cristianos se articuló también, en un principio, con el *Liber Iudiciorum* como marco de observancia general. El avance del proceso de Reconquista determinó la necesidad de repoblar sucesivamente los nuevos territorios fronterizos, para lo que los diversos monarcas otorgaban privilegios jurídicos a quienes se desplazaban a ellos. Estos privilegios se recogían en *Cartas Pueblas*, otorgadas a quienes se asentaron en los territorios de frontera, *Fueros* concedidos a los distintos municipios y concejos de las ciudades ya existentes y *Privilegios*, concedidos a los nobles y a las Órdenes Militares que guardaban las fronteras, y así se fue fraccionando la unidad jurídica anterior.

A partir del s. XII se procura de nuevo la unificación del Derecho en Castilla, a partir de la estructura del Derecho Romano, pero no en la versión arcaica y germanizada del *Liber Iudiciorum*, sino en la más pura que se enraíza en la importación del *Corpus Iuris Civilis* organizado durante el s. VI en Constantinopla bajo el imperio de Justiniano, que ahora llega a Occidente como efecto de la emigración de jurisconsultos bizantinos bajo la presión turca en el Oriente europeo. El resultado de esta influencia se recoge, mediado el s. XIII, en el *Código de las 7 Partidas*, del rey Alfonso X de Castilla, que procura la introducción del «nuevo derecho», organizado por el rey, frente a la oposición de la nobleza y los municipios forales que a su vez pretendían perpetuar sus privilegios. Tan dura fue esta lucha que se duda incluso si las Partidas llegaron a estar en vigor o se trata tan sólo de una obra de carácter doctrinal, aunque sí es seguro que, un siglo después de su redacción, fueron incluidas, como fuente propia del derecho de Castilla, por el rey Alfonso XI en el *Ordenamiento de Alcalá* (1348), norma que inaugura una serie de sucesivas recopilaciones legales cuya pretensión es integrar y unificar las normas vigentes en cada momento.

El proceso continúa durante el s. XV, especialmente con las reformas de los Reyes Católicos, pero en muchos lugares se conservan normas diferentes, privilegios otorgados que impiden la unificación plena, además y como consecuencia de la unión de los reinos de Castilla y la Corona de Aragón en una sola cabeza, pero no en un único estado, se mantienen los derechos propios de los diferentes reinos. En Castilla se promulgó primero el *Ordenamiento de Montalvo* (1484) y, ya fallecida la reina Isabel y por disposición de su testamento, las Cortes aprobaron en 1505 un texto legal, las *Leyes de Toro*, cuya intención es nuevamente unificar y coordinar las

discrepancias entre los fueros y la legislación real. El mismo sentido unificador aparece en la *Nueva Recopilación*, promulgada por Felipe II en 1567.

Tras la Guerra de Sucesión, a comienzos del s. XVIII, el rey Felipe V promulga los llamados *Decretos de Nueva Planta* (1714-16) cuya intención es precisamente la reorganización y unificación del reino en una sola entidad política, eliminándose parcialmente algunos privilegios históricos, sin embargo, otros permanecieron casi íntegramente –caso de Navarra– o con ciertas limitaciones, casos de Aragón, Cataluña y Mallorca, en que conservan las particularidades del derecho privado pero no las instituciones de derecho público. Finalmente el rey Carlos IV promulga en 1805 la *Novísima Recopilación de la Leyes de España*, texto que nació ya atrasado y fuera de las corrientes jurídicas que comenzaban a extenderse.

En efecto, con la Revolución Francesa cambia el concepto del poder estatal y su relación con la población, que pasa de súbdito a ciudadano, lo que significa ser sujeto activo del derecho y no sólo sujeto pasivo del poder real. Este cambio capital de concepción otorga a los ciudadanos el protagonismo jurídico, que promueve una revisión y generalización del Derecho en los estados europeos. El modelo a seguir es el Código de Napoleón de 1804, y a la extensión de sus principios se le ha llamado movimiento codificador, cuyo fundamento es la sistematización y organización de las normas en leyes o Códigos que recojan las normas dispersas y extiendan los principios de seguridad jurídica e igualdad de los ciudadanos ante la ley. En España el movimiento codificador tiene su primera expresión a través del Código de Comercio de 1829, pero lógicamente se ocupa solamente del Derecho Mercantil. La unificación del Derecho Civil hubo de esperar otro medio siglo, dificultada por el deseo de permanencia de las normas tradicionales en algunos territorios.

En 1889 se promulga el Código Civil, que recoge el llamado Derecho Común, es decir el de los territorios no forales, y con diversas modificaciones posteriores se mantiene básicamente hasta hoy, con el acuerdo simultáneo de la publicación de las Compilaciones Forales que recojan, determinen y modernicen las peculiaridades jurídicas de los diversos territorios que las conservan, compromiso que no fue inmediatamente atendido por los avatares políticos del Estado.

Finalmente estas Compilaciones Forales vieron la luz sucesivamente, así existen las de Vizcaya y Álava (1959) Cataluña (1960) Baleares (1961) Galicia (1963) Aragón (1967 y revisada en 1985) y Navarra (1973). Estas compilaciones recogen las normas tradicionales del derecho privado en

los correspondientes territorios, de manera que han de aplicarse con preferencia al derecho común recogido en el Código Civil.

5.2. DERECHO AUTONÓMICO

La estructura territorial del Reino de España recogida en la Constitución de 1978 establece la existencia de 17 Comunidades y 2 Ciudades Autónomas. Cada una de las Comunidades tiene competencias propias y específicas delegadas por el Estado y sobre las que sus respectivos Parlamentos pueden legislar para el territorio de su competencia, con la particularidad de que en algunas materias les cabe legislar libremente, pero en otras –por ejemplo el Derecho Mercantil– tienen limitada su capacidad.

Así las Comunidades Autónomas pueden producir sus propias normas, Leyes Autonómicas, que se aplican con exclusividad en sus territorios. Entre otras materias, y en virtud del artículo 149.1.8º de la Constitución, cabe «*la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derecho Civiles forales o especiales, allí donde existan*», por lo que gozan de competencia exclusiva en estas materias y pueden legislar sobre ellas, aunque con la limitación constitucional de reservar al Estado la competencia legislativa sobre las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas al matrimonio y los registros públicos, así como las bases de las obligaciones contractuales, conflictos de leyes y fuentes del derecho.

Una ley de Comunidad Autónoma tiene en su esfera de vigencia el mismo valor que las leyes estatales, por lo que puede dejar sin efecto tales leyes. Así, dentro de la competencia de la Comunidad Autónoma, puede sustituir por leyes propias a cualquier artículo del Código Civil que es una ley ordinaria.

5.3. DERECHO COMUNITARIO

La integración de España en la Unión Europea se produjo el 1 de enero de 1986 fecha en la que entró a formar parte de la entonces llamada CEE, organización internacional nacida de la voluntad soberana de los países que la integran con el fin de establecer los fundamentos de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos y conseguir mediante una acción común el progreso económico y social de todos ellos, eliminando las barreras que dividen a Europa.

Se denomina Normas Originarias a los sucesivos tratados internacionales que crearon originalmente y han venido posteriormente

modelando jurídicamente los vínculos entre los países que conforman la Unión Europea.

La CEE fue fundada en Roma el 26 de marzo de 1957 por medio de un Tratado Internacional, luego modificado sustancialmente por el Acta Única Europea, que entró en vigor el 1 de julio de 1987 y que convirtió a la CEE en CE y es, para la CEE, el equivalente a los textos constitucionales de los estados.

Fue modificado por el Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, luego reformado sucesivamente por el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997, el Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001 y el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007. A partir del Tratado de Ámsterdam, la CE pasa a denominarse Unión Europea, según dispone el artículo 1 de dicho Tratado.

La actividad legislativa de la UE se articula en torno a cuatro diferentes tipos de normas: Reglamentos, Directivas, Decisiones y Dictámenes y Recomendaciones. A su conjunto se aplica la denominación de Normas Derivadas, y por sobre todas ellas, y con valor de norma constitucional de la Unión mientras no se ratifique finalmente por todos los estados miembros la Constitución Europea –ratificada ya por España a través de la LO 1/2005– se alcanzan los sucesivos tratados antes enumerados, considerados como normas originarias de la UE.

El Reglamento es equiparable a una Ley nacional y de aplicación directa en los Estados miembros. Tiene carácter obligatorio desde el momento de su entrada en vigor, convirtiéndose en Derecho vigente, en todos los Estados miembros, nada más publicarse en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Consecuentemente no precisan adaptación o introducción en los ordenamientos estatales, sino que se incorporan directamente a los mismos.

La Directiva vincula al Estado o Estados destinatarios, pero sólo en cuanto al resultado final a conseguir, siendo éstos los que tienen competencia para establecer la forma y los medios de aplicarlos en sus respectivos países. Otorgan un plazo a los Estados miembros para que adapten su legislación a las mismas, transcurrido el cual, serán de aplicación directa, sin perjuicio de la sanción que se pueda imponer a cada Estado por la demora.

Surten su efecto a partir de su notificación a los Estados miembros y pueden ser invocados por los particulares ante el Tribunal Europeo. En el caso español la adaptación ha de realizarse mediante la promulgación de la norma –ley Orgánica u Ordinaria– que en rango corresponda por la

materia a que afecte la Directiva. En este supuesto deben además tenerse en cuenta las competencias de las Comunidades Autónomas, ya que si la norma Comunitaria recae sobre una materia cuya competencia ha sido transferida a una Comunidad Autónoma, recaerá sobre ésta, y no sobre el estado, la obligación de ejecutarla en su propio territorio.

La Decisión es un acto de la U. E. con destinatario específico –ya sea un Estado, empresa, individuo o un grupo de individuos– a quien será de aplicación directa con efecto inmediato desde que se produce la notificación a sus destinatarios. Son pues normas particulares, de alcance limitado pero de observancia obligatoria por los afectados.

Los Dictámenes y Recomendaciones no son disposiciones vinculantes. Los primeros expresan una opinión sobre una determinada cuestión, y las segundas suelen ser invitaciones para adoptar una determinada conducta.

RESUMEN

I. Significado y clases de Derecho

Derecho: Normas coercitivas para ordenar convivencia social

Justicia: Ideal buscado a través del Derecho

Seguridad jurídica: Certeza del resultado de adecuarse a la norma

1. Clases:	D° Objetivo:	<i>Ordenamiento Jurídico, Conjunto de normas que regulan la sociedad</i>
	D° subjetivos	<i>Facultades que el Ordenamiento concede a las personas</i>
	D° Natural:	<i>Inmanente, común y compartido por todos</i>
	D° Positivo:	<i>Promulgado, emanado de la autoridad</i>
	Escuela. Histórica:	<i>Derecho es producto de la sociedad</i>
2. Disciplinas Jurídicas:	Público:	<i>Organización y funcionamiento del Estado</i>
		<i>Relaciones Estado - individuos</i>
		D° Político o Constitucional
		D° Administrativo
		D° Financiero y Tributario
		D° Penal
		D° Procesal
	Privado:	<i>Relaciones entre individuos</i>
		D° Civil
		D° Mercantil
		D° Laboral

II. LA NORMA JURÍDICA

- 1. Concepto:** *Mandato abstracto y general que plantea hipótesis y resultado*
Caracteres: *general, abstracta, imperativa, coercitiva*
Ordenamiento Jurídico: *Conjunto de normas aplicables*
Límites: Estatal
Territorial
Temporal
- 2. Clases de normas:** Públicas y Privadas
Imperativas, prohibitivas y dispositivas
Rígidas y elásticas
Generales, especiales y excepcionales
- 3. Eficacia y aplicación:**
Principios del Ordenamiento: *Jerarquía*
Vigencia
Especialidad
Eficacia general: La ignorancia no excusa el incumplimiento
Límites de ejercicio: *Fraude de Ley*
Abuso de Derecho
Ejercicio antisocial
- 4. Temporalidad:**
Vigencia: General: 20 días desde publicación BOE
Especial: dispuesta en la propia norma
Derogación: expresa o tácita
Irretroactividad, salvo norma más beneficiosa
- 5. Interpretación:** Criterios: *Literal*
Gramatical o sintáctico
Sistemático
Histórico
Realidad social coetánea
Teleológico: espíritu y finalidad
- 6. Adecuación:** Analogía: *Supuesto no regulado*
Identidad de razón con otro regulado
Aplicación del principio extraído
Equidad: *Atemperación del rigor normativo*
Ponderación de circunstancias concretas

III. FUENTES DEL DERECHO POSITIVO

1. Ley: *norma emanada de los órganos con capacidad normativa*

Jerarquía:

<i>Parlamento y referéndum:</i>	Constitución Española
<i>P. Legislativo:</i>	Leyes Orgánicas Leyes Ordinarias
<i>P. Ejecutivo y P. Legislativo:</i>	Ley de Bases-Decreto Legislativo Decretos Leyes

<i>P. Ejecutivo:</i>	Decretos y Reglamentos Órdenes Ministeriales
----------------------	---

Iniciativa legislativa:

<i>Directa:</i>	Gobierno: Proyecto de Ley Parlamento: Proposición de Ley
<i>Indirecta:</i>	Autonómica, al Ejecutivo o Legislativo Popular, 500.000 firmas al Parlamento

2. Costumbre: *reiteración generalizada con valor normativo*

Aplicable sólo en defecto de ley

Clases:	<i>Contra ley</i> , no es fuente del derecho <i>Según ley</i> , no es fuente de derecho <i>Ajena a ley</i> , única que es fuente de derecho
---------	---

3. Principios Generales del Derecho:

Aplicación previa:	<i>informan el Ordenamiento</i>
Aplicación directa:	<i>en defecto de ley y costumbre</i> <i>Analogía</i> <i>Equidad</i> <i>Aforismos</i>

4. Jurisprudencia y Doctrina:

No son fuente del Derecho
Auxilian conocimiento, desarrollo y aplicación

5. Tratados internacionales:

Se aplican cuando se incorporan al Ordenamiento interno

IV. DERECHO CIVIL Y MERCANTIL

1. Criterios de aplicación del D° Mercantil

<i>Subjetivo:</i>	<i>Por razón de naturaleza o actividad</i> Personas jurídicas de naturaleza mercantil
-------------------	--

	Otras personas por razón de actividad mercantil
<i>Objetivo:</i>	Actos de Comercio
2. Fuentes del D° Mercantil	
<i>Aplicación General:</i>	Ley Mercantil Especial Código de Comercio Usos normativos del comercio Derecho Común
<i>Contratos mercantiles:</i>	Ley Mercantil Especial Código de Comercio Derecho Común
V. DERECHO FORAL, AUTONÓMICO Y COMUNITARIO	
1. Foral: <i>Procedente de los ordenamiento históricos de los territorios</i>	Proceso de formación del Derecho Español Compilaciones vigentes
2. Autonómico: <i>Emanado de los órganos de las Comunidades Autónomas</i>	Modificación de Derechos Forales Competencias transferidas
3. Comunitario: <i>Emanado de los órganos de la Unión Europea</i>	<i>Normas Originarias:</i> Tratados reguladores de la Unión <i>Normas Derivadas:</i> Reglamentos: aplicación inmediata Directivas: adopción por ordenamientos nacionales Decisiones: aplicación inmediata a destinatario Dictámenes y Recomendaciones: no vinculantes

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M., *Derecho Civil I. Introducción y parte general*, 19ª ed., Madrid, Edisofer SL, 2009.
- *Compendio de Derecho Civil*, 13ª ed., Madrid, Edisofer SL, 2007.
- DÍAZ ROCA, R., *Teoría General del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1997.
- DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, vol. I*, 11ª ed., Tecnos, Madrid 2005.
- DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil, Civitas*, Madrid 2005.
- LASARTE, C., *Curso de Derecho Civil Patrimonial*, 14ª ed., Madrid, Tecnos, 2008.



TEMA 2 EL SUJETO DE DERECHO: EMPRESA Y EMPRESARIO

Juana María Pardo Pardo

SUMARIO: 1. LA PERSONA Y SUS CLASES. 2. LAS PERSONAS FÍSICAS: CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR. 2.1. *Nacimiento y requisitos.* 2.2. *La capacidad de obrar. Edad, emancipación, incapacitación, discapacidad y prodigalidad.* 2.3. *La muerte y declaración de fallecimiento.* 2.4. *Matrimonio. Concepto y rasgos esenciales. El régimen económico del matrimonio: Las capitulaciones matrimoniales.* 3. EL REGISTRO CIVIL. 4. LA PERSONA JURÍDICA. 4.1. *La Organización Empresarial y concepto de Empresa. El contrato de sociedad.* 4.2. *Clases de sociedades.* 5. EMPRESARIO Y CONCEPTO LEGAL DE COMERCIANTE. TIPOLOGÍA. 6. CAPACIDAD Y PROHIBICIONES. 7. EMPRESARIO INDIVIDUAL Y EMPRESARIO SOCIAL. 8. EL REGISTRO MERCANTIL. 8.1. *Concepto.* 8.2. *Principios de Publicidad Registral.* 8.3. *Proceso de inscripción.* 8.4. *Efectos de la inscripción en el Registro Mercantil.* 8.5. *Registros Territoriales y el Registro Mercantil Central.* BIBLIOGRAFÍA.

1. LA PERSONA Y SUS CLASES

Las relaciones jurídicas que serán estudiadas en este curso median siempre entre sujetos, como titulares de los derechos y deberes correspondientes a dichas relaciones. Por tanto, se hace necesario analizar qué o quiénes pueden ser sujetos de derechos y obligaciones.

Dado el carácter social del Derecho, el sujeto de derecho por antonomasia es el ser humano, ya que el Derecho sólo existe como instrumento necesario para solventar conflictos entre los seres humanos y, por tanto, éstos son la causa de la construcción del Ordenamiento Jurídico, que se irá adaptando a las circunstancias y necesidades del ser humano en cada momento histórico.

Actualmente, existe una absoluta coincidencia entre persona física y ser humano, superándose definitivamente los tiempos de la esclavitud en los que algunos seres humanos no eran considerados personas, ni podían ser, por tanto, titulares de derechos. En nuestros días, suprimida la esclavitud y la muerte civil, los Ordenamientos Jurídicos de todos los países

civilizados parten de que todo ser humano es considerado persona y es, por tanto, sujeto de Derecho (persona natural o persona física).

El artículo 6º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948) prevé que: «*todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica*», esto es, a ser reconocido como persona ante el Derecho.

En el Ordenamiento Jurídico son considerados como sujetos de derechos tanto los seres humanos (*personas naturales* o *personas físicas*), así como determinadas entidades, agrupaciones o colectivos de seres humanos que el Derecho ha personificado (*personas jurídicas*) y, por tanto, las reconoce como sujetos de Derecho y pueden ser titulares de derechos y obligaciones.

Como hemos visto anteriormente, la persona física es un concepto que trasciende al de Derecho ya que éste existe y se justifica en cuanto tiene por misión solucionar sus conflictos. Sin embargo, la persona jurídica es considerada como tal únicamente cuando es regulada y admitida por el Derecho Positivo.

Los Ordenamientos Jurídicos acaban aceptando la existencia de diferentes tipos de personas jurídicas (asociaciones, fundaciones, sociedades, etc.) como reconocimiento del derecho de asociación de las personas naturales. Así, el párrafo primero del artículo 28 del Código civil determina que: «*Las corporaciones, fundaciones y asociaciones, reconocidas por la ley y domiciliadas en España, gozarán de la nacionalidad española, siempre que tengan el concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del presente Código*». En el mismo sentido, el artículo 38 del mismo Código establece que: «*Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución*».

En definitiva, el Ordenamiento Jurídico reconoce *personalidad* tanto a las personas naturales o físicas como a las personas jurídicas.

2. LAS PERSONAS FÍSICAS: CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR

Al hablar de *personalidad* se hace referencia al reconocimiento de alguien como sujeto de derechos y obligaciones, bien porque naturalmente sea idóneo para ello (persona física), o bien porque el Derecho Positivo así lo haya previsto (persona jurídica).

Se hace necesario diferenciar la personalidad que se adquiere, como veremos, desde el nacimiento y, por tanto, desde entonces, se puede ser

titular de derechos y obligaciones, del momento en que el Ordenamiento Jurídico considera que válidamente podemos ejercitar dichos derechos o ser responsables de nuestras obligaciones. Por ello, es necesario diferenciar los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar.

Se entiende que una persona tiene *capacidad jurídica* cuando tiene la idoneidad o posibilidad abstracta para ser titular de derechos y obligaciones. La capacidad jurídica no es susceptible de graduaciones o matizaciones, sino que se tiene o no se tiene, se es persona o no. Así, podemos considerar coincidentes los términos *personalidad* y *capacidad jurídica*.

Por su parte, podemos definir la *capacidad de obrar* como la posibilidad real de una persona para ejercitar los derechos y obligaciones que le sean imputables y realizar actos con eficacia jurídica.

A diferencia de la capacidad jurídica, la capacidad de obrar sí admite graduaciones y subdivisiones en atención al tipo de acto que se pretenda realizar por el sujeto de derecho. Por ejemplo, como veremos más adelante, una persona menor de edad puede tener capacidad jurídica para heredar pero no la capacidad de obrar para disponer libremente de sus bienes.

Por tanto, desde un punto de vista práctico, adquiere especial relevancia determinar cuándo un sujeto tiene capacidad de obrar para cada caso concreto, ya que, en caso contrario, no podrá llevar a cabo un determinado acto con eficacia jurídica.

2.1. NACIMIENTO Y REQUISITOS

La persona física adquiere la personalidad y, por consiguiente, la capacidad jurídica, con el nacimiento. Así lo establece expresamente el artículo 29 de Código civil que prevé que: «*El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente*».

El Código civil prevé, a continuación, en su artículo 30 que: «*La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*». Es decir, que la personalidad se adquiere desde el instante del alumbramiento (momento que ha de hacerse constar, como veremos, en el Registro Civil).

En determinadas ocasiones, como en los supuestos de partos múltiples, la determinación del momento en el que el sujeto adquiere la personalidad es especialmente determinante, ya que puede ser necesario conocer cuál de los hermanos nació primero. El Código civil determina a este respecto

que: «*La prioridad del nacimiento, en el caso de partos dobles, da al primer nacido los derechos que la ley reconozca al primogénito*». En Derecho Privado actualmente no existe un régimen especial de aplicación al primogénito, si bien, en determinados aspectos puede adquirir importancia como en la sucesión de títulos nobiliarios (artículo 5 del Decreto de 4 de julio de 1948) o porque se haga esa distinción, por ejemplo, en el testamento, el cual será estudiado más adelante.

Especial mención merece, a su vez, la figura del *nasciturus* (el que va a nacer), esto es, el concebido pero no nacido. Tradicionalmente, el Ordenamiento Jurídico ha dotado de especial protección al *nasciturus*. Del mismo modo, los modernos Códigos también le destinan una serie de preceptos al *nasciturus*, ya que, en caso contrario, el hijo póstumo quedaría excluido de la herencia del padre.

Nuestro Código civil prevé en el artículo 29 anteriormente transcrito («*el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables*»), condicionando tales efectos a su nacimiento regular, esto es, cumpliendo lo previsto en el artículo 30 anteriormente referido. Una vez nacido en tales términos, se le reconocerán todos los derechos que le sean favorables desde el momento de su concepción, de manera amplia y general, y sean cualesquiera las relaciones jurídicas en las que pudiera estar implicado.

2.2. LA CAPACIDAD DE OBRAR. EDAD, EMANCIPACIÓN, INCAPACITACIÓN, DISCAPACIDAD Y PRODIGALIDAD

Con carácter general la plena capacidad de obrar y, por tanto, la posibilidad de ejercitar por sí mismo derechos y obligaciones, se adquiere con la *mayoría de edad*, esto es, desde la promulgación de la Constitución española, al cumplir los dieciocho años (rebajándose así la mayoría de edad de veintiuno a dieciocho años), de conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la Constitución y el artículo 315 del Código civil.

La adquisición de la plena capacidad de obrar con la mayoría de edad como regla general no significa, sin embargo, como se entendía tradicionalmente, que el *menor de edad* no pueda realizar actos con eficacia jurídica, sino que, muy al contrario, el ordenamiento jurídico vigente otorga, en determinadas ocasiones, al menor de edad, una cierta capacidad, aunque limitada.

A modo de ejemplo, el artículo 164 del Código civil permite a los menores que hayan cumplido dieciséis años administrar los bienes que «*hubiera adquirido con su trabajo o industria*. Los actos de administración ordinaria serán realizados por el hijo, que necesitará el consentimiento de los padres para los

que excedan de ella». O bien, el artículo 154 prevé que «*si los hijos tuvieran suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten*». En definitiva, nuestro Ordenamiento jurídico reconoce, en cierto modo, que la capacidad de obrar es gradual y concede determinadas facultades a los menores de edad.

Especial estudio merece la figura de la *emancipación*, esto es, la posibilidad de independizarse del menor de edad de la patria potestad o la tutela a la que en principio estaría sujeto.

Las causas por las que un menor de edad puede emanciparse se encuentran tasadas en los artículos 314 y siguientes del Código civil, siendo éstas las siguientes: (i) por la mayoría de edad, como es lógico; (ii) por el matrimonio del menor; (iii) por concesión de los que ejerzan la patria potestad y (iv) por concesión judicial.

Para que tenga lugar la emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad se requiere que el menor tenga dieciséis años cumplidos y que la consienta. Esta emancipación se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro, tal y como establece literalmente el artículo 317 del Código civil, siendo necesario que la misma sea inscrita en el Registro Civil, para que produzca efectos frente a terceros (*vid.* artículo 318 CC). Además, el artículo 319 considera emancipado, a todos los efectos, al hijo mayor de dieciséis años que, con el consentimiento de los padres, viviere independientemente de éstos. Los padres podrán revocar este consentimiento.

Asimismo, el Juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciséis años, si éstos la pidieran, previa audiencia de los padres, si se dan los requisitos previstos en el artículo 320, esto es: (i) cuando quien ejerce la patria potestad contrajera nupcias y conviviera maritalmente con persona distinta del otro progenitor; (ii) cuando los padres vivieran separados; y (iii) cuando concorra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad.

El menor de edad también podrá emanciparse por razón del matrimonio, si bien, necesitará el consentimiento de los padres o curadores para llevar a cabo determinados actos con eficacia jurídica, como enajenar o gravar bienes en determinados supuestos (*vid.* artículo 324 CC).

Podemos concluir, por tanto, que la emancipación sitúa al menor de edad emancipado en una situación de capacidad de obrar a camino entre la minoría y la mayoría de obrar, en especial, desde el punto de vista patrimonial. En concreto, el menor de edad no emancipado estará sujeto

a las limitaciones establecidas en el artículo 323 CC hasta que adquiriera la mayoría de edad, siendo éstas las siguientes: (i) no podrá pedir dinero prestado, aunque sí prestar dinero; y (ii) no podrá gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador.

Otro de los supuestos de limitación de la capacidad de obrar es la *incapacitación*, regulada principalmente por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela.

Conforme establece el artículo 200 CC, son causas de incapacitación: «*las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*».

Por tanto, las causas de incapacitación no son taxativas sino que dependerán del examen concreto que se haga en cada caso. En este sentido, establece el artículo 199 CC que: «*Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley*».

La declaración de incapacidad de una persona supone limitar de capacidad de obrar a una persona que, en principio, goza de ella, por lo que es una decisión de suma gravedad que únicamente puede ser tomada por una autoridad judicial, conforme exige el precepto anteriormente transcrito.

La declaración judicial de incapacidad puede ser total o parcial, por lo que podemos entender que la misma es graduable atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto. Así lo establece el artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al determinar que: «*La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento (...)*».

De igual modo debemos señalar que la sentencia por la que se declare la incapacidad es revisable, no teniendo efectos de cosa juzgada, puesto que las condiciones físicas o psíquicas que motivaron la declaración judicial de incapacidad pueden varían, bien mejorando, o bien empeorando, por lo que, en tal caso, será necesario un nuevo examen de las mismas para adaptar la extensión y límites de la incapacidad a cada persona y a cada momento (*vid.* artículo 761.1 LEC).

Cabe destacar, a su vez, que la referida Ley 13/1983 recoge la figura de la tutela judicial o autoridad determinada judicialmente, abandonando el antiguo sistema de tutela de familia y, además, recuperando la figura de la curatela.

No debemos confundir la incapacitación anteriormente referida, con la discapacidad, ya que la incapacitación incluye la discapacidad, pero no a la inversa, por lo que no debemos utilizar dichos términos indistintamente.

La *discapacidad* se encuentra regulada en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, modificada por la Ley 1/2009, de 25 de marzo, en cuyo articulado se contienen mecanismos de protección de las personas con discapacidad. Quizás la novedad más significativa de esta Ley es la figura de la autotutela, ya que habilita a las personas, en un determinado momento capaces, para adoptar las decisiones que estime convenientes en previsión de su futura y propia incapacitación. En este sentido, el artículo 234 del Código civil establece que: «*para el nombramiento de tutor se preferirá (...)*», en primer lugar, «*al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223*». Además, en dicha Ley se regula, entre otros mecanismos de protección, la existencia de una masa patrimonial especialmente protegida vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de la persona con discapacidad, favoreciendo la constitución de dicho patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos para asegurar el bienestar de las personas con discapacidad.

Mención especial merece la figura de la *prodigalidad*. La prodigalidad es la conducta llevada a cabo por una persona que se caracteriza por la habitualidad en el derroche de sus bienes propios, malgastándolos desordenadamente.

La declaración de prodigalidad requiere la concurrencia de dos elementos: (i) en el aspecto interno del sujeto: la conducta irracional de poner en peligro la integridad o parte importante del capital propio sin una adecuada oportunidad de ganancia; y (ii) en el aspecto externo o circunstancial del sujeto: al estar obligado a prestar alimentos a su cónyuges, descendientes o ascendientes, que son los que están legitimados para instar la declaración de prodigalidad, o si no lo hacen éstos o sus representantes, el Ministerio Fiscal. Por tanto, quienes no tengan esta obligación de alimentos, no podrán ser declarados pródigos.

Debemos destacar que el pródigo no es, en sentido estricto o técnico, un incapacitado, ni se encuentra sometido a tutela, sino a curatela, respecto a los actos de contenido patrimonial que se determinen en la correspondiente sentencia. Por tanto, el pródigo no tiene limitada su capacidad de obrar ni actúa por medio de otra persona (como el incapacitado), sino que necesita la presencia del curador para realizar aquellos actos determinados judicialmente.

2.3. LA MUERTE Y DECLARACIÓN DE FALLECIMIENTO

Nuestro Código civil determina en su artículo 32 que: «*La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas*». Por tanto, como regla general, la extinción de la personalidad de las personas físicas se producirá con la *declaración de su fallecimiento*.

Además, el Código civil se ocupa de establecer en el Título VIII qué sucede con las *personas ausentes o desaparecidas*, ya que, en tales casos, la incógnita sobre si las personas se encuentran vivas o no, no puede ser permanente.

El artículo 183 del Código civil establece que: «*Se considerará en situación de ausencia legal al desaparecido de su domicilio o de su última residencia: 1. Pasado un año desde las últimas noticias o, a falta de éstas, desde su desaparición, si no hubiese dejado apoderado con facultades de administración de todos sus bienes. 2. Pasados tres años, si hubiese dejado encomendada por apoderamiento la administración de todos sus bienes*».

El párrafo siguiente del referido precepto determina que, en todo caso, desaparecida una persona de su domicilio o del lugar de su última residencia, sin haberse tenido de ella más noticias, podrá el Juez, a instancia de la parte interesada o del Ministerio fiscal, nombrar a un defensor que ampare y represente al desaparecido en juicio o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave (artículo 183 CC, párrafo segundo).

Por su parte, en el artículo 182 se determina quiénes tienen la obligación de promover e instar la declaración de ausencia legal, siendo éstos: (i) el cónyuge del ausente no separado legalmente; (ii) los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado; y (iii) el Ministerio fiscal de oficio o a instancia de parte, mediante la correspondiente denuncia. También podrá pedir la declaración de fallecimiento cualquier persona que racionalmente estime tener sobre los bienes del desaparecido algún derecho ejercitable en vida o dependiente de su muerte.

Finalmente, debemos destacar que el Código civil determina cuándo procede la declaración de fallecimiento en cada caso (artículos 193 y ss.), destacando los siguientes supuestos: (i) transcurridos diez años desde las últimas noticias habidas del ausente, o, a falta de éstas, desde su desaparición; (ii) pasados cinco años desde las últimas noticias o, en defecto de éstas, desde su desaparición, si al expirar dicho plazo hubiere cumplido el ausente setenta y cinco años; y (iii) cumplido un año, contado de fecha a fecha, de un riesgo inminente de muerte por causa de violencia contra la vida, en que una persona se hubiese encontrado sin haberse tenido

noticias suyas, con posterioridad a la violencia. En caso de siniestro este plazo será de tres meses.

2.4. MATRIMONIO. CONCEPTO Y RASGOS ESENCIALES. EL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO: LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES

El *matrimonio* se puede definir como la unión estable de dos personas concertada mediante determinados ritos o formalidades.

La modificación legal más importante del matrimonio en los últimos años se produjo con la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

Las *rasgos esenciales* del matrimonio son: (i) la *unión de dos personas* (conforme establece el artículo 44 CC y la Ley 13/2005) con las limitaciones previstas en los artículos 46 y 47 CC; (ii) la *permanencia en el tiempo* (en los términos previstos en la Ley 30/1981 y la Ley 15/2005 por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio); y (iii) las *formalidades* previstas en el artículo 49 del Código civil.

Respecto a este último requisito, debemos destacar que, de conformidad con dicho precepto, los españoles pueden contraer matrimonio: (i) en España, en la forma religiosa legalmente prevista, (ii) ante el Juez, Alcalde o funcionario previsto en el Código civil o (iii) fuera de España, con arreglo a la forma establecida por la Ley del lugar de celebración.

Debemos diferenciar el *matrimonio* (que, de conformidad con el artículo 45 CC requiere el consentimiento matrimonial de los cónyuges, como cualquier otro contrato, tal y como será estudiado más adelante) de los meros *esponsales*, esto es, la promesa formal de futuro matrimonio (que no es un contrato sino un acto jurídico unilateral).

Los *esponsales* aparecen regulados en los artículos 42 y 43 del Código civil. Establece el primero de los preceptos referidos que: «*la promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración*». Al tratarse de un acto jurídico unilateral, y no de un contrato, como hemos visto, no es posible a la otra parte exigir su cumplimiento. Si bien, el incumplimiento de dicha promesa sin causa justificada sí comprende determinadas consecuencias reguladas en el artículo 43 en los siguientes términos: «*El incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o*

por menor emancipado sólo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido. Esta acción caducará al año contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio».

Los contrayentes gozan de amplia libertad para determinar el *régimen económico del matrimonio*, siendo los principales sistemas de organización posibles los siguientes:

(i) *Sistema de comunidad de bienes*, en el que ambos cónyuges aportan bienes a la masa común afecta a los gastos familiares, pudiendo diferenciarse entre: *comunidad universal*, si afecta a la totalidad de los bienes de ambos cónyuges, o *comunidad particular*, si se limita a determinados bienes.

(ii) *Sistema de separación*, en el que ambos cónyuges conservan la titularidad privativa de sus bienes.

(iii) *Sistema de partición*, que es aquel que opera como un sistema de partición mientras dura, si bien se liquida de forma similar al sistema de comunidad de bienes.

(iv) *Sistema de libertad de determinación*, en el que los cónyuges establecen la normativa del régimen económico que van a seguir, con ciertos límites.

El Código civil se ocupa del régimen económico matrimonial en sus artículos 1315 y siguientes, estableciendo, en primer lugar, en dicho precepto que: «*El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código*».

El régimen económico de cada matrimonio será, por tanto, el que los cónyuges determinen en las capitulaciones matrimoniales y, continúa estableciendo el artículo 1316 que: «*A falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales*».

Las *capitulaciones matrimoniales* determinan, por consiguiente, el régimen económico matrimonial primario, si bien, al no ser éstas obligatorias, el Código civil prevé, en ausencia de capitulaciones, y como sistema supletorio de primer grado: la sociedad de gananciales; como régimen supletorio de segundo grado: el régimen de separación de bienes; y, por último: el régimen de partición.

Podemos definir las capitulaciones matrimoniales como un acuerdo contractual en virtud del cual los cónyuges, en cualquier momento, pueden estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera disposiciones relativas al mismo. Las capitulaciones matrimoniales tienen que ser elevadas a escritura pública y se les exige

determinados mecanismos de publicidad para que adquieran eficacia frente a terceros en los siguientes registros públicos: en el Registro Civil (en todo caso), en el Registro de la Propiedad (para los bienes inmuebles) y en el Registro Mercantil (para el caso que uno de los cónyuges sea comerciante), tal y como se analizará al estudiar el régimen de responsabilidad del comerciante casado y los límites a la responsabilidad.

Las capitulaciones matrimoniales se caracterizan por los siguientes rasgos: (i) por su *finalidad*, esto es, por determinar el régimen económico que los cónyuges desean que rija en su matrimonio, (ii) por el *momento* de su otorgamiento, ya que pueden otorgarse en cualquier momento, así como modificarse o sustituirse cuando así lo estimen conveniente los cónyuges, (iii) por la *capacidad* necesaria para su otorgamiento, ya que el mayor de edad no incapacitado siempre podrá otorgar capitulaciones, pero en el caso del menor de edad no emancipado y del incapacitado, será necesario, el consentimiento de sus padres o tutores (*vid.* artículos 1329 y 1330 CC, respectivamente); (iv) por las *exigencias formales*, ya que por la trascendencia patrimonial de su contenido el Código civil exige para su validez que se eleven a escritura pública; y (v) por la *publicidad* requerida para su eficacia frente a terceros en los registros públicos anteriormente referidos.

3. EL REGISTRO CIVIL

El *Registro civil* es un organismo administrativo dependiente del Ministerio de Justicia destinado, con carácter general, a la inscripción de los hechos concernientes al estado civil de las personas físicas, y a aquellos otros que la ley determine.

El Registro civil, integrado por los Registros Municipales, por los Registros Consulares y por el Registro Central, se divide, a su vez, en cuatro secciones: la primera denominada «*Nacimientos y general*», que tiene como fin principal la inscripción del nacimiento y los datos concernientes al mismo (fecha, nombre, sexo, etc.); la segunda denominada «*Matrimonios*», en la que se hará mención a las capitulaciones matrimoniales y donde también se inscribirán las sentencias de nulidad, separación y divorcio, entre otros hechos; la tercera denominada «*Defunciones*» y la cuarta, «*Tutelas y representaciones legales*» de personas físicas y sus modificaciones. Cada Sección se llevará en distinto libro.

El Registro civil no goza de la presunción de integridad, es decir, de recoger la totalidad de la realidad jurídica relativa al estado civil y a cualesquiera otros hechos inscribibles de la persona física, si bien es necesario

que refleje, al menos, aquellos extremos cuya constancia es de interés general. Por ello se establece la obligatoriedad de la inscripción de dichos datos. Igualmente, es posible que exista alguna discordancia entre lo inscrito en el Registro y la realidad. Dichas inexactitudes registrales y defectos de los asientos deberán ser rectificadas.

Finalmente, debemos destacar que, con carácter general, el Registro civil es público para aquellas personas que tengan interés en conocer los asientos inscritos en el mismo, presumiéndose dicho interés en quién solicita una certificación de dichos asientos (teniendo tales certificaciones la consideración de documentos públicos). No obstante lo anterior, en determinados casos dicha publicidad se encuentra limitada por razones especiales, generalmente en aquellos datos inscritos que puedan corresponderse con circunstancias delicadas o que estén incorporadas en expedientes que tengan carácter reservado. Por ejemplo, en determinados hechos inscritos como puedan ser causas de nulidad o separación matrimonial, filiaciones no matrimoniales, abortos, rectificación de sexo, entre otros, el Registro únicamente librará certificación a las personas a quien tal hecho afecte directamente, o a quien, mediante autorización judicial, justifique interés especial o legítimo, y razón fundada para solicitar dicha información.

4. LA PERSONA JURÍDICA

Como estudiamos al comienzo del presente capítulo, tanto las personas físicas como las personas jurídicas pueden ser sujetos de Derecho y, por tanto, titulares de derechos y obligaciones, una vez que las leyes las reconocen como tales.

Podemos definir la *sociedad* como: «*cualquier asociación voluntaria dirigida a la consecución de una finalidad común mediante la contribución de todos sus miembros*».

4.1. LA ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL Y CONCEPTO DE EMPRESA. EL CONTRATO DE SOCIEDAD

Podemos llamar empresa o sociedad a cualquier asociación voluntaria dirigida a la consecución de una finalidad común mediante la contribución de todos sus miembros.

Como unión voluntaria de personas, la sociedad tiene su origen en un contrato. Esta es la línea que siguen nuestros Códigos Civil y de Comercio, que hablan de «*contrato de sociedad*» o de «*contrato de compañía*» en multitud

de preceptos (artículos 1665 CC, 116 Com., etc.). El contrato de sociedad es un contrato con doble eficacia: eficacia obligatoria (contrato obligatorio) y eficacia organizativa (contrato de organización). Veamos qué significa cada uno de estos términos:

(i) Que es un *contrato obligatorio* significa que de él surgen, para las partes, obligaciones y derechos de carácter patrimonial.

(ii) Que es un *contrato de organización* significa que, de acuerdo con el modelo legal, el contrato de sociedad despliega también su eficacia unificando el grupo y proveyéndole de capacidad para tener relaciones externas, ya que por el contrato de sociedad varias personas crean una organización que les permite actuar en el tráfico *como si fueran una sola persona*. Esto es lo que se denomina *personalidad jurídica*.

Los aspectos de la personalidad jurídica objeto de tratamiento son los relativos a los atributos que permiten identificar y localizar a las personas jurídicas (básicamente, denominación, nacionalidad y domicilio), ya que como consecuencia del contrato de sociedad surge un nuevo sujeto de derecho. A partir de entonces, los sujetos que forman parte de una sociedad no actúan individualmente, sino que lo hacen colectivamente y, en consecuencia, tanto los deberes que asuman como los derechos que obtengan, lo serán del grupo, no de las personas que lo forman.

A continuación analizaremos sucintamente cuáles son esos atributos que permiten identificar a una sociedad.

(i) Los sujetos que forman parte de una sociedad aparecen en la escena jurídica bajo un nombre común. Por ello decimos que el primer atributo de las personas jurídicas es la *denominación social*, en cuya virtud los terceros pueden identificar al grupo y el grupo puede actuar en el tráfico externo. La denominación tiene, por tanto, una función identificadora y una función habilitadora (actuar en el tráfico es actuar *nomine societatis*).

(ii) El segundo de los atributos externos que predicamos de las sociedades en su calidad de personas jurídicas es el *domicilio social*. La sede o domicilio de las sociedades es el lugar elegido contractualmente por las partes para localizar su actividad jurídica y a él anuda el ordenamiento múltiples funciones. Así, por ejemplo, es el criterio utilizado para determinar el lugar de cumplimiento de las obligaciones (artículo 1.171. III CC); para atribuir la competencia registral (*vid.* artículo 17 RRM) y judicial (artículo 66 LEC); etc. El domicilio –el domicilio contractual o estatutario– ha de consignarse en el contrato de sociedad y referenciarse en toda su documentación (artículo 24 CCom) con la debida precisión: el domicilio

no es una población o término municipal, es la finca o parcela concreta en que se sitúa la sede social.

(iii) Finalmente, el último atributo externo, el de la *nacionalidad*, será el correspondiente al país en donde tenga su domicilio social la entidad mercantil.

4.2. CLASES DE SOCIEDADES

Entre las distintas clasificaciones posibles que podemos realizar de las sociedades, nos referiremos a continuación a la clasificación que atiende a su finalidad. Bajo esta perspectiva funcional o causal, la distinción más importante es la que separa los tipos universales y los tipos particulares: (i) denominamos *tipos universales* a los tipos funcionalmente polivalentes, es decir, aquellos que pueden ser empleados para desarrollar actividades y perseguir fines de cualquier naturaleza; y (ii) *tipos particulares* aquellos que han sido construidos legislativamente en atención al desarrollo de una actividad o la consecución de una finalidad específica.

Desde el punto de vista funcional, reviste también una especial importancia en nuestro ordenamiento la distinción entre *tipos mercantiles* y *tipos civiles*. La razón de esta distinción entronca con la tradicional separación entre el Derecho civil y el Derecho mercantil y, aún cuando probablemente haya de considerarse poco justificada desde el punto de vista sustantivo y sistemático, lo cierto es que tiene una notable trascendencia normativa.

El primer problema que se presenta en este terreno consiste en determinar si las partes gozan de libertad para crear o inventar un tipo distinto de los delineados en las leyes. La respuesta es negativa. Un sistema de *numerus apertus* sería incompatible con la necesaria seguridad o *certidumbre del tráfico*.

La proliferación de figuras y denominaciones societarias nuevas generaría tal confusión y, consecuentemente, tal carga de indagación en los terceros que el comercio societario se vería profundamente resentido. Si a ello sumamos las dificultades que provocaría la determinación del Derecho aplicable a los casos nos previstos por las partes y los obstáculos que se crearían para la consolidación de un cuerpo de doctrina de uso general enseguida nos apercibimos de la conveniencia de optar por un sistema de *numerus clausus*.

De acuerdo con las consideraciones precedentes, quienes se dispongan a constituir una sociedad mercantil han de saber que necesariamente tienen que hacerlo con arreglo a una *forma típica*. La elección vendrá determinada por sus propias circunstancias, conveniencias y preferencias. Si lo

que persiguen es un fin específico para el que la ley ha previsto un tipo *ad hoc*, deberán considerar la oportunidad de adoptar el tipo particular (por ejemplo, la cooperativa para un fin mutualístico, la agrupación de interés económico para un fin consorcial, etc.).

La opción por uno u otro dependerá de múltiples consideraciones, entre las que sobresalen las de orden *fiscal* (por ejemplo, a efectos de transparencia o de aplicación de tipos impositivos más favorables); las relativas a la *responsabilidad* asumida por los socios (así se explica, por ejemplo, el abandono creciente de la colectiva y el éxito espectacular de la limitada); las de *naturaleza organizativa* (desde este punto de vista es muy importante por ejemplo si la asociación que pretende ponerse en pié es de estructura personalista o de estructura corporativa); las de *orden empresarial* (no es lo mismo, por ejemplo, una sociedad que necesite activos muy específicos –es decir, con escaso valor liquidativo– que una sociedad cuyo capital sea fácilmente reaprovechable para otras explotaciones); o *financiero* (por ejemplo, una sociedad que se proponga recurrir al mercado de capitales y ser admitida en Bolsa ha de recurrir al tipo de la anónima); y otras nada desdeñables como son las relativas al grado de *flexibilidad* del tipo, que serán especialmente relevantes cuando las circunstancias de los fundadores sean muy específicas o incluso las relativas al grado de elaboración del derecho.

El principio de *numerus clausus* no significa que la libertad contractual haya desaparecido de la faz del derecho de sociedades. Simplemente ponen de relieve que funciona de manera diferente a como lo hace en el Derecho general de las obligaciones. La *autonomía privada* no opera por fuera de los tipos legales, opera por dentro, y por ello no se nos presenta como libertad de invención, sino como *libertad de configuración*.

En este aspecto, conviene aclarar algo que a menudo se pasa por alto y es que *el derecho de sociedades es de naturaleza exquisitamente contractual*.

La sociedad es un contrato y, además, un mecanismo para contratar y, bajo esa doble perspectiva, reclama un generoso reconocimiento del principio de autonomía privada, cuyo fundamento último radica en el principio constitucional de libre asociación (artículo 22 CE). Lo que propone el legislador del Derecho de sociedades no es dictar instrucciones para la configuración de la sociedad, sino auxiliar a las partes poniendo a su disposición un modelo estándar, que les dispense de la tarea siempre costosa de fabricarse un «traje a medida».

La *voluntas legis* es la de evitar a las partes los costes de contratar, no la de imponerles la modalidad con que han de hacerlo. Esta concepción

facilitadora del Derecho de sociedades aparece consagrada con singular fuerza en el artículo 121 del Código de Comercio: «*Las compañías mercantiles se regirán por las cláusulas y condiciones de sus contratos y, en cuanto en ellas no esté determinado y prescrito, por las disposiciones de este Código*». En él se expresa de manera eficaz el papel básicamente supletorio del derecho de sociedades.

El Código civil destina el Capítulo II del Título II del Libro I (artículos 35 y ss.) a las personas jurídicas, estableciendo en su artículo 35 que: «*Son personas jurídicas: 1º Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas. 2º Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados*».

Las personas jurídicas las podemos clasificar, por tanto, conforme establece dicho precepto, en función de su estructura interna en: asociaciones, corporaciones y fundaciones. Veamos sucintamente los rasgos más característicos de cada una.

(i) Las *asociaciones* las podemos definir como un conjunto de personas agrupadas para la consecución de un fin. Cuando nos referimos a asociaciones, en sentido estricto, dicho fin es de interés general y no lucrativo.

A diferencia de las anteriores, se denomina *sociedades* o *asociaciones de interés particular* a un conjunto de personas que persiguen obtener ganancias para repartirlas. O, dicho de otra manera, las sociedades o asociaciones de interés particular son *sociedades civiles* y *mercantiles* que tienen por objeto conseguir un lucro o ganancia.

(ii) Las *corporaciones* son personas jurídico-públicas que deben su nacimiento al impulso de la administración pública, por lo que podemos concluir que se trata de un tipo de asociaciones de derecho público.

(iii) Por su parte, las *fundaciones* podemos definirlas como la personificación de un patrimonio o conjunto de bienes adscritos a un fin. Por tanto, las fundaciones no están constituidas por una unión de personas, sino por una organización de bienes creada por una persona denominada fundador para perseguir el fin que éste le marque. El órgano de gobierno de las fundaciones es: el *patronato* y el de vigilancia y control del devenir de la fundación: el *protectorado*.

Dependiendo de si las personas jurídicas persiguen la consecución de un fin de utilidad general o sólo particular, podemos diferenciar las *personas jurídicas de interés público* o *privado*.

Existen muchos tipos de sociedades, siendo las principales las denominadas *Sociedades de capital*, esto es, la *Sociedad anónima*, la *Sociedad de responsabilidad limitada* y la *Sociedad comanditaria por acciones*, las cuales, por su complejidad e importancia, serán ampliamente estudiadas más adelante.

Únicamente haremos una breve referencia en este momento a la existencia de la *Ley de Sociedades de Capital*, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, en vigor desde el 1 de septiembre de 2010, la cual vino a refundir las leyes reguladoras de las sociedades de capital, esto es, el Código de Comercio de 1885, el Real Decreto Legislativo de la Ley de Sociedades Anónimas, la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y la Ley del Mercado de Valores. Efectivamente, según establece la propia Ley en su Exposición de Motivos, es el resultado de la regularización, aclaración y armonización de los distintos textos legales que regulaban las distintas sociedades de capital. La Ley de Sociedades de Capital ha sido recientemente reformada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, en vigor desde el 24 de diciembre de 2014.

Además de las Sociedades de capital anteriormente referidas existen otras fórmulas sociales, entre las que se encuentran las siguientes:

(i) *Cooperativas*: Se puede definir como una sociedad que, sometiéndose a los principios cooperativos, desarrollan actividades empresariales para satisfacer las necesidades o intereses de los socios y de la comunidad. Es, por lo tanto, una sociedad regida por unos principios ideológicos («principios cooperativos»), en la que todos los socios tienen igualdad de derechos, con una finalidad mutualista tanto para los socios como para la sociedad en general. Existen cooperativas de las más diferentes clases (campo, mar, industriales, de crédito, de artesanía, de viviendas, de consumo, etc.) y es un tipo social relativamente frecuente en la práctica.

(ii) *Sociedades laborales*: Se trata de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, según corresponda, en las cuales la mayoría del capital social pertenece a los trabajadores que en ella trabajan, y en las que ningún socio controla más de la tercera parte de aquél, salvo en el caso de participación de entidades públicas, que pueden superar dicho límite sin exceder el 50%. Tienen un tratamiento fiscal algo privilegiado, y mayores facilidades para obtener préstamos y subvenciones.

(iii) *Agrupaciones de Interés Económico (AIE)*: es siempre una sociedad de segundo grado, cuyos socios son empresarios, y que realizan conjuntamente, a través de la AIE, una actividad económica auxiliar a la de sus propias

empresas (por ejemplo, dos compañías eléctricas que compran conjuntamente carbón o cinco fabricantes de automóviles que producen conjuntamente tornillos).

(iv) *Unión Temporal de Empresas*: surge de los contratos de colaboración, de carácter temporal, entre empresarios para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro. La organización a que da lugar carece de personalidad jurídica. Los miembros de la Unión responderán frente a los terceros con carácter solidario e ilimitado por sus actos y operaciones.

(v) *Instituciones de Inversión Colectiva*: aquellas sociedades que capten públicamente fondos, bienes o derechos del público, para gestionarlos. Encontramos varios tipos de IIC: Sociedades de Inversión Mobiliaria, de capital fijo (S.I.M); Sociedades de Inversión Mobiliaria, de capital variable (S.I.M.C.V); los Fondos de Inversión Mobiliaria (F.I.M); los Fondos de Inversión en Activos del Mercado Monetario (F.I.A.M.M); las Sociedades de Inversión Inmobiliaria (S.I.I) y los Fondos de Inversión Inmobiliaria (F.I.I).

5. EMPRESARIO Y CONCEPTO LEGAL DE COMERCIANTE. TIPOLOGÍA

El concepto fundamental del Derecho mercantil es el de *empresario*, pudiendo definir a éste como la persona que realiza en nombre propio una actividad mercantil, de forma habitual y no ocasional. A pesar de su importancia, el concepto empresario no está definido en el Código de Comercio (que, sin embargo, sí se refiere a él en numerosas ocasiones) y es quizás el concepto más oscuro y discutido del Derecho mercantil, ya que se mezclan y entrecruzan, al menos, los siguientes términos: comerciante; empresario; empresa; y establecimiento mercantil.

El término tradicional que utiliza fundamentalmente el Código de Comercio es el de *comerciante*, entendiendo por éstos a las personas físicas que se dedican habitualmente al comercio, así como las sociedades mercantiles o industriales (artículo 1 Código de Comercio).

Por su parte, el de *empresario* es un concepto que corresponde a una concepción más moderna del Derecho mercantil, y que abarca a un conjunto más amplio de personas que el concepto de comerciante. Podemos definir al empresario como la persona física o jurídica, de derecho público o privado, titular de una o varias empresas.

En el Código de Comercio el concepto de empresario tuvo una tímida acogida en los artículos 16, 17 y 25, reformados en 1973, que preveía la

inscripción de «*los comerciantes o empresarios mercantiles individuales*» en el Registro Mercantil. En la reforma de 1989 se ha prescindido totalmente de la referencia a los comerciantes, y sólo se habla de «empresarios individuales» [véase el artículo 16 CCom.]. Con la última reforma, el concepto de empresario también se ha introducido en la obligación de llevanza de contabilidad: el nuevo Título III del Libro I se denomina «De la contabilidad de los empresarios». Aparte de las mencionadas, en el Derecho sustantivo existen pocas referencias al concepto de empresario, y ninguna definición.

Podemos concluir que empresario es un concepto amplio, que incluye a los comerciantes individuales, las sociedades mercantiles y a otras entidades de naturaleza no mercantil (fundaciones, cajas de ahorro, organismo público) que realizan una actividad económica.

La legislación utiliza con alguna frecuencia el concepto de *empresa*. Recuérdese que en la «Constitución económica» es uno de los conceptos capitales, que aparece en diversos artículos de la Constitución Española (entre otros, en los siguientes artículos: artículo 38 CE: «Libertad de empresa»; artículo 128 CE: «intervención de empresas»; o artículo 129.2 CE: «participación en la empresa»). El concepto de empresa aparece también en el Código Civil (como por ejemplo en el artículo 1903 CC, que establece la responsabilidad del dueño de la empresa por los actos de sus empleados).

Por otra parte, es necesario definir el concepto de *establecimiento mercantil*, entendido éste como el conjunto de bienes organizado que la empresa utiliza para su actividad. Dicho concepto guarda estrecha relación con otros tales como «negocio», «tienda», «industria», con una significación similar.

Los bienes que pueden formar parte de un establecimiento abarcan un espectro muy amplio: desde bienes inmuebles, maquinaria, instalaciones, mercaderías, pasando por derechos de crédito, derechos reales, patentes, marcas, propiedad intelectual, hasta llegar a árboles, plantas o animales.

Es frecuente que una empresa tenga varios establecimientos para el ejercicio de su actividad. Los diversos establecimientos radican normalmente en distintos lugares geográficos, incluso en diferentes países, pero nada se opone a la existencia de dos o más establecimientos en una misma población.

El establecimiento mercantil tiene un valor igual al de los bienes y derechos que lo integran; sin embargo, el valor de una empresa normalmente es superior al de su o sus establecimientos. Se debe esto a que la empresa es una organización en activo, con una clientela, unas prácticas fabriles,

comerciales y administrativas, un «*know how*», un equipo de personas que trabajan conjuntamente; esta organización compleja crea unas expectativas de beneficios futuros, que hace que el valor de la empresa sobrepase, en ocasiones en una proporción muy importante, el valor de los bienes y derechos que forman su sustrato; ese sobrevalor se conoce como *fondo de comercio*. La contabilidad en general no refleja el fondo de comercio, sino que se limita a valorar los bienes de la empresa a costes históricos. Únicamente cuando una empresa se adquiere (p.e. por compraventa o por fusión) y se paga por ella un precio superior al valor neto contable, aparece en la contabilidad del adquirente un fondo de comercio. Este activo inmaterial tiene que ser amortizado en un plazo de 20 años.

El Código de Comercio utiliza con frecuencia el concepto establecimiento. Cuando hay varios establecimientos se habla de establecimiento principal (para designar el domicilio del empresario) y sucursales (artículo 22.1 CCom). Es importante diferenciar dos conceptos: sucursal y filial. Una *sucursal* no tiene personalidad jurídica propia. Es una simple base física, separada del establecimiento principal. Por el contrario, una *filial* es una sociedad independiente, cuyo capital está controlado en su mayoría (o en su totalidad) por el empresario. Los empresarios pueden decidir libremente si estructuran su actividad a través de sucursales o de una o varias filiales (las filiales pueden especializarse por localización geográfica o por actividad: Empresarios, S.A. puede decidir abrir filiales en diferentes regiones –Empresarios Galicia, S.A.– o dedicados a determinadas actividades –Empresarios Exportación, S.A.–).

La consideración de una persona como comerciante o como empresario tiene importantes consecuencias para su *régimen jurídico*. Lo más característico de la naturaleza de empresario es la dimensión social, que impone ciertas restricciones a la forma en la que puede administrar su patrimonio empresarial. Así, el empresario tiene que aceptar que otros grupos interesados y en especial los trabajadores, puedan intervenir en el proceso de toma de decisiones (artículo 129.2 CE) y además tiene que soportar que en circunstancias en las que el interés general lo exija, su empresa sea objeto de intervención (artículo 128.2 CE). Finalmente, la concentración empresarial (es decir, la unión de dos empresas por fusión o adquisición), está sujeta a un régimen jurídico especial.

La atribución del carácter de empresario a una persona natural o jurídica impone sobre la misma dos deberes fundamentales:

- i. *la obligación de llevar contabilidad*. Esta obligación, necesaria para dejar constancia de la actividad fabril e industrial de la empresa,

tiene desde la reforma de 1989 del CCom. un firme soporte legal, ya que el nuevo artículo 25 CCom. establece la obligatoriedad de la contabilidad para todos los empresarios (y no sólo para los comerciantes); y

- ii. *la obligación de inscripción del propio empresario y de determinados actos en el Registro Mercantil* (artículo 16.1 CCom), deber del que sin embargo, se exceptúa al empresario individual, en relación con el cual la inscripción resulta potestativa (artículo 19.1 CCom);

En el ámbito de la contratación privada, la participación de un empresario en un contrato es relevante, ya que otorga *carácter mercantil* a ciertos contratos, que, de no intervenir un empresario, tendrían naturaleza civil (cuentas en participación –artículo 239 CCom.–; comisión –artículo 311 CCom.–; transporte –artículo 349, II CCom.–). Es de destacar que en estos artículos el Código de Comercio utiliza el término «comerciante», pero ha de entenderse, a la luz de la realidad social actual, que se refiere en realidad a «empresarios». En efecto, la característica común a los mencionados contratos es que forman parte del giro o tráfico de una empresa y es por ello por lo que se regulan dentro del ámbito mercantil. Cuando el que intervenga en ellos sea un empresario no comerciante (por ej. RENFE, Cajas de Ahorros, etc.) también ha de considerarse que el contrato en cuestión adquiere carácter mercantil.

En el ámbito fiscal, la consideración o no de una persona como empresario también tiene gran trascendencia, ya que los empresarios están sujetos al IVA, pueden constituir Uniones Temporales de Empresas y Agrupaciones de Interés Económico y, en general, gozan (o sufren) de un estatuto fiscal especial.

Finalmente, destacar que los empresarios tuvieron un régimen jurídico especial para el caso de que sufrieran una crisis empresarial. Sin embargo, la vigente Ley Concursal ha unificado el sistema, y el concurso se aplica a todo tipo de deudores, sean o no comerciantes o empresarios.

En ocasiones, la persona en cuyo nombre se ejercita la actividad mercantil no es, sin embargo, el auténtico empresario. En estos casos existe un ejercicio indirecto o por persona interpuesta de la actividad empresarial: el empresario permanece oculto, actuando como empresario aparente otra persona vinculada a ese empresario oculto por una relación de carácter fiduciario.

El *empresario aparente* (que puede ser persona natural o jurídica) ejercita en nombre propio la actividad constitutiva de la empresa, mientras que

el empresario oculto (que también puede ser persona natural o jurídica) facilita al primero los medios para el ejercicio de esa actividad, dirige, de hecho, la empresa y se apropia de los beneficios de ésta.

En Derecho mercantil español el estatuto jurídico general del empresario es unitario. No existe, en principio, distinción entre grandes, medios y pequeños empresarios: todos están obligados a llevar una contabilidad y todos cuentan con un instrumento de publicidad legal que es el Registro Mercantil, voluntario para los empresarios individuales y obligatorios para las sociedades mercantiles.

La contraposición entre *grandes empresas* de una parte, y *pequeñas y medianas empresas* –las PYMES– de otras, y, por ende, entre *grandes y pequeños* y *medianos empresarios* ha trascendido a la legislación administrativa, que atendiendo a distintos criterios clasificatorios trata en ocasiones de proteger a los pequeños y medianos empresarios con medidas de muy distinto signo. La propia legislación mercantil se ha dejado influir por esta distinción en la Ley de sociedades de garantía recíproca (Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca) al tipificar a las PYMES como aquellas sociedades cuyo número de trabajadores no excede de doscientos cincuenta.

En la frontera del Derecho Mercantil aparece la figura del *artesano*. La legislación administrativa considera artesanía «*la actividad de producción, transformación y reparación de bienes o prestación de servicios realizada mediante un proceso en el que la intervención personal constituye un factor predominante, obteniendo un resultado final individualizado que no se acomoda a la producción industrial, totalmente mecanizada o en grandes series*» (Real Decreto de Ordenación y regulación de la Artesanía). No todas las actividades pueden ser desarrolladas de forma artesana, sino solo las enumeradas en el repertorio de oficios artesanos. Además para ser considerado artesano no se puede contar de forma permanente con un número de trabajadores no familiares que exceda de diez. Cabe destacar también como el Código de comercio declara no mercantiles las ventas que de los objetos fabricados por los artesanos hicieran éstos en sus talleres (artículo 362.3º CCom).

Para finalidad la aproximación a las distintas tipologías de empresarios nos referiremos a la figura del *profesional liberal*. Tradicionalmente el profesional liberal se ha limitado a desarrollar la actividad que le es propia sin el grado de organización o el grado de complejidad de los empresarios o comerciantes. Ello explica el establecimiento de un estatuto jurídico especial para estos últimos, mientras que los profesionales liberales quedaban al margen del Derecho mercantil.

En la actualidad de nuestro Derecho siguen claras las diferencias entre los empresarios y los profesionales liberales (médicos, abogados, arquitectos, etc.). La condición mercantil de estos últimos únicamente se adquiere cuando optan por alguno de los tipos societarios que la ley declara empresarios por razón de la forma (las sociedades de capital, cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil, artículo 2 LSC). Nada impide, por tanto, que un profesional liberal sea simultáneamente empresario, salvo incompatibilidad legal de ambas profesiones.

6. CAPACIDAD Y PROHIBICIONES

Como hemos visto, el empresario individual es la persona física que ejercita en nombre propio, por sí o por medio de representante, una actividad constitutiva de empresa. Una persona adquiere la condición de empresario dedicándose profesionalmente (o «habitualmente», como dice el Código de Comercio en su artículo 1.1º) a una determinada actividad comercial, industrial o de servicios, aunque no se trate de la actividad principal de esa persona.

El Código de Comercio establece que *«tendrán capacidad para el ejercicio habitual del comercio las personas mayores de edad y que tengan la libre disposición de sus bienes»*.

El mayor de edad no incapacitado, como es capaz para todos los actos de la vida civil (artículo 322 Código Civil), podrá adquirir la condición de empresario mediante el ejercicio de cualquier actividad empresarial.

Por excepción al principio general que se acaba de exponer, pueden adquirir la condición de empresario el menor de edad y el incapacitado que continúen, *«por medio de sus guardadores, el comercio que hubieren ejercido sus padres o sus causantes»*, en virtud del Principio de conservación de la empresa que rige en nuestro derecho.

El menor y el incapacitado que continúen la actividad empresarial que hubieren ejercido sus padres o causantes pueden ser inscritos en el Registro Mercantil en concepto de empresarios individuales a solicitud de quien sostiene su guarda o representación legal. Debemos tener en cuenta que ese ejercicio en nombre ajeno no atribuye al tutor la condición de empresario: el empresario es el pupilo.

Las *prohibiciones* para el ejercicio de la actividad empresarial se clasifican en absolutas y relativas. Las prohibiciones, sean absolutas o relativas, no sólo lo son para actuar como empresario, sino también para ser

administrador o liquidador de sociedades mercantiles. Veamos a continuación ambas prohibiciones:

(i) Las *prohibiciones absolutas* pueden extenderse a todo el territorio español o circunscribirse a parte de él. Aquellas personas que, por leyes o disposiciones especiales, «no puedan comerciar».

(ii) Las *prohibiciones relativas* –las limitada a una o varias actividades mercantiles concretas y determinadas– son igualmente muy frecuentes.

Los actos realizados por personas sobre las que pesa cualquiera de estas prohibiciones son plenamente eficaces. Las consecuencias del ejercicio de la actividad mercantil por persona incompatible son las sanciones administrativas en los casos de prohibiciones absolutas, y las sanciones civiles (exclusión del socio colectivo, cese del factor, separación de los administradores) en algunos de los casos de prohibiciones relativas.

7. EMPRESARIO INDIVIDUAL Y EMPRESARIO SOCIAL

Los empresarios se pueden clasificar en mercantiles (lo que el CCom. denomina comerciantes), civiles y administrativos. Los empresarios mercantiles a su vez se dividen en comerciantes individuales y sociedades mercantiles.

El *empresario individual* es la persona física que ejercita en nombre propio, por sí o por medio de representante, una empresa o actividad empresarial. La libertad del ejercicio de una empresa se halla reconocida en el artículo 38 de la Constitución (como sabemos, en el marco de la economía de mercado). En consecuencia la capacidad para ser un empresario individual y, por consiguiente, para el ejercicio del comercio viene determinada por la mayoría de edad (esto es, 18 años –artículo 12 CE–), y por la libre disposición de los bienes (artículo 4 CCom). No pueden ejercer el comercio por tanto ni los menores (aún emancipados) ni los incapacitados sometidos a tutela o curatela.

En la práctica, la forma de empresario individual está reservada a las microempresas, ya que en cuanto adquieren una cierta complejidad, el empresario busca la limitación de responsabilidad de la sociedad mercantil. Especial mención requiere la figura del empresario casado y su responsabilidad, que será analizada más adelante.

Por otro lado se encuentra la figura del *empresario social*, que es el que actúa por medio de una sociedad. La constitución de sociedades mercantiles para intervenir en el mercado (artículo 1.2º del CCom) pueden adoptar distintas formas: sociedad anónima, limitada, regular colectiva, comanditaria simple o por acciones, sociedad anónima laboral y cooperativa.

Podemos diferenciar distintos tipos de empresarios sociales por razón de la forma social elegida (sociedad anónima, limitada, regular colectiva, comanditaria simple o por acciones, sociedad anónima laboral y cooperativa). Por lo que respecta a las cooperativas, el Código de Comercio únicamente considera mercantiles a las que realicen su actividad empresarial no sólo con sus socios, sino también con terceros. También se consideran mercantiles las mutuas de seguros a prima fija (artículo 124 CCom).

En la realidad del tráfico es muy frecuente que las sociedades mercantiles creen filiales, dando lugar al fenómeno que se conoce como *grupo de sociedades*. En la reforma de 1989 del CCom., se introdujo el concepto de grupo de sociedades (*vid.* artículo 42). En los grupos de sociedades se exige que todo el grupo presente cuentas anuales consolidadas. Sin perjuicio de obligaciones específicas como la obligación de consolidar sus cuentas anuales, el Derecho mercantil carece de una regulación específica de los grupos de sociedades.

8. EL REGISTRO MERCANTIL

8.1. CONCEPTO

El Registro Mercantil (RM) fue regulado como tal por primera vez en el Código de Comercio de 1829. Su origen se remonta a la matrícula de mercaderes de las corporaciones o gremios medievales. Posteriormente, en el Código de Comercio de 1885 fue regulado en los artículos 16 a 32. La citada normativa fue radicalmente modificada como consecuencia de la Ley 19/1989, de 25 de julio, que adaptó nuestra legislación mercantil a las directivas comunitarias que regulan estas materias. Esta ley reformó los artículos relativos al RM en el Código de Comercio (artículos 16 a 24 del CCom) y habilitó al Gobierno para aprobar un nuevo Reglamento del RM. El que hoy está en vigor es el RD 1784/1996, de 19 de julio.

El RM es un registro de empresarios: en él se anotan los empresarios individuales y las sociedades mercantiles. Además, existe un Registro de la Propiedad Mobiliaria también llevado por Registradores Mercantiles, en el que se inscriben los buques, aeronaves, las hipotecas mobiliarias y las prendas sin desplazamiento.

Asimismo, el RM es una oficina pública de ámbito nacional que cumple las funciones a ella encomendadas por las leyes y reglamentos. Estas funciones pueden clasificarse en:

- i. funciones relacionadas con la transparencia del tráfico mercantil:
 - a) legalización de los libros de los empresarios,

- b) nombramiento de expertos independientes y de auditores de cuentas, y
 - c) depósito y publicidad de documentos contables;
- ii. funciones de publicidad: en los libros del RM se recogen las inscripciones de los empresarios y de los actos o contratos concernientes a su actividad empresarial; las inscripciones son públicas; a ellas tiene acceso cualquiera.

A continuación analizaremos con mayor detenimiento cada una de estas funciones:

(a) *Legalización de los libros del empresario.* Antes de su utilización, los libros que el empresario debe llevar para registrar su contabilidad y otros actos de relevancia para terceros (libros de contabilidad, libros de actas de órganos sociales –Juntas Generales y Consejos de Administración–, libro de accionistas en sociedades con acciones nominativas, libro de contratos entre la sociedad unipersonal y su socio único) deben ser sellados por el RM para que sus hojas queden marcadas de forma indeleble, impidiendo su sustitución o manipulación. Esta función la ejercían tradicionalmente los Juzgados. Sin embargo, ante el exceso de carga que la Justicia viene sufriendo (y su demostrada ineficacia), se pensó con acierto en encomendar esas tareas al RM. El control es de carácter puramente formal, en la práctica sirve para muy poco y en la mayoría de los países de nuestro entorno ha desaparecido.

(b) *Nombramiento de expertos independientes* para la valoración de las aportaciones no dinerarias en las sociedades de capital (artículo 67 LSC) y para los supuestos de fusión, escisión y transformación de sociedades. También corresponde al RM el nombramiento de auditores de cuentas, cuando no son designados por la propia sociedad.

(c) *Depósito y publicidad de las cuentas anuales* de las sociedades obligadas a ello. El depósito se realiza entregando al RM las cuentas de los empresarios extendidas en unos modelos estandarizados. La DGRN ha dictado varias instrucciones en las que se prevé que el depósito de los documentos anteriores se sustituya por la entrega de un soporte magnético o mediante presentación telemática. Una vez depositado, cualquier tercero puede obtener una copia de las cuentas anuales, que el RM mantiene durante un plazo de seis años.

Tradicionalmente las cuentas anuales estaban compuestas por el Balance de situación, la Cuenta de Pérdidas y Ganancias y la Memoria, si bien a los documentos contables principales anteriormente referidos se han unido dos

nuevos documentos: el estado que refleja los cambios en el patrimonio neto del ejercicio y el estado de flujos de efectivo (ver artículo 254 LSC).

8.2. PRINCIPIOS DE PUBLICIDAD REGISTRAL

Como vimos, otra de las funciones del RM, y quizás su función principal, es la de dar publicidad a determinadas situaciones jurídicas de los empresarios. Según el artículo 2 a) RRM, el RM tiene por objeto *«la inscripción de los empresarios y demás sujetos establecidos por la ley, y de los actos y contratos relativos a los mismos que determinen la ley y este Reglamento»*. Sin embargo, no todos los empresarios están obligados a inscribirse: para el empresario individual (que no sea naviero) la inscripción es voluntaria.

Para los empresarios que adopten forma de sociedad o de fundación, la inscripción, por el contrario, es obligatoria. También lo es para las sucursales en España de empresarios extranjeros.

Los actos inscribibles son los determinados por la ley y el Reglamento. A título de ejemplo, y en relación con las sociedades, se inscribirán [artículo 94 RRM]:

- los hitos fundamentales en la vida de la sociedad como su constitución, transformación, fusión, escisión, disolución y liquidación;
- los aumentos y reducciones de capital, así como las emisiones de obligaciones, pero no la concertación de préstamos;
- el nombramiento y cese de administradores y el otorgamiento de poderes generales, pero no los poderes para la realización de actos concretos;
- el nombre y la participación de los socios fundadores, pero no las sucesivas transmisiones de acciones o participaciones ni los suscriptores de los aumentos de capital, de modo que el RM no informa sobre quiénes son en cada momento los socios de una sociedad de capital.

8.3. PROCESO DE INSCRIPCIÓN

El procedimiento de inscripción de cualquier situación jurídica comienza con la presentación de los documentos necesarios para la práctica del asiento. La presentación deberá realizarse, por lo general, en el plazo de un mes desde el otorgamiento de los documentos [artículo 83 RRM], o en el de ocho días si se trata de acuerdos sociales inscribibles [artículo 26.3 CCom.]; no existe una sanción específica por el incumplimiento,

frecuente, de estos plazos, salvo la responsabilidad por daños y perjuicios que haya podido causar la demora, exigible al responsable de solicitar la inscripción.

El RRM facilita la presentación de documentos inscribibles al permitir: (i) que cualquier persona pueda hacerlo, considerándosele representante facultado para solicitar la inscripción en nombre de quien esté obligado a solicitarla [artículo 45 RRM]; y (ii) que en caso de urgencia o necesidad se presenten en un Registro Mercantil o de la Propiedad del distrito en que se haya otorgado el documento aunque no sea el competente [artículos 46 y 47 RRM].

Una vez presentados los documentos, se entregará un recibo a quien los deposite y se extenderá por el Registrador el correspondiente asiento de presentación en el Diario. La fecha de este asiento tiene importancia porque, en virtud del principio de «prioridad» [artículo 10 RRM], los actos respecto de los cuales se ha solicitado la inscripción con anterioridad en el tiempo gozan de prioridad frente a aquellos otros actos opuestos o incompatibles cuya inscripción se ha solicitado posteriormente («*prior in tempore potior in iure*»). Si finalmente se realiza la inscripción, la fecha del asiento de presentación será la fecha desde la cual tenga efecto la inscripción [artículo 55 RRM]. La hora de presentación determinará la prioridad sobre inscripciones de igual fecha.

La inscripción se practicará en virtud de documento público, salvo en los casos expresamente prevenidos en las leyes y el RRM en los que se permite la inscripción en virtud del documento privado (p. ej. la primera inscripción del empresario individual) [artículo 5 RRM]. Documento público son en esencia decisiones judiciales y, sobre todo, escrituras públicas notariales. Todos los actos societarios inscribibles (excepto la designación de administradores) deben constar en escritura notarial. Este requisito es claramente innecesario, pues duplica los exámenes de legalidad del acuerdo (primero por el Notario, después por el Registrador), sin beneficio para la seguridad jurídica, pero con un importante incremento de los costes de transacción.

Por otra parte, la inscripción de los actos y contratos sólo se practicará, según el principio del «tracto sucesivo» [artículo 11 RRM], lo cual significa que solo se llevará a cabo, si previamente se han inscrito: (i) el sujeto al que se refieran; (ii) los actos y contratos que se modifiquen o extingan mediante el nuevo acto o contrato a inscribir; (iii) el nombramiento y los poderes de los administradores y apoderados que los otorguen si debían constar inscritos.

Una vez presentados los documentos, el Registrador deberá calificarlos y decidir si procede o no practicar el asiento solicitado. La calificación tiene

por objeto constatar la validez de los actos inscritos [principio de «legalidad», ver artículos 18.2 CCom. y 6 RRM]. La comprobación cubre (a) la legalidad extrínseca del documento a la luz del ordenamiento jurídico en su totalidad, (b) la capacidad (poder de representación, por ejemplo) y legitimación de quien lo otorga, y (c) validez del contenido. En su examen el Registrador atiende a los datos que se deducen del propio documento a inscribir y de los libros del Registro a su cargo –no de otros publicados en el BORME–.

La función de los Registradores Mercantiles tiene pues unos trazos que la diferencian de la de otros funcionarios y de otros registros de naturaleza administrativa (como p. e. el Registro de Bancos y Banqueros que lleva el Banco de España o el de entidades de valores que lleva la CNMV). La diferencia radica en que el Registrador Mercantil debe calificar bajo su responsabilidad el documento antes de inscribirlo. La comprobación exige que el Registrador sea imparcial e independiente, y recuerda a la que los jueces realizan en actos de jurisdicción voluntaria. Consecuencia de la calificación es el principio (o más bien presunción) de legitimación: el contenido del RM se presume exacto y válido, y sus asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales (véase apartado siguiente).

La calificación debe hacerse en el plazo de 15 días, ampliables a 30 días «si concurriere justa causa» [artículo 39 RRM]. Ésta puede desembocar: (i) en la aceptación y extensión del asiento de inscripción correspondiente en el Libro de Inscripciones; (ii) en su rechazo por falta subsanable; en este caso, se devuelve al interesado para que pueda subsanarlo y volver a presentar el documento. De hacerlo dentro de los 60 días siguientes, no se considera una nueva presentación, sino que la inscripción se ampara en el asiento de presentación original y tiene por tanto, la prioridad de fecha original [artículos 54 y 43 RRM]; o (iii) en su rechazo por falta insubsanable, supuesto en el que, lógicamente, no cabe anotación preventiva.

Contra la calificación hecha por el Registrador que inscriba el título no cabe recurso judicial o administrativo alguno. Los que se sientan perjudicados deben exigir, ante la jurisdicción civil, la declaración de nulidad del acto, del título o de su inscripción. Por el contrario: si el Registrador suspende o deniega la inscripción, los interesados pueden interponer recurso gubernativo ante el propio Registrador [artículo 66 RRM]. Se consideran interesados no sólo la persona a cuyo favor se debe practicar la inscripción, sino también al Notario autorizante, y en algunos casos el Ministerio Fiscal. Adicionalmente, las partes pueden acudir directamente a los Tribunales civiles, para litigar acerca de la validez o nulidad del acto cuya inscripción se ha denegado [artículo 66.2 RRM].

En caso de que el Registrador mantenga la calificación impugnada, se podrá interponer recurso de alzada ante la DGRN [artículo 71 RRM] y contra la decisión de la DGRN aún cabe acudir a la Jurisdicción Civil para contender con la Administración Pública acerca de la legalidad de la inscripción. En dicho juicio, no será parte el Registrador sino la Administración Pública. Los recursos contra la decisión del Registrador son complejos y largos; el inconveniente se ve mitigado por el artículo 66.3 RRM: la interposición del recurso tiene efectos suspensivos, hasta que recaiga resolución definitiva. Si la resolución es positiva, y la DGRN ordena la inscripción, ésta tendrá efectos retroactivos a la fecha del asiento original de presentación (lo que puede ser muy importante por el principio «*prior in tempore potior in iure*»).

8.4. EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL

La inscripción en el RM produce determinados efectos, inspirados en la legislación hipotecaria, a los que nos referiremos sucintamente a continuación:

(a) *Eficacia como instrumento de publicidad*. La finalidad principal del RM es que los datos inscritos puedan ser conocidos por terceros. En tal sentido se dice que el RM es público. El principio de «publicidad formal» se hace efectivo a solicitud del interesado de varias formas [artículos 77 a 80 RRM]:

- Mediante consulta por ordenador: los RM tendrán terminales de ordenador para consulta de las inscripciones registrales.
- Nota simple informativa: en la práctica, fotocopias de los libros del RM que llevan el sello del Registro.
- Certificación expedida por el Registrador: es un documento que recoge las inscripciones registrales que son certificadas al solicitante por el Registrador. Es el único medio para acreditar fehacientemente el contenido de los asientos del Registro.
- Publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil de un extracto de los datos registrales inscritos de mayor relevancia.

Además, se puede acceder a la información a través del Registro Mercantil Central, que puede emitir notas simples (pero no certificaciones). Incluso es posible acceder al RMC a través de internet, suscribiendo un convenio y pagando los aranceles apropiados (artículo 382.1. del RRM).

(b) *Eficacia legitimadora*. Los artículos 7 RRM y 20.1 CCom. establecen una presunción de exactitud y validez a favor del contenido del Registro (o

principio de «legitimación»). Los asientos del RM están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se inscriba una declaración judicial de nulidad o ineficacia. Sin embargo, la inscripción no tiene efectos convalidantes, y en consecuencia no convalida los actos o contratos nulos con arreglo a las Leyes. La presunción sólo puede, por tanto, ser enervada mediante la declaración judicial de inexactitud o nulidad del asiento examinado. La declaración no perjudicará los derechos de terceros de buena fe adquiridos en virtud de acto o contrato que resulte válido con arreglo al contenido del Registro. Una consecuencia de la presunción de legitimación es que toda acción judicial de nulidad de un acto, acuerdo o contrato inscrito debe incluir, so pena de no ser admisible, la pretensión de que el Juez decrete la nulidad de los asientos correspondientes y ordene su cancelación.

(c) *Publicidad material*. Otra consecuencia de la eficacia legitimadora es el principio de oponibilidad frente a terceros de buena fe de los actos y contratos inscritos [artículo 9 RRM] o principio de «publicidad material». En virtud de este principio los actos que el empresario está obligado a inscribir sólo son oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el BORM (no desde la fecha de inscripción en el Registro como sucedía antes de la Ley 19/1989). [Ver el artículo 21.1 CCom.].

(d) *Eficacia de la inscripción respecto al acto inscrito*. Se dice que la inscripción es constitutiva cuando constituye requisito esencial para que el acto que se inscribe produzca efectos jurídicos (artículo 20 LSC: la S.A. tendrá personalidad jurídica la sociedad desde el momento de su inscripción en el RM. La regla general, sin embargo, es que, salvo mención expresa de la Ley, toda inscripción en el RM es declarativa –es decir, el acto es válido y despliega toda su eficacia aunque no se inscriba–. La falta de inscripción, cuando es obligatoria, puede constituir un supuesto de responsabilidad de los administradores (pues éstos están obligados a solicitar la inscripción) e incluso puede dar lugar a sanciones administrativas, pero no acarrea la nulidad del acto, ya que la inscripción en el RM es declarativa salvo que la ley le atribuya expresamente otro efecto.

8.5. REGISTROS TERRITORIALES Y EL REGISTRO MERCANTIL CENTRAL

La organización registral está integrada por los Registros territoriales y por el Registro Mercantil Central. Tanto unos como otros dependen del Ministerio de Justicia. La Dirección General encargada de los Registros es la Dirección General de los Registros y del Notariado («DGRN»).

Los *Registros territoriales* están establecidos en todas las capitales de provincia (cabe la posibilidad de crear registros en lugares sin capitalidad) además de en Ceuta y Melilla, Ibiza, Mahón, Arrecife, Puerto del Rosario, Santa Cruz de la Palma, S. Sebastián de la Gomera y Valverde. Al frente de estos están uno o varios Registradores Mercantiles, que son funcionarios públicos por oposición nombrados por el Ministerio de Justicia o por la Autoridad autonómica competente, y que perciben sus ingresos directamente de los interesados por un régimen de arancel. Es competente para la inscripción del empresario el Registro correspondiente a su domicilio. Los Registradores (a diferencia de los Notarios) gozan, pues, de una situación de monopolio natural perfecto.

El *Registro Mercantil Central* («RMC»), con sede en Madrid, tiene por objeto:

- i. La ordenación, tratamiento y publicidad meramente informativa de los datos que reciba de los RM territoriales.
- ii. La publicación, como instrumento de publicidad de los datos inscritos, del Boletín Oficial del Registro Mercantil, de edición diaria (de lunes a viernes, salvo festivos), en el que se distinguen dos secciones: Actos inscritos y publicados en el RM; y anuncios y avisos legales de actos que no se inscriben en el RM pero cuya publicación viene impuesta por la ley (convocatorias de Juntas Generales, nuncios de fusión, etc.).
- iii. El archivo y publicidad de las denominaciones de sociedades y entidades jurídicas (es decir, lleva un archivo con todas las denominaciones de sociedades en vigor, para evitar que se pueda constituir una nueva con denominación idéntica).
- iv. La llevanza del Registro relativo a las sociedades y entidades que hubieren trasladado su domicilio al extranjero sin pérdida de la nacionalidad española (vacío de momento, como veremos más adelante, porque se trata de una posibilidad teórica).

Los Registros territoriales deben llevar una serie de libros [artículo 23 RRM] (libro de Inscripciones, de Legalizaciones, Depósito de Cuentas y Diario de Presentación, de Nombramiento de Expertos Independientes y Auditores, el de Índices y el Inventario). De estos los más importantes son el libro diario de presentación, en el que se anotan cada día y por orden cronológico los documentos que se presentan, y el libro de inscripciones. En este último se abre una «hoja» –esto es, un apartado– a cada sujeto. Dentro de la hoja se van anotando, uno tras otro y por orden estrictamente cronológico, todos los actos inscribibles de ese empresario. Además de

estos libros el registrador puede llevar los que tenga por conveniente para la gestión del registro. Los libros son de hojas sueltas, y se pueden practicar los asientos a máquina o por procedimientos informáticos.

La información inscrita en los Registros Territoriales se traspaasa por medios informáticos al Registro Mercantil Central [artículo 345 y ss. RRM]. Con esta información, el Registro Mercantil Central prepara el Boletín Oficial del Registro Mercantil [artículo 385 RRM], y es a partir del momento de la publicación cuando se produce la eficacia frente a terceros de la inscripción registral.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M.: *Compendio de Derecho Civil*. 13ª Edición. EDISOFER. Madrid, 2007.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. Familia y Sucesiones*. Thomson Reuters-Civitas. Navarra. 2009.
- BROSETA PONT, M.: *Introducción y estatuto del empresario. Derecho de la competencia y de la propiedad industrial*, vol. 1. TECNOS. 2012.
- BOTE GARCÍA, Mª T.: *Derecho Mercantil. El empresario individual y las sociedades*. Ediciones CEF-UDIMA. Madrid. 2014.
- CALVO MEIJIDE, A.: *Derecho Civil Empresarial*. 2ª Edición. Dykinson. Madrid, 2006.
- DELGADO DE MIGUEL, J. F.: *Instituciones de Derecho Privado. Tomo I. Personas. Volumen 3*. Thomson Reuters-Civitas. Madrid. 2004.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*. 10ª Edición. Tecnos. Madrid. 2012.
- *Sistema de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de familia. Derecho de sucesiones*. 10ª Edición. Tecnos. Madrid. 2007.
- GALLEGO SÁNCHEZ, E.: *Derecho de la empresa y del mercado*. Tirant lo Blanch. 2010.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J.: *Lecciones de Derecho Mercantil*. 11ª Edición. TECNOS. Madrid. 2006.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil. Parte General. Volumen Segundo. Personas*. 5ª Edición. Dykinson. Madrid. 2008.

- *Elementos de Derecho Civil. Parte General. Volumen Cuarto. Familia.* 3ª Edición. Dykinson. Madrid. 2008.

LASARTE, C.: *Parte general y Derecho de la persona. Principios de Derecho Civil I.* 13ª Edición. Marcial Pons. Madrid, 2007.

- *Derecho de familia. Principios de Derecho Civil IV.* 9ª Edición. Marcial Pons. Madrid, 2010.

- *Curso de Derecho Civil Patrimonial. Introducción al Derecho.* 19ª Edición. Tecnos. Madrid. 2013.

MENÉNDEZ, A.: *Lecciones de Derecho Mercantil.* 2ª Ed. Thomson-Civitas. Navarra. 2004.

PÉREZ MARTÍN, A. J.: *Tratado de Derecho de Familia. Regímenes económicos matrimoniales. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación.* Vol. 1. Lex Nova. Valladolid, 2009.

TEMA 3 DERECHOS REALES*

*Abel B. Veiga Copo
Inmaculada Herbosa Martínez*

SUMARIO: 1. LOS BIENES. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN. 2. DERECHOS REALES: CONCEPTO Y CARACTERES. 3. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. 3.1. *Libros y asientos*. 3.2. *El Procedimiento Registral*. 4. PROPIEDAD Y POSESIÓN. 4.1. *Objeto del derecho real de propiedad*. 4.2. *Modos de adquisición de la propiedad y su protección*. 4.3. *La posesión*. 5. USUFRUCTO Y SERVIDUMBRE. 5.1. *Usufructo*. 5.2. *Servidumbre*. 6. LAS GARANTÍAS REALES. PRENDA E HIPOTECA. 6.1. *La garantía real. Concepto y función*. 6.2. *La prenda*. 6.3. *La hipoteca*.

1. LOS BIENES. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN

El Código Civil español emplea indistintamente los términos «bien» y «cosa» renunciando a su conceptualización. Según el artículo 333 CC, lo característico para que un bien o una cosa tenga consideración jurídica es que sea susceptible de apropiación; así, conforme el citado precepto «todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles». Es claro que la posibilidad de apropiación no implica que las cosas sean aprehensibles física o materialmente, sino que han de ser susceptibles de un señorío del hombre, esto es, de quedar comprendidas en su esfera de influencia o sujetas a su voluntad.

No puede ignorarse que la apropiación, entendida como sujeción a la voluntad del hombre, no sólo se aplica a las cosas corporales, sino también, como veremos, a las incorpóreas; en este caso la sujeción no consiste en una apropiación física del bien, sino en la posibilidad de disfrute exclusivo y disposición del mismo. Así, el autor de una obra literaria o de un invento tiene derecho exclusivo sobre todos los productos de su creación intelectual y disponer libremente de ellos; se tiene, pues, una relación de señorío jurídico sobre ese bien (esto es, la obra literaria o el invento como tales), con independencia de la realidad material en que se plasman (un libro o el

* Los epígrafes 3.1 a 3.3 fueron redactados por la profesora Inmaculada Herbosa para la primera y segunda edición de Marco Jurídico de la Empresa y reducidos y adaptados para esta edición nueva por el profesor Abel Veiga. El resto de epígrafes han sido redactados por este último.

objeto inventado). No obstante, quedan fuera del concepto de bien en sentido jurídico, ciertas cosas (el sol o las estrellas, la atmósfera, etc.), así llamadas vulgarmente, que no son cosas en sentido jurídico, porque se sustraen, por su naturaleza, a cualquier señorío o sujeción jurídica del hombre.

i) Cosas corporales e incorpóreas.- Las cosas comprendidas en esta definición pueden ser corporales o incorpóreas (*vid.* artículo 1464 CC), en función de su corporeidad o tangibilidad. Entre las corporales se encuentran los semovientes, esto es, los bienes capaces de transportarse de un lugar a otros por impulso propio (*v. gr.* animales y seres dotados de vida, sensibilidad y movimiento).

La categoría de cosas incorpóreas o inmateriales incluye supuestos heterogéneos, que son objeto de regímenes jurídicos distintos. Se sitúan en esta categoría: a) Aquéllas cosas que sólo intelectualmente se perciben, entidades abstractas e ideales, a las que se denominan bienes inmateriales. Entre ellos, las llamadas obras del ingenio, ya sea una creación intelectual o un invento, que son creaciones de la inteligencia, en las que se protege de un modo específico, la creación; estos bienes son objeto de propiedades especiales (propiedad intelectual o industrial), integradas por derechos de carácter patrimonial y personal (también llamados morales); b) Bienes perceptibles físicamente, aunque con una consistencia etérea, que se pueden dominar o utilizar para satisfacer las necesidades humanas (gases, electricidad o cualquier forma de energía).

ii) Derechos.- Nuestro Código civil, siguiendo la tradición del Derecho romano, considera que los derechos forman parte de las cosas o bienes, y los configura los derechos como cosas incorpóreas. Así, el artículo 1464 CC que se refiere expresamente a «los bienes incorpóreas». En realidad, cuando se habla de derechos, como realidad distinta de las cosas, se hace referencia a los derechos que recaen sobre cosas ajenas (derechos reales sobre cosa ajena) y a los derechos de crédito u obligación.

Los bienes son susceptibles de distintos criterios de clasificación. Los más importantes, por sus consecuencias prácticas, son los que distinguen entre: a) bienes muebles e inmuebles; b) públicos y privados.

a) Bienes muebles e inmuebles

Esta distinción se establece, atendiendo a la propia naturaleza de los bienes, en función de la posibilidad de desplazamiento de las cosas, esto es, según sean susceptibles de traslado o desplazamiento de un lugar a otro (*cf.* artículo 335 CC). En tal distinción subyace un criterio económico, en cuanto, tradicionalmente, la propiedad inmobiliaria se consideraba elemento

capital de la riqueza, mientras que la mobiliaria tenía una importancia secundaria; esta idea preside todo el régimen de la tutela jurídica de la propiedad, y determina entre ambas clases de bienes diferencias profundas, inspiradas en la idea de protección más amplia de la propiedad inmobiliaria.

La delimitación realizada por los artículos 334 a 336 CC es de gran utilidad práctica, ya que cuando, por disposición de la Ley o por declaración individual, se use la expresión de «cosas o bienes inmuebles» o de «cosas o bienes muebles», se entenderán comprendidas en ella las que, respectivamente, se señalen como tales (artículo 346, párrafo 1º). Sin embargo, cuando se use sólo la palabra «mueble», no deben incluirse las cosas «que no tengan por principal destino amueblar o alhajar las habitaciones», a menos que resulte claramente lo contrario (artículo 346, párrafo 2º, que, señala, ejemplificativamente, algunos bienes como no comprendidos en dicha expresión). Por su parte, el artículo 347 CC recoge una idea parecida, al señalar que cuando en un negocio dispositivo en el que se haga referencia a cosas muebles o inmuebles, «se transmita su posesión o propiedad con todo lo que en ellas se halle», no se entenderán comprendidos una serie de bienes cuyos documentos se hallen en la cosa transmitida (metálico, valores, créditos y acciones), a no ser que consta claramente una voluntad en contrario.

Bienes inmuebles.- La doctrina viene clasificando los bienes inmuebles a los que se refiere el artículo 334 CC, en sus distintos apartados, en cuatro grupos:

Inmuebles por naturaleza.- A este grupo pertenece el suelo (al que se refiere el núm. 1 con el término «tierras») y los bienes contenidos en el núm. 8, esto es, «minas, canteras y escoriales, mientras su materia pertenece unida al yacimiento, y las aguas vivas y estancadas».

Inmuebles por incorporación.- Se trata de bienes adheridos o unidos de modo fijo al suelo, de tal modo que no pueden separarse sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto. Pertenecen a este grupo el resto de los bienes mencionados en el núm. 1, esto es, «edificios, caminos y construcciones de todo género *adheridos* al suelo»; en el núm. 2, «los árboles y plantas y frutos pendientes, mientras estuvieren *unidos* a tierra o formaren *parte integrante* de un inmueble», y en el núm. 3, «todo lo que esté *unido* a inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento del a materia o deterioro del objeto».

Inmuebles por destino.- Se trata de bienes que son muebles por su naturaleza (esto es, que pueden ser trasladados de un lugar a otro sin menoscabo del inmueble a que estuvieren unidos), pero que, por haber sido

destinados por su titular al servicio de un bien inmueble, quedan sometidos al régimen jurídico de esta última clase de bienes y, generalmente, quedan comprendidos en los negocios jurídicos y vicisitudes que afecten a éstos. Pertenecen a esta categoría los objetos mencionados en los núms. 4, 5º, 6º y 7º y, según algunos autores, núm. 9º, del artículo 334 CC. Entre éstos, son reseñables los que se refieren a objetos de uso u ornamentación colocados en un edificio o heredad con propósito de permanencia (núm. 4), así como los instrumentos o utensilios destinados a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad (núm. 5); en este último caso, aunque no se alude explícitamente al requisito de permanencia, éste parece deducirse de la naturaleza de los bienes.

Inmuebles por analogía.- Los supuestos comprendidos en esta categoría tampoco son inmuebles, sino que más bien se trata de derechos o figuras jurídicas que tienen aquéllos por objeto, a los que se asimilan a efectos de la aplicación de su régimen jurídico. Así, «las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre inmuebles», contempladas en el núm. 10 del artículo 334 CC.

Bienes muebles.- El Código civil delimita esta categoría por un doble criterio en el artículo 335 CC. El primero es residual, al decir que se reputan bienes muebles todos aquellos bienes apropiables que no menciona el artículo 334 CC; y el segundo, en función de su movilidad o transporte, en cuanto se puedan transportar de un punto a otro sin menoscabo de los propios bienes ni, en su caso, de la cosa inmueble a que estuvieren unidos. Este segundo criterio viene a perfilar el concepto de bien mueble por naturaleza, si bien, como consecuencia de lo establecido en el primero, sólo se reputarán como tales, aquellos que no sean inmuebles en virtud de lo dispuesto artículo 334 CC.

Finalmente, el artículo 336 CC enumera, de manera ejemplificativa, algunos bienes muebles concretos; se trata de bienes que, no siendo bienes muebles por naturaleza, quedan sometidos al mismo régimen jurídico que éstos; se trata, en suma, de bienes muebles por analogía.

Los bienes muebles pueden ser consumibles y no consumibles, si bien esta clasificación queda un tanto desnaturalizada por el artículo 337 CC Código civil, al hablar de bienes fungibles y no fungibles, que se refiere más bien al carácter sustituible o no sustituible de los bienes.

b) Bienes públicos y privados

Según el artículo 338 CC, los bienes son de dominio público o de propiedad privada, en los términos que concretan en los artículos 339 a 345 CC.

Bienes públicos.- Por lo que respecta a los bienes de dominio público, la regulación del Código civil distingue entre los bienes pertenecientes al Estado y los que pertenecen a las provincias y municipios. Los pertenecientes al Estado incluyen los destinados al uso público (como los caminos, canales, ríos y torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, riberas, playas y otros análogos, *ex* artículo 339.1º CC), y los que sin ser de uso común se hallan destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza natural (murallas, fortalezas y demás obras de defensa, y las minas, mientras no se otorgue su concesión *ex* artículo 339.2º CC). De los que pertenecen a provincias y municipios, sólo son de dominio público los bienes de uso público (como los caminos provinciales y vecinales, plazas, calles, fuentes y aguas públicas, paseos y, en general, obras públicas de servicio general, costeadas por los mismos pueblos o provincias, conforme al artículo 334 CC); todos los demás, se denominan «patrimoniales», y se regirán por las disposiciones del Código civil (*cf.* artículo 334.2 y 343 CC).

Bienes privados.- Son bienes de propiedad privada, además de los patrimoniales del Estado, Provincia y Municipios, los que pertenecen a los particulares, individual o colectivamente (*cf.* artículos 345 y 340 CC). Los bienes de dominio público, cuando dejen de estar destinados al uso general o a las necesidades de la defensa del territorio, pasarán a formar parte de los bienes de propiedad del Estado (*cf.* artículo 341 CC).

2. DERECHOS REALES: CONCEPTO Y CARACTERES

El Derecho patrimonial se asienta en la distinción entre los derechos reales y derechos de crédito. La legislación no contiene una definición o concepto de estos derechos, aunque ambas categorías se contraponen de manera reiterada en la regulación positiva. El derecho de crédito u obligación supone una relación jurídica constituida entre dos personas, acreedor y deudor; el primero, titular del derecho, está facultado para exigir al deudor, sujeto obligado, una prestación de dar, hacer o no hacer algo, conforme al artículo 1088 CC; así, constituye un derecho de crédito, el derecho del comprador frente al vendedor de exigir la entrega de la cosa comprada y, correlativamente, el del vendedor frente al comprador de exigir el pago del precio. Por el contrario, el derecho real presupone una relación directa entre una persona y una cosa, que se concreta en distintas facultades de actuación sobre la misma, según cuál sea el contenido del derecho real de que se trate (propiedad, usufructo, servidumbre, etc.).

Las facultades que integran los derechos reales son:

Facultad de realización directa del interés.- La facultad de que el titular del derecho pueda realizar de manera directa el interés que recae sobre una cosa, sin necesidad de una prestación a cargo de un tercero.

Facultad de exclusión.- En su virtud el titular del derecho puede adoptar las medidas necesarias tendentes a evitar, con carácter preventivo, una intromisión de un tercero o poner fin a una perturbación o lesión ya producida.

Facultad de persecución.- La llamada facultad de persecución permite al titular del derecho real perseguir o dirigirse contra la cosa cualquiera que sea su poseedor, a través de las llamadas acciones reales dirigidas a recuperar la posesión (*v. gr.* acción reivindicatoria que asiste al propietario y la que corresponde a cualquier titular de un derecho limitado para recuperar la posesión inherente a su derecho). No obstante, la facultad de disposición puede encontrar algunos límites en virtud del «principio de protección a la apariencia», que garantiza la inmunidad de terceros que cumplan determinados requisitos en aras a la seguridad del tráfico (*cf.* artículos 464 CC y 34 LH, para bienes muebles e inmuebles, respectivamente).

Facultad de disposición.- Se refiere a la posibilidad de que su titular pueda enajenar o transferir su derecho a terceras personas, así como gravarlo con otros derechos, o extinguirlo mediante renuncia. Esta facultad puede estar limitada por ley, por la autoridad judicial o administrativa, y la voluntad de las particulares (las llamadas «prohibiciones de disponer»), aunque estas últimas han de estar necesariamente sometidas a ciertos límites.

En la categoría de los derechos reales, la propiedad es el derecho real pleno o por excelencia, ya que atribuye a su titular el mayor número de facultades sobre una cosa, que exceden de las meras facultades de goce, disposición y reivindicación a las que se refiere el artículo 348 CC, al definir este derecho. Frente a la propiedad se sitúan los llamados *derechos reales limitados o derechos en cosa ajena*, en cuanto atribuyen a su facultad sólo determinadas facultades sobre una cosa y recaen siempre sobre una cosa que es propiedad de un tercero.

Estos derechos reales limitados, atendiendo a su función, se clasifican en *derechos reales de goce* y de *realización de valor*. Los primeros permiten a su titular utilizar o gozar, con distinta intensidad según los casos, de una cosa ajena. En esta categoría se sitúan, entre otros: i) el usufructo, que atribuye a su titular las máximas posibilidades de goce y utilización; ii) uso y habitación; iii) servidumbre, que faculta al propietario de una finca para servirse de otra ajena, por razón de una utilidad objetiva entre ambas; iv) superficie y vuelo.

Por lo que respecta a los derechos de realización de valor, confieren a su titular la facultad de realizar la cosa para satisfacer su interés. Se trata de garantías que, en cuanto recaen, sobre una o varias cosas determinadas, se denominan reales; como cualquier garantía, su finalidad es asegurar el cumplimiento de una deuda de la que es titular el acreedor.

3. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

La cognoscibilidad por parte de terceros de los derechos reales es sinónimo de eficacia, pero también de oponibilidad. La eficacia frente a terceros supone el conocimiento de la existencia y contenido de los derechos que les afectan, lo cual resulta más difícil respecto una clase determinada de bienes, como los bienes inmuebles, en los que la función legitimadora de la posesión resulta insuficiente. De ahí la necesidad de que se instruya un sistema más sofisticado de publicidad respecto de esta clase de bienes, que es el Registro de la Propiedad, cuya finalidad básica es informar o dar a conocer las titularidades reales sobre inmuebles.

El Registro de la Propiedad es algo más que un instituto dedicado a informar o dar publicación a estas situaciones, ya que ofrece una verdadera función de garantía respecto de los datos que publica, en el sentido de que permite dar por buena, en cierta medida, la información que contiene. El grado de eficacia o intensidad de dicha garantía es distinta en los diversos tipos de Registro. En el Derecho español, la función de garantía que ofrece el Registro respecto de terceros se traduce en dos principios o ideas básicas: que lo no está inscrito no existe o no es oponible a terceros (presunción de integridad), y lo que está inscrito es exacto en beneficio de terceros (presunción de exactitud), consagrados en los artículos 32 y 34 LC, respectivamente; ambos principios son, como veremos al tratar de los efectos, los dos aspectos o pilares básicos de la publicidad del Registro. En todo caso, como también se explicará, para estar protegido el tercero, llamado tercer hipotecario, ha de reunir ciertos requisitos exigidos por la ley.

El sistema español es un *Registro de documentos* (se inscriben documentos otorgados fuera de la oficina), *de inscripción* (se realiza un extracto del contenido jurídico real del documento y se devuelve al presentante) y *de folio real* (las vicisitudes relativas a cada finca se practican de manera consecutiva en un mismo folio, abriéndose uno independiente para cada finca, con el número de hojas que sea necesario).

El Registro de la Propiedad responde a ciertos principios o ideas básicas, que se refieren, a la forma de llevar u organización del Registro, de

una parte, y a los medios de hacer efectiva la información o publicidad del Registro, la llamada «publicidad formal».

3.1. LIBROS Y ASIENTOS

La oficina del Registro se organiza o se lleva por libros y cuadernos auxiliares. Los Libros más importantes son el Libro de inscripciones y el Libro Diario de operaciones del Registro, en el que se practican los asientos definitivos (aunque algunos puedan tener una duración limitada en el tiempo, como el de anotación preventiva y el asiento preparatorio de presentación). En el llamado «Libro de Incapacitados» se extenderán los asientos relativos a las resoluciones judiciales que afectan a las facultades de administración y disposición de las personas, a las que se refiere el artículo 2.4º LH (*cf.* artículo 386 RH).

Los asientos que se consignan en los Libros del Registro son los siguientes: inscripciones (extensas o concisas, principales y de referencia), anotaciones preventivas, cancelaciones, notas marginales y de presentación (*cf.* artículo 41 RH). Desde un punto de vista formal, los tres primeros, a diferencia de las notas marginales, se practican en el espacio central de la hoja. Sin embargo, mientras las inscripciones y cancelaciones se numeran correlativamente, las anotaciones marginales por medio de letras en orden alfabético (*cf.* artículo 372 RH).

A grandes rasgos, lo que determina la forma del asiento es su contenido. Así: i) la *inscripción* es un asiento definitivo que tiene por objeto publicar derechos reales o con eficacia frente a terceros plenamente constituidos; ii) la *anotación* es un asiento provisional, en el sentido de que transcurrido un cierto tiempo caduca, y tiene por objeto consignar derechos en formación o en litigio, que no están suficientemente concretados sobre una finca, o que, en términos generales, afectan a la cosa pero no tienen entidad o estabilidad suficiente para ser inscritos; c) la *cancelación*, permite reflejar la extinción de un derecho; d) finalmente, mediante la *nota marginal* se consignan determinados hechos, circunstancias, advertencias o referencias, que afectan a un derecho inscrito o anotado. Como se ha dicho su característica formal más notable es que se practican en un lugar distinto del folio registral, en el margen izquierdo de la hoja, que se presenta sin rayar (*cf.* artículos 365 y 366 RH).

El asiento de presentación que se practica en el Libro Diario de Operaciones no tiene finalidad publicitaria, sino que constituye un asiento, por así decir, preparatorio, y que tiene por objeto consignar la

presentación de documentos en el Registro, y constituye una fase propia del procedimiento registral.

Centrándonos en los asientos principales (inscripciones, anotaciones y cancelaciones), la Ley se refiere de modo muy distinto a unos y otros. Mientras para los primeros se vale de fórmulas más o menos generales (*cf.* artículo 2 LH), para las anotaciones preventivas enumera los supuestos concretos de anotaciones preventivas, que constituyen números clausus (*cf.* artículo 42 LH). Entre estas anotaciones revisten especial importancia, las anotaciones preventivas de demanda y la anotación preventiva de embargo, recogidas en los núms. 1º y 2º del artículo 42 LH, respectivamente; su extensión debe ser solicitada ante la autoridad judicial, quien ordenará al registrador, mediante el mandamiento correspondiente, que practique dichas anotaciones en el Registro.

En el caso del asiento de cancelación, que puede ser total o parcial, se especifican los casos en los que se puede cancelar un asiento, en función de las causas que pueden concurrir justificar aquella; básicamente, cuando desaparezca el inmueble o se extinga el objeto (o en su caso, si es parcial, se reduzcan éstos), o cuando se declare la nulidad del título (*cf.* artículos 79 y 80 LH). En cuanto a los requisitos necesarios para la cancelación, para los asientos que hayan sido practicados en virtud de escritura pública, se exige otra escritura en la que preste su consentimiento la persona a cuyo favor se hubiese hecho la inscripción o, en su caso, una sentencia firme dictada en juicio ordinario, si no consiente en ello el titular registral; sólo excepcionalmente podrá llevarse a cabo sin el consentimiento del titular (*cf.* artículo 82, párrafos 1º y 2º LH). No obstante, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, introduce un nuevo párrafo 5º que contempla la posibilidad de que, a instancia del titular registral, se cancelen por caducidad, hipotecas o condiciones resolutorias ya prescritas.

Sin duda la publicidad formal es un principio básico en esta materia, y que permite que el contenido del Registro sea accesible para quienes tengan «interés legítimo», a juicio del registrador, en averiguar el estado de los inmuebles o derechos inscritos, conforme a los artículos 222.1 LH y 332.3 RH.

El acceso a esta información debe obtenerse con la intermediación del registrador, por los siguientes medios: a) *exhibición de libros*, en la parte necesaria, sin sacarlos de la oficina y con las precauciones convenientes para su conservación (*cf.* artículos 222.1 LH y 332 RH); b) *nota simple informativa*, que es un documento puramente informativo, sin carácter de documento público, y que sólo sirve para informar al propio interesado

del contenido del Registro, pero no para acreditar frente a terceros una determinada situación registral (*cf.* artículos 222.5 LH y 332.5 RH.; c) *certificación registral*, documento público en el que se hace constar de manera fehaciente el contenido de los libros del Registro. Este último es el único medio de acreditar, en perjuicio de tercero, la libertad o gravámenes de los bienes inmuebles (*cf.* artículo 225 LH), así como el único que puede acreditar cuál es el asiento de propiedad que se halla vigente al tiempo de estar expedida.

La «finca» es la realidad a la que se refiere y articula la publicidad de nuestro sistema registral, su base física. La llevanza del Registro por fincas se establece en el artículo 8 LH, en relación con el artículo 243 LH y el artículo 13 LH en el que se señala el carácter exclusivo de la hoja registral. La propia legislación precisa que para cada folio podrá abrirse el número de hojas que resulte necesario (*cf.* artículo 378 RH).

Se trata, así, de distinguir entre los siguientes aspectos: la finca como tal, que es el objeto sobre el que recaen los derechos reales o situaciones jurídico reales publicados en el Registro; y los propios derechos reales o situaciones jurídico reales publicables, que son propiamente el objeto o el contenido de la publicidad registral. Ambos aspectos deben diferenciarse no sólo desde un punto de vista teórico, sino también en el contenido del folio registral, ya que existen elementos o datos físicos de la finca, destinados a identificarla y describir sus características, y otros que se refieren a los propios derechos reales que recaen sobre la misma.

a) *Finca registral*

i) *Concepto.*- En el ámbito registral, el concepto de finca no se corresponde con el concepto ordinario de finca, ni tampoco con el concepto de «bien inmueble» delimitado por el Código civil. El concepto de finca registral viene dado por una circunstancia puramente formal, que es la posibilidad de abrir folio en el Registro; así, es finca registral todo lo que, con arreglo a lo establecido en la propia legislación, es susceptible de abrir folio independiente en el Registro. Según este concepto, la definición de finca registral exige una remisión a los preceptos de la legislación hipotecaria en los que se establece en qué situaciones se inscribirán como una sola finca, bajo un mismo número, en el Registro (*cf.* artículo 8 LH y artículos 31, 44 y 60 a 68 RH). No obstante, puede afirmarse, de una parte, que no se exige una unidad física, con tal de que exista entre ambas una conexión económica; y de otra, que quedan comprendidos ciertos bienes que, aunque pueden inscribirse como finca registral, no son considerados como finca en el tráfico extrarregistral, ni se adaptan a la regulación legal

de las fincas rústicas o urbanas. Ambos supuestos dan lugar a las llamadas fincas especiales, de las que nos ocupamos después.

ii) Fincas especiales.- Se denomina por la doctrina fincas especiales aquellas son fincas especiales aquellas entidades que no se identifican con una porción de suelo y que, sin embargo, abren folio registral. Según lo establecido en la legislación hipotecaria, existen las siguientes fincas especiales: i) Las llamadas fincas discontinuas, explotaciones agrícolas o industriales con conexión económica (*cf.* artículo 8.2º LH y artículo 44, apartados 2º a 4º RH); ii) Edificios en régimen de propiedad horizontal cuya construcción esté al menos comenzada (*cf.* artículo 8.4º LH), así como lo pisos o locales en propiedad independiente de dicho edificio, siempre que conste previamente en la inscripción del edificio la constitución de la propiedad horizontal (*cf.* artículo 8.5º LH); iii) Cuotas indivisas de fincas destinadas a garaje sin necesidad de que haya adscripción de uso a una plaza determinada (*cf.* artículo 68 RH); iv) Aguas de dominio privado que tengan la consideración de bienes inmuebles *ex* artículo 334.8º pueden constituir finca independiente e inscribirse con separación de aquélla, sin perjuicio de poder hacerse constar en la inscripción del terreno, como cualidad de éste (*cf.* artículo 66 RH); v) Concesiones administrativas que afecten o recaigan sobre bienes inmuebles (*cf.* artículo 44 RH), de modo que es el propio derecho, y no el inmueble sobre el que recae, el que tiene la consideración de finca; vi) Urbanizaciones privadas, con un régimen análogo al de la propiedad por pisos.

iii) Inmatriculación.- El acceso o el ingreso de una finca en el Registro se realiza a través de la inmatriculación. El objeto del asiento de inmatriculación no es la finca en sentido registral, sino el suelo, esto es, «las tierras» (*vid.* la terminología utilizada en el artículo 334.1º CC para la delimitación de bienes inmuebles), aunque una vez inmatriculado aquél podrán ir haciéndose constar ulteriores modificaciones de la finca. Desde un punto de vista técnico, la inmatriculación se realiza mediante la práctica de un asiento. Según lo dispuesto en el artículo 7 LH, es un asiento de inscripción de dominio a favor de una persona, de tal modo que la finca no ingresa en el Registro de la Propiedad desligada de una titularidad, sino en cuanto la misma es propiedad de una determinada persona. Si el titular de un derecho limitado sobre una finca que no está inmatriculada quiere inscribir su derecho en el Registro, deberá promover la inscripción del dominio ajeno conforme a lo previsto en el artículo 312 RH.

iv) Identificación de la finca.- Los procedimientos de inmatriculación a que nos hemos referido están dirigidos a asegurar la identificación de la

finca, esto es, que haya una coincidencia de la finca registral con la realidad. Precisamente, una de las deficiencias más importantes de nuestro sistema registral, ha sido la ausencia de medios eficaces que permitan la identificación de la finca en el Registro. Tradicionalmente, la descripción de la finca ha sido puramente literaria, esto es, basada en la descripción realizada por los interesados en el título inscribible, sin ninguna confrontación con datos catastrales ni apoyo en una base gráfica o topográfica; así, nos encontramos fincas que no existen, dobles inmatriculaciones o, simplemente, supuestos en los que los datos reflejados no coinciden plenamente con la realidad.

v) Circunstancias descriptivas de la finca.- Identificada la finca por estos medios, el Registrador debe practicar el asiento de inmatriculación en el folio abierto para la misma. Este asiento debe contener todos los datos identificativos del inmueble, de modo que éste quede plenamente identificado, lo que exige expresar en todo caso su naturaleza (rústica o urbana), situación, linderos y referencia catastral, así como su medida superficial, nombre y número, si estos datos constaren en el título (*cf.* artículo 9.1ª LH, en relación con el artículo 51 RH), y la llamada referencia catastral del inmueble en los supuestos legalmente exigibles (*cf.* apartados 2º y 3º del artículo 51 RH, redactados conforme al RD 1867/1998, de 4 de septiembre). Por su parte, el artículo 51.1 RH contempla la posibilidad de hacer constar la calificación urbanística del terreno si se aporta documento administrativo que lo acredite.

Y si la finca es el soporte físico de la publicidad registral, sobre el que recaen las titularidades reales publicadas en el Registro; son y serán los derechos y situaciones jurídicas con efectos reales inscribibles, lo que constituye el objeto de la publicidad.

i) Inscripción de títulos en sentido material y formal.- Con carácter previo, debe observarse que en nuestro Registro no se reciben derechos desligados de los actos que los crean, modificación o extinguen, que son los «títulos», en sentido material, de los que nace el derecho inscribible, siendo así que la función calificadora del registrador de la propiedad se extiende a aquéllos. En este sentido se dice que el Registro de la Propiedad es un «registro de títulos», en sentido material o sustantivo, entendido como fuente de la que nacen los derechos inscribibles. Ahora bien, lo que el Registro publica no son los actos o títulos, sino derechos o titularidades jurídicas o situaciones con trascendencia real.

ii) Derechos y situaciones inscribibles.- Con carácter general, los derechos inscribibles son derechos reales sobre inmuebles en los términos que

recoge el artículo 2.1º y 2º LH y 7 RH, incluidas las adjudicaciones de bienes realizadas con la obligación de transmitir las a otro o de invertir su importe en objeto determinado *ex* artículo 2.3º LH. Como situaciones o circunstancias con eficacia real, son igualmente inscribibles (o anotables) las prohibiciones de disponer que afecten a inmuebles conforme al artículo 26.2º y 3º LH, así como las resoluciones judiciales en las que se declara la incapacidad legal para administrar, la ausencia, el fallecimiento, y cualesquiera otras por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes *ex* artículo 2.5º LH; entre éstas, debe situarse la anotación de la declaración de concurso *ex* artículo 24 Ley Concursal.

Asimismo son inscribibles algunos derechos personales o de crédito relativos a inmuebles. Tales derechos, como ya se ha explicado, sólo de manera excepcional y bajo expresa determinación legal tienen acceso al Registro; así sucede con los arrendamientos urbanos (*cf.* artículo 2.5º LH), opción de compra (*cf.* artículo 14 RH), derecho de retorno de los inquilinos (*cf.* artículo 15 RH), estatutos de la propiedad horizontal (*cf.* artículo 5.3º LPH), entre otros. Fuera de los casos expresamente permitidos por la ley, los derechos personales no tendrán acceso al Registro, sin perjuicio de que se inscriban las garantías reales o se practique anotación preventiva de embargo para asegurar su efectividad en un proceso de apremio *ex* artículo 51.6º RH. Así pues, en relación con un determinado título inscribible, el Registrador deberá, en aras de su función calificadora, distinguir los derechos o situaciones jurídicas con eficacia real y las que son meramente personales, dejando éstas fuera del Registro.

iii) Situaciones no inscribibles.- La legislación prevé una serie de situaciones que, a pesar de tener trascendencia real, no son inscribibles; tienen en común que la publicidad de la ley es garantía suficiente para su público conocimiento sin necesidad de acudir a la publicidad registral. Así, no son inscribibles: a) las limitaciones legales del dominio y las prohibiciones legales de disponer o enajenar (*cf.* artículos 26.1 LH y 37.3 LH, respectivamente); b) los retractos de origen legal (*cf.* artículo 37.3 LH); c) las servidumbres impuestas en virtud de utilidad pública o comunal (*cf.* artículo 5.3 RH). Finalmente, la Ley aclara que «los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no son inscribibles» (*cf.* artículo 5 LH), sin perjuicio de las presunciones relativas a la posesión, a las que nos referimos al tratar los efectos de la inscripción.

iv) Circunstancias de la inscripción.- La inscripción que se practique en el Registro debe expresar, según el artículo 9.2º LH, «la naturaleza, extensión

y condiciones suspensivas o resolutorias, si las hubiere del derecho que se inscriba, y su valor, cuando constar en el título». Por su «naturaleza» debe entenderse el nombre que se le diere, en su caso, al derecho en el título, y la «extensión» a todo aquello que determine el derecho o limite las facultades del adquirente, copiándose literalmente las condiciones, con exclusión de los cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real (*cf.* artículo 51, reglas 5ª y 6ª RH). Por otra parte, la ley prevé que en los supuestos que haya mediado precio o entrega de metálico (*v. gr.* la compraventa), se hará constar el precio y la forma en que se hubiese hecho, expresando en su caso, la circunstancia de que aquél ha quedado aplazado. Ahora bien, la constancia registral de este aplazamiento «no surtirá efectos en perjuicio de tercero», a menos que se garantice con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita (*cf.* artículos 10 y 11 LH).

3.2. EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL

El procedimiento registral constituye una serie ordenada de actos, que comprende desde que una persona solicita la inscripción, con presentación de títulos en el Registro, hasta que el Registrador resuelve sobre su pretensión, de una manera favorable o desfavorable. Aunque desde un punto de vista teórico se ha discutido sobre su naturaleza, desde un punto de vista práctico es un procedimiento autónomo; esta autonomía se refleja en su regulación propia y suficiente en las leyes hipotecarias, sin perjuicio de algunas remisiones, sobre todo a partir de las últimas reformas, realizadas a las leyes de procedimiento administrativo para cuestiones menores, de mecánica procedimental.

En este procedimiento rige el llamado «principio de rogación», en el sentido de que éste se inicia a ruego o instancia de parte. Así, la solicitud de inscripción es una declaración de voluntad dirigida al Registrador solicitando que practique la inscripción de los títulos presentados. El carácter rogado del procedimiento registral se manifiesta, además, en dos extremos: en la práctica de los asientos, en cuanto éstos no pueden realizarse de forma distinta a la solicitada, si no se obtiene previamente la conformidad de los interesados; y en que no se puede extender la función calificadora a extremos no solicitados por las partes.

Según el artículo 6 LH la inscripción podrá pedirse, indistintamente, por el que adquiera el derecho, por el que lo transmita y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se pretenda inscribir (así, el titular de un derecho real limitado que solicita la inscripción de dominio como requisito para inscribir el suyo); así como cualquiera que tenga la representación de cualquiera de ellos.

Acompañando a la solicitud de inscripción, es necesaria la presentación de títulos en el Registro. Consecuencia de la presentación de documentos es la extensión del asiento de presentación en el Libro Diario de operaciones, y que constituye una fase del procedimiento registral en sí mismo. Los títulos pueden presentarse físicamente (por el interesado o mandatario), por correo, telefax o por remisión telemática con firma electrónica de notario.

Al ingresar el título en el Registro, el Registrador practicará de manera inmediata el asiento de presentación en el Libro Diario de Operaciones, antes de la calificación y de practicar el asiento definitivo en el Libro de Inscripciones. Su importancia radica en que la fecha del asiento de presentación determina la fecha de la inscripción que, en su día, se practique, a todos los efectos (*cfr.* artículos 24 y 25 LH), siempre que aquélla se practique mientras se halle vigente el asiento. Su plazo de vigencia es de 60 días, contado desde el siguiente a su fecha, transcurrido el cual caduca. Este plazo puede ser prorrogado en los supuestos establecidos en la legislación hipotecaria.

Una vez extendido el asiento de presentación en el Libro Diario, el Registrador debe calificar el título, esto es, realizar un examen sobre la validez externa e interna del título presentado, a efectos de decidir sobre la práctica del asiento solicitado. *El* fundamento de la calificación se encuentra en el llamado «principio de legalidad», conforme al cual, sólo pueden tener acceso al Registro los títulos que reúnan los requisitos establecidos en las leyes. Consiste en un juicio de valor que se dirige y limita al único efecto de efectuar o no la inscripción solicitada, pero no permite declarar la validez o nulidad de un negocio. En este sentido, la calificación no es una función judicial, aunque se ejerce con independencia semejante. El objeto de la calificación es muy amplio, ya que se extiende a la legalidad de las formas, a la capacidad de sus otorgantes, y en las escrituras públicas, a la validez de su contenido.

El plazo máximo para calificar e inscribir los documentos será de 15 días, contados, como regla general, desde la fecha del asiento de presentación. No obstante, si el título hubiera sido retirado antes de la inscripción, tuviera defectos subsanables o existiera pendiente de despacho un título presentado antes, el plazo se computará desde la fecha de la devolución del título, la subsanación o el despacho del título previo, respectivamente; en este caso, el asiento de presentación se entiende prorrogado hasta la terminación del plazo de calificación. Este plazo podrá ser prorrogado por razones extraordinarias hasta quince días más, como máximo, si el Registrador lo solicita a la DGRN dentro de los dos primeros días; si no hay

contestación expresa en el plazo de dos días, se entenderá desestimada, sin posibilidad de recurso alguno.

La calificación se limita a los efectos de extender, suspender o denegar la inscripción, sin perjuicio del procedimiento que pueda seguirse ante los tribunales sobre la validez o nulidad del título:

i) Calificación favorable.- Si la calificación es positiva, el Registrador practicará la inscripción, y devolverá el título con nota de haberse despachado al pie del mismo. El artículo 19 bis introducido por la Ley 24/2001 regula el contenido de la llamada «nota de despacho», y la obligación de expedir «nota simple informativa», si la situación registral de la finca fuese distinta de la expresada en el título.

ii) Calificación negativa o desfavorable.- Si la calificación es negativa, el Registrador deberá manifestarlo a los interesados para que recojan el título, subsanen los defectos durante la vigencia del asiento, interpongan los recursos correspondientes (*cfr.* artículos 19 LH y 323 LH) o, en su caso, soliciten designación de sustituto en la forma prevista en el propio artículo 19 bis LH.

iii) Recursos.- Contra una decisión negativa del Registrador, se pueden utilizar dos tipos de recursos, el llamado recurso gubernativo, que en la legislación vigente, cabe interponer en vía registral o en vía judicial, y el llamado recurso judicial. El llamado recurso gubernativo ha sido objeto de modificación por las sucesivas reformas introducidas en la legislación hipotecaria.

4. PROPIEDAD Y POSESIÓN

La propiedad, derecho real por antonomasia, principal y prototipo de los mismos, opera sobre bienes. Sean éstos muebles o inmuebles, corporales o incorporales, derechos, créditos, etc. El derecho de propiedad o *strictu sensu*, la propiedad, tal y como asevera el artículo 348 del Código civil, es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes. El propietario, dueño del bien, tiene derecho a usar el mismo, disfrutarlo, proteger y rechazar cualquier inmisión o agresión de un tercero que limite o impida el ejercicio del goce. Opta el legislador por brindar una definición a partir de una numeración de facultades o haz de facultades pero al mismo tiempo a resaltar que no hay más limitaciones que las establecidas por la ley, por lo que la premisa es clara, a saber no es un poder absoluto. Le ampara una serie de acciones que permiten que su derecho sea respetado y pueda ejercitarse. Acciones

confesorias, acciones reivindicativas del dominio, vindicare re, llamar a la cosa, reclamara quienquiera que sea su poseedor. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla, toda vez que la misma no haya sido transferida por un título legal e irrevocable, al margen de las excepciones que la buena fe, las inscripción en un registro y el carácter oneroso de la adquisición pueden deparar e, inmunizar en ese caso al sucesivo adquirente que deviene propietario.

Toda persona, física o jurídica puede ser propietario. Ahora bien, no toda persona tiene aptitud o capacidad para contratar y relacionarse en el tráfico. Y del mismo modo si bien la propiedad, es sin duda el prototipo de los derechos reales, plenos, no todos los bienes o cosas son susceptibles de ser apropiados, determinados bienes no gozan de utilidad, de ser aprehensibles o de estar simplemente fuera del comercio. Existe en suma, una relación entre el sujeto y el objeto que otorga a su titular una plenitud de derechos pero también de efectos y eficacia jurídica y económica.

El titular dominical dispone y usa con libertad de sus bienes. Goza y atesora un poder unitario susceptible de desglosarse a su vez en distintas facultades como consecuencia de ser precisamente propietario o titular dominical. Pero la plenitud de su derecho, que no absolutidad del mismo, no puede significar o concebirse de una forma ilimitada. Plenitud dentro de los umbrales y límites que marca la ley, lo que no quiere decir que estos no sean máximos y amplios. Es cierto que el propietario, el dueño, goza y tiene un poder jurídico pleno sobre un bien, una cosa, un derecho. Un bien sobre el que ostenta un interés normalmente de índole jurídico económico y que queda afecto a su poder directo, total. Poder que le permite someter ese bien, esa cosa, a su voluntad, utilizarla, no hacerlo, disponer de ella, transmitirla, hipotecarla, pignorarla, donarla, usufructuarla, etc.

No puede olvidarse empero, que el propio Código civil a la hora de regular el derecho real de propiedad partió de una categorización general, al titular el derecho como «De la propiedad en general». Y si bien la propiedad o por mejor decir, el derecho de propiedad es uno como decían los clásicos, las manifestaciones son sin embargo, varias, múltiples. Al tiempo que hoy en día procede igualmente hablar de propiedades especiales. Sin embargo el corpus regulatoria, el anclaje legal civilístico, se recoge en los artículos 348 y siguientes del Código civil. Y la norma parte de una premisa regulatoria clara, a saber, nos ofrece un concepto de propiedad, artículo 348, el derecho de gozar y de disponer de una cosa, para acto seguido brindarnos una serie de caracteres y atributos indisolubles de ese mismo concepto de propiedad y que refuerzan y robustecen la esencia de

ésta, tales como la reivindicabilidad del bien, los mecanismos de defensa e inviolabilidad del derecho en sí mismo, la extensión, las limitaciones, etc. El derecho de propiedad, otorga a su titular una serie de derechos que a su vez completan al mismo: derecho a usar el bien o la cosa de acuerdo con la naturaleza de la misma, derecho de goce sobre la misma, de modo que adquiere y aprovecha los frutos o réditos que la misma genera y, finalmente derecho de disposición del bien.

Y al otorgar esos derechos permite, desde la abstracción de la propiedad hasta una mayor concreción de las propias facultades y poderes que la misma atribuye. El propietario puede reducir voluntariamente el alcance de sus facultades dominicales. Constituyendo usufructos, servidumbres, afectando esos bienes a derechos reales de garantía, etc.

4.1. OBJETO DEL DERECHO REAL DE PROPIEDAD

Son los bienes, las cosas corporales, sean bienes inmuebles, sean muebles, las que son objeto del derecho de propiedad. La propiedad en un sentido general. Y sólo desde la laxitud y amplitud del término se incluyen bajo el término de propiedad pero al que hay que adjetivar la especificidad. Es el caso de la propiedad sobre determinados bienes inmateriales o incorporales, que dan cabida a la irrupción de la propiedad especial o especiales, tales como la propiedad intelectual, la propiedad industrial, etc. Del mismo modo cabe interrogarse si se puede ser en puridad propietario de un derecho o de un crédito, o más bien ser titular del mismo cuando se habla de una transmisión o cesión de créditos, o en el supuesto de una cesión limitada o prenda, porque se es por ejemplo acreedor pignoraticio de un crédito o de una cesión limitada del misma, o porque se es usufructuario de un derecho. Titular del crédito, titular a efectos dominicales implica de suyo ser propietario. Si bien, sólo desde un sentido vulgar cabría referirse hipotéticamente a propietario en estos supuestos.

Se es igualmente titular de bienes o cosas complejas, universalidades, como sucede por ejemplo en una colección de arte, filatélica, un rebaño, una biblioteca, grabados, etc., mas ¿se es propietario sobre todos y cada uno, individualizadamente de los bienes que componen el conjunto, o se es titular de la universalidad de las cosas? Los libros, los sellos, el rebaño es susceptible de desglosarse en distintas y diferentes individualidades. El titular puede disponer bien en su conjunto, bien en sus distintos componentes, cambiando la conjunción, permutándola, adicionando o segregando componentes, enajenarlos, gravarlos, incluso asegurarlo al tener un interés sobre los mismos, en cuanto objeto del propio contrato o relación aseguraticia.

La propiedad, el derecho real por antonomasia, prototipo y vehículo de la transmisión de bienes y constitución de otros derechos reales, no es sin embargo, un derecho omnímodo y omnipresente. Puede limitarse, puede sufrir limitaciones. Como es sabido, todo derecho real presupone una relación o interés directo entre una persona y un bien, interés o relación que se plasma en todo un haz, diferente y distintos de facultades de actuación sobre la misma, según cuál sea el contenido del derecho real de que se trate (propiedad, usufructo, servidumbre, garantía, etc.). Es evidente que si a un propietario se le restringe o cercena su libertad de disposición o transmisión de la cosa, tiene reducido el alcance de poder dominical. Saber a qué responde o por qué esa limitación impregna la ratio de la misma. Hay supuestos en los que la norma establece por ejemplo y por vía legal un retracto, de modo que la transmisión queda condicionada al no ejercicio de ese retracto legal, o constituye una servidumbre forzosa, por *voluntas legis*, con lo que en cierto modo se limita el alcance de facultades y contenido mismo del derecho real de propiedad mitigando ese carácter más absoluto que a priori parece irradia y rodear a la propiedad. Pero los límites también condicionan el propio ejercicio del contenido de los derechos ínsitos a la propiedad. Si al propietario dominical de una cosa o bien se le prohíbe un hacer o se le obliga precisamente a un hacer o no hacer, se condiciona y limita esa propiedad. Si la norma o si un tercero o un vecino tiene el poder de limitar la propiedad de un tercero, éste ve disminuido su derecho absoluto. Límites en interés público, límites en interés privado. Límites en interés del estado o de la defensa, tal y como se recogen en el artículo 589, en interés de la seguridad de personas o cosas, como el que establece el artículo 389 al aseverar: «Si un edificio, pared, columna o cualquiera otra construcción amenazase ruina, el propietario estará obligado a su demolición, o a ejecutar las obras necesarias para evitar su caída. Si no lo verificare el propietario de la obra ruinosa, la Autoridad podrá hacerla demoler a costa del mismo». Los límites son impuestos por las normas, las limitaciones requieren en cambio de prueba de las mismas, son más excepcionales. Límites públicos en interés del salvamento, del paso y de la vigilancia del litoral marítimo, en interés de la aviación, de la vivienda y del urbanismo, etc. Es el legislador el que marca por interés público y social la utilidad de los mismos, les dota y atribuye un valor, una utilidad. En cambio los límites en interés privado pese a regirse por las normas del código y de otras leyes o reglamentos, cabe convenio y voluntad negocial entre los interesados siempre que no se transgreda lo prescrito legalmente, de modo que tienen una mayor flexibilidad y capacidad de moldearse por voluntad de las partes. A título de ejemplo, el código civil consagra entre los límites

en interés privado por ejemplo la relación de vecindad. Nada impide que en su finca o fundo el propietario pueda edificar y construir, ahora bien, no puede hacerlo de un modo arbitrario o caprichoso, si con ello molesta o perturba la propiedad de las fincas colindantes o fundos vecinos. De este modo cada propietario encuentra su límite en la propiedad del vecino y lo hacen mutuamente, de cara a evitar abusos o perturbaciones.

Cuando en puridad se habla de limitaciones más que de límites, aquellas cercenan el poder que tiene el dueño sobre la cosa, bien porque existan cierto tipo de servidumbres, bien porque existen prohibiciones de disponer o porque se han constituido derechos reales limitativos de esa propiedad. Las limitaciones más importantes vienen sin duda de la mano de las prohibiciones de disponer en las que se restringe la libertad de transmisión, enajenación del titular del bien, limitación tanto en sentido dominical o pleno como limitado a la hora de constituir garantías o cualesquiera otros gravámenes. La limitación constriñe en cierto sentido el amplio margen de libertad de la que goza un propietario. Limitación que incluso afecta a la esfera obligacional restringiéndole en ciertos casos la posibilidad de realizar cierto tipo de negocios jurídicos.

4.2. MODOS DE ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD Y SU PROTECCIÓN

La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada o intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición (artículo 609 CC).

Los frutos o el *ius fruendi* de un bien o una cosa, pertenecen a priori a su titular dominical. Así las cosas, la propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ellos producen, o se les une o incorpora, natural o artificialmente. La adquisición de la propiedad por accesión es uno de los modos de adquirir el derecho real, bien sea por que la cosa produce y genera frutos, bien porque si a una cosa se le une otra de modo inseparable y que a la vez sea menos importante que la primera, pertenecerá al dueño del bien o cosa más importante. Pertenecen al propietario, tal y como señala el artículo 354, los frutos naturales, los frutos industriales y los frutos civiles. Si una cosa es capaz de generar valor, generar utilidades, es lógico que éstas pertenezcan a su propietario.

Son frutos naturales las producciones espontáneas de la tierra, y las crías y demás productos de los animales. Son frutos industriales los que producen los predios de cualquier especie a beneficio del cultivo o del trabajo. Ello no empece a que el ordenamiento sin embargo, no considere

o reputa frutos naturales, o industriales, sino los que están manifiestos o nacidos. Si se tratare sin embargo, de animales, bastaría con que estuviesen en el vientre de su madre, aunque no hubieren nacido. Y, finalmente, son frutos civiles el alquiler de los edificios, el precio del arrendamiento de tierras y el importe de las rentas perpetuas, vitalicias u otras análogas. Ahora bien, el que percibe los frutos tiene la obligación de abonar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación.

Cuando de bienes inmuebles se trate la accesión implica por ejemplo que, lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes. Así las cosas, todas las obras, siembras y plantaciones se presumen hechas por el propietario y a su costa, mientras no se pruebe lo contrario. El propietario del suelo que hiciere en él, por sí o por otro, plantaciones, construcciones u obras con materiales ajenos, debe abonar su valor; y, si hubiere obrado de mala fe, estará además obligado al resarcimiento de daños y perjuicios. El dueño de los materiales tendrá derecho a retirarlos sólo en el caso de que pueda hacerlo sin menoscabo de la obra construida, o sin que por ello perezcan las plantaciones, construcciones u obras ejecutadas. En cambio quien edifica, planta o siembra de mala fe en terreno ajeno, pierde lo edificado, plantado o sembrado, sin derecho a indemnización. El dueño del terreno en que se haya edificado, plantado o sembrado con mala fe puede exigir la demolición de la obra o que se arranque la plantación y siembra, reponiendo las cosas a su estado primitivo a costa del que edificó, plantó o sembró. Cuando haya habido mala fe, no sólo por parte del que edifica, siembra o planta en terreno ajeno, sino también por parte del dueño de éste, los derechos de uno y otro serán los mismos que tendrían si hubieran procedido ambos de buena fe.

Uno más de los modos de adquisición por accesión de la propiedad es el que se produce a través de la accesión de mueble a mueble. En estos supuestos, una cosa mueble se une a otra que pertenece a otro propietario conformando entre las dos un todo único e inseparable, o al menos siempre que ésta suponga un perjuicio o menoscaba para cada una de las partes que se unen. Cuando dos cosas muebles, pertenecientes a distintos dueños, se unen de tal manera que vienen a formar una sola sin que intervenga mala fe, el propietario de la principal adquiere la accesoria, indemnizando su valor al anterior dueño. Se reputa principal, entre dos cosas incorporadas, aquella a que se ha unido otra por adorno, o para su uso o perfección. Ahora bien, en el supuesto de que no pueda determinarse cuál

de ellas es la principal en esta unión, se considerará y reputará tal el objeto de más valor, y entre dos objetos de igual valor, el de mayor volumen (artículo 377). En la pintura y escultura, en los escritos, impresos, grabados y litografías, se considerará accesoria la tabla, el metal, la piedra, el lienzo, el papel o el pergamino.

Si las cosas unidas son susceptibles de separación o segregación sin que sufran menoscabo o pérdida de valor, o detrimento alguno, los dueños respectivos pueden exigir la separación. Sin embargo, cuando la cosa unida para el uso, embellecimiento o perfección de otra, es mucho más preciosa que la cosa principal, el dueño de aquélla puede exigir su separación, aunque sufra algún detrimento la otra a que se incorporó. El límite de la accesoriedad y la incorporación se modaliza también por la buena a mala fe, disponiendo el ordenamiento que, cuando el dueño de la cosa accesoria ha hecho su incorporación de mala fe, pierde la cosa incorporada y tiene la obligación de indemnizar al propietario de la principal los perjuicios que haya sufrido.

Si el que ha procedido de mala fe es el dueño de la cosa principal, el que lo sea de la accesoria tendrá derecho a optar entre que aquél le pague su valor o que la cosa de su pertenencia se separe, aunque para ello haya que destruir la principal; y en ambos casos, además, habrá lugar a la indemnización de daños y perjuicios.

Si por voluntad de sus dueños de mezclan dos cosas de igual o diferente especie, o si la mezcla se verifica por casualidad, y en este último caso las cosas no son separables sin detrimento, cada propietario adquirirá un derecho proporcional a la parte que le corresponda atendido el valor de las cosas mezcladas o confundidas. Si por voluntad de uno solo, pero con buena fe, se mezclan o confunden dos cosas de igual o diferente especie, los derechos de los propietarios se proporcionalmente atendido el valor de las cosas mezcladas o confundidas. Si el que hizo la mezcla o confusión obró de mala fe, perderá la cosa de su pertenencia mezclada o confundida, además de quedar obligado a la indemnización de los perjuicios causados al dueño de la cosa con que hizo la mezcla.

La propiedad también es susceptible de adquirirse por medio de la ocupación. La ocupación es aprehender la posesión de una cosa sin dueño. Hacerla nuestra. Un bien que se apropiable y por tanto, susceptible de propiedad y que al mismo tiempo carezca de dueño. Bien porque nunca lo ha tenido, bien porque habiendo tenido el mismo ha sufrido una pérdida porque la misma cosa ha sido abandonada como res derelicta. Quien pueda tomar posesión de una cosa tiene la posibilidad de ocupar. La norma

no distingue entre la clase o tipo de cosas o bienes. Así, asertivo el artículo 610 señala que se adquieren por ocupación los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño. Nuestro derecho tolera y permite que aquellos bienes presumiblemente abandonados pueda quedárselos quién las halle, pero también quién decide tomarlas, hacerlas suyas. Y cuando las mismas además carecen de dueño, se adquiere por ocupación. Al mismo tiempo se regula el hallazgo. Bajo esta figura, una persona, hallador, se encuentra una cosa y se apodera de ella. Es algo más que encontrar o descubrir un bien, un plus a mayores del simple hecho de encontrar algo, es la voluntad de quedarse ese bien.

El ordenamiento ofrece determinadas acciones tuitivas del derecho de propiedad. Acciones que hacen efectivo el derecho, que proscriben toda inmisión o perturbación ilícita o atentatoria contra una posesión pacífica. Cuestión distinta es que al propietario, al *accipiens*, no le hubiera sido transferida por un título legal e irrevocable la propiedad, de modo que su posesión es débil, atacable por el *verus dominus* de la cosa. La apariencia del derecho a través de la publicidad posesoria puede verse resquebrajada cuando el poseedor no es de buena fe, adolece de título, o posee viciosamente. El derecho de propiedad es protegido en suma a través de diferentes acciones, las cuales se modulan en función de la perturbación o ataque que el mismo puede sufrir. De un lado, la acción reivindicatoria, la *vindicatio rei*, que busca recuperar el bien o cosa que salió indebidamente del patrimonio de su verdadero titular, bien a través de actos o negocios jurídicos en los que la causa puede ser atacada, bien porque adolezcan de eficacia, o bien por meros hechos o actos como es la sustracción ilegítima del bien, etc. De otro lado, la acción negatoria, acción que busca el cese de una posesión y un ejercicio de un derecho por parte de quién no tiene el mismo. Se ejerce un falso derecho que pertenece a otro. La primera busca la restitución a su verdadero propietario de una cosa indebidamente poseída por parte de otro. Es la respuesta más decidida y absoluta para proteger la efectividad del derecho de propiedad. El verdadero titular es privado del derecho de propiedad y lo es privándole de la posesión de una cosa o bien. Es al propietario, al *verus dominus*, a quién corresponde el derecho a poseer ese bien, y no a su actual poseedor. El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa, y la tiene para reivindicarla. Recuperarla. Revertir esa posesión indebida, infundada y en algunos casos ilegítima e ilícita. A través de la reivindicatoria, el *verus dominus* ve como se declara a su favor el derecho de propiedad y como consecuencia de esta premisa, obtiene la restitución del bien sobre el que recae el derecho. El *verus dominus* debe acreditar primero, su titularidad dominical, segundo,

la identificación de la cosa reclamada, que coincide con la que recae el dominio y, por último, la ausencia de derecho o título por parte de quién la posee. Es el reivindicante quién ha de probar su dominio, su título, la prueba de ser dueño y que lo es antes de ejercer la acción reivindicatoria, que adquirió ese bien antes de la reivindicación. Para ello gozará de distintos medios de prueba que, si mostrados y justificados, acreditarán ese dominio. Medios que también tienen un anclaje en las presunciones. Así, para el caso de bienes muebles, el propio artículo 464, señala que la posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea. Si el poseedor de la cosa mueble perdida o sustraída la hubiese adquirido de buena fe en venta pública, no podrá el propietario obtener la restitución sin reembolsar el precio dado por ella. Norma esta capital entre la propiedad y la posesión, máxime la posesión de buena fe que protege la posesión de bienes muebles siempre que la misma se sustente en la buena fe del poseedor, hasta el extremo que ésta equivale al título. Sin embargo esta norma vehículo también la reivindicatoria del verdadero titular dominical siempre que, o bien hubiese perdido la cosa o bien hubiere sido privado de la misma de un modo ilegal. La reivindicabilidad actúa en este caso frente al poseedor. Que, operando de buena fe y habiendo adquirido la cosa a título oneroso, en caso de prosperar la reivindicatoria tiene derecho al reintegro del precio pagado por la cosa. Los límites son la buena fe y la adquisición onerosa.

4.3. LA POSESIÓN

Tradicionalmente se ha configurado la posesión como un hecho y un derecho. Al concepto incluso de posesión se le atribuyó una noción más vulgar, la de tener, ocupar, disfrutar, al margen del título por el cual se puede tener, detentar, disfrutar u ocupar un bien. Concepto o término éste polisémico y susceptible de distintas definiciones en función de la premisa de partida. La posesión es de un lado la tenencia de cosas materiales, pero de otro y acompañando a ésta, el ejercicio de los demás derechos, sean reales o no. Una relación biunívoca entre el hombre y la cosa, relación que se traduce en un poder. Un poder que se reconoce pero que no tiene la fuerza ni la plenitud que en cambio irradian otros derechos reales, significativamente la propiedad. Se ha categorizado incluso una dualidad en los derechos reales que distingue entre derechos reales definitivos y derechos reales provisionales, entre los que se incardina la posesión. Ésta puede concebirse y definirse tanto como un poder fáctico pero sobre todo como un

poder jurídico. El poder sobre una cosa, sobre un bien, sobre un derecho. Se posee una cosa, se ostenta un *ius possessionis* sobre la misma, una posesión que otorga una serie de facultades, entre ellas, la continuidad en la posesión de esa cosa, la adquisición del *ius fruendi* que al mismo es capaz de generar, la posibilidad de usar y ejercitar esa cosa o ese derecho, de tutelarla y protegerla en una posesión pacífica y que evite perturbaciones. Posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos. Ambas son nociones complejas, unívocas sin embargo, en el caso de posesión civil, multívocas en el segundo. La posesión tiene o es susceptible de desglosarse en dos ámbitos con naturalezas diferentes, en cuanto hecho, en cuanto derecho.

No puede ignorarse un hecho cierto pero también que sirve de premisa. Toda posesión arranca o comienza con una detentación de una cosa o un bien, ahora bien, no toda posesión comienza con la detentación. La posesión civil produce un efecto jurídico. Y es con la tenencia, amén de la efectiva y real voluntad del tenedor de poseer o no, con la que arrancan los efectos y los puntos de partida, que asidos a una efectiva voluntad de poseer, *animus possedendi*, se posee civil y jurídicamente en una suerte de escala superior y completa. Se posee un bien, una cosa, se tiene al mismo tiempo un derecho de posesión, porque la posesión ha de concebirse también como un poder, una posesión como derecho sobre un determinado bien. Como bien señala de cara a exteriorizar la posesión como poder de hecho, el artículo 461 asevera que la posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halle bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero. Estamos ante una apariencia, ante un hecho que no requiere incluso el poder directo e inmediato sobre la cosa que está bajo nuestro señorío, nuestra influencia, sin que físicamente la misma sea poseída de un modo inmediato o tenencia material por el titular. Se puede poseer aunque el bien o la cosa esté distante. Estar en poder y bajo la voluntad y criterio de un titular no implica inmediatez ni tenencia física, proximidad.

La posesión se ejerce en las cosas o en los derechos por la misma persona que los tiene y los disfruta, o por otra en su nombre. La posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de dos conceptos: o en el de dueño, o en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona. Sujeto de la posesión puede serlo cualquier persona, sea ésta física o jurídica. Si concebimos la posesión como derecho, como poder jurídico que ostenta un titular, éste

ha de tener capacidad jurídica. Sólo es poseedor aquel a quien pertenece la posesión en cuanto derecho. Ahora bien, no se posee por representante, pues otro, por otra persona no tiene para nosotros, sino que puede realizar actos o negocios jurídicos que tenga o produzca efectos sobre la posesión, como por ejemplo cuando un representante actúa en nuestro nombre en una compraventa vendiendo por escritura un determinado bien y transfiriendo simbólicamente al adquirente esa posesión instrumental. El representante obra por cuenta y en nombre del representado y éste concede apoderamiento y facultades a aquél para que haga valer ciertos derechos o facultades frente a otros. Se habla como hemos visto de posesión en concepto de dueño y en concepto de tenedor. Pero también de posesión mediata e inmediata, en una suerte de desdoblamiento de la posesión, en la que un titular conserva la posesión como derecho y otro la posesión como hecho. Piénsese incluso en el derecho mercantil en la institución de los títulos valor que son títulos de tradición, la carta de porte, el conocimiento de embarque, el talón de ferrocarril, los mismos pueden circular desligados físicamente de lo que es la posesión material de la mercancía transportada. Es titular quién posee el documento el título que representa las mercancías, y posee las mercancías inmediatamente quién la porta, quién las conserva y custodia en depósito. La posesión mediata es una suerte de espiritualización de la misma, pues su titular no posee físicamente la cosa, pero sí a través de un derecho, un documento. La inmediata es la posesión que se tiene directamente, sin mediador posesorio. Piénsese qué sucede durante la fase estática de una garantía real como es la prenda. El acreedor prendario no es dueño de la cosa, pero posee la cosa dada en garantía dado que la prenda ordinaria requiere de la entrega o desplazamiento posesorio de la misma a favor de aquél, pero el verdadero propietario y titular de la misma sigue siendo el deudor, el propietario que sería un poseedor inmediato y que además salvo que se realizase o ejecutase la garantía, seguiría siendo el titular de las acciones posesorias que son consecuencia de su misma posesión.

Por su parte, también se clasifica o dualiza la posesión de buena o de mala fe; se presume que es de buena fe, mas eso sí, salvo que se pueda probar lo contrario. Tal y como señala el artículo 434, la buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba. De suyo quien alega mala fe ha de probar ésta. Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide. Se reputa poseedor de mala fe al que se halla en el caso contrario. Sin embargo nada impide que se produzca una mutación en la posesión, esto es, una conversión en la buena y mala fe al tiempo de la posesión. Así,

la posesión adquirida de buena fe no pierde este carácter sino en el caso y desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente. El postulado legal es claro, presunción de buena fe, por lo que la presunción es que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, mientras no se pruebe lo contrario. La posesión de buena fe es una suerte de posesión civil, posesión que se caracteriza por ser, de un lado una posesión que tiene o goza de un título jurídico que aparente una legítima adquisición, pero es además una posesión que ignora vicios que puedan hacer ineficaz o inválida la misma.

Se habla por último de posesión «*ad usucapionem*» y posesión civilísima. La primera implica poseer en concepto de dueño, basada en actos inequívocos y externos hacia el tráfico. Una posesión que purga un defecto en el modo del contrato, del negocio jurídico que hace que el titular de la posesión devenga definitivamente propietario. Y esa posesión mantenida y continuada y en concepto de dueño sirve para adquirir definitivamente el título de adquisición del dominio. La posesión en concepto de dueño y que se comporta como tal conduce a la adquisición del dominio o propiedad o en su caso de otro derecho real, por el mero transcurso del tiempo. Significa una prescripción adquisitiva de derecho a la que acompaña la buena fe y el tiempo. Así, el artículo 447 señala como sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio. En la posesión civilísima, la posesión se adquiere por ministerio de la ley y es el supuesto de la herencia, en la que el heredero sucede en la posesión al causante, al de *cuius*. El código civil prescribe que la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia. En suma, una suerte de transmisión ipso iure a los herederos de la posesión de los bienes hereditarios que componen el caudal relicto.

La posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de quedar éstos sujetos a la acción de nuestra voluntad, o por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho. Por su parte, puede adquirirse la posesión por la misma persona que va a disfrutarla, por su representante legal, por su mandatario y por un tercero sin mandato alguno; pero en este último caso no se entenderá adquirida la posesión hasta que la persona en cuyo nombre se haya verificado el acto posesorio lo ratifique.

En ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho

para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente.

El que suceda por título hereditario no sufrirá las consecuencias de una posesión viciosa de su causante, si no se demuestra que tenía conocimiento de los vicios que la afectaban; pero los efectos de la posesión de buena fe no le aprovecharán sino desde la fecha de la muerte del causante.

A su vez, los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas; pero necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor.

Finalmente, la posesión, como hecho, no puede reconocerse en dos personalidades distintas, fuera de los casos de indivisión. Si surgiere contienda sobre el hecho de la posesión, será preferido el poseedor actual; si resultaren dos poseedores, el más antiguo; si las fechas de las posesiones fueren las mismas, el que presente título; y, si todas estas condiciones fuesen iguales, se constituirá en depósito o guarda judicial la cosa, mientras se decide sobre su posesión o propiedad por los trámites correspondientes.

La posesión ha de desarrollarse sin perturbación. Pacíficamente, tanto por el propio poseedor como por parte de los terceros. Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimientos establecen. Y es que la posesión presume y en algunos casos equivale siempre que sea de buena fe, la titularidad dominical. Como asevera el artículo 447 sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio.

El poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título, y no se le puede obligar a exhibirlo. La posesión de una cosa raíz supone la de los muebles y objetos que se hallen dentro de ella, mientras no conste o se acredite que deben ser excluidos.

Cada uno de los partícipes de una cosa que se posea en común, se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión. La interrupción en la posesión del todo o parte de una cosa poseída en común perjudicará por igual a todos.

El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión. Se entienden percibidos los frutos naturales e industriales desde que se alzan o separan. Los frutos civiles se consideran producidos por días, y pertenecen al poseedor de buena fe en esa proporción.

Si al tiempo en que cesare la buena fe se hallaren pendientes algunos frutos naturales o industriales, tendrá el poseedor derecho a los gastos que hubiese hecho para su producción, y además a la parte del producto líquido de la cosecha proporcional al tiempo de su posesión. Las cargas se prorratarán del mismo modo entre los dos poseedores. El propietario de la cosa puede, si quiere, conceder al poseedor de buena fe la facultad de concluir el cultivo y la recolección de los frutos pendientes, como indemnización de la parte de gastos de cultivo y del producto líquido que le pertenece; el poseedor de buena fe que por cualquier motivo no quiera aceptar esta concesión, perderá el derecho a ser indemnizado de otro modo. Respecto de los gastos en que hubiere incurrido el poseedor, la premisa es de que se pagarán, pero sólo el de buena fe podrá retener la cosa hasta que se le satisfagan. Los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el que le hubiese vencido en su posesión por satisfacer el importe de los gastos, o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa.

El poseedor puede perder su posesión:

1. Por abandono de la cosa.
2. Por cesión hecha a otro por título oneroso o gratuito.
3. Por destrucción o pérdida total de la cosa, o por quedar ésta fuera del comercio.
4. Por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año.

La posesión de las cosas inmuebles y de los derechos reales no se entiende perdida, ni transmitida para los efectos de la prescripción en perjuicio de tercero, sino con sujeción a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Los actos relativos a la posesión, ejecutados o consentidos por el que posee una cosa ajena como mero tenedor para disfrutarla o retenerla en cualquier concepto, no obligan ni perjudican al dueño, a no ser que éste hubiese otorgado a aquél facultades expresas para ejecutarlos o los ratificare con posterioridad.

Como ya tuvimos ocasión de señalar al tratar la acción reivindicatoria, la posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea. Si el poseedor de la cosa mueble perdida o sustraída la hubiese adquirido de buena fe en venta pública, no podrá el propietario obtener la restitución sin reembolsar el precio dado por ella. Tampoco podrá el dueño de cosas empeñadas en los Montes de Piedad establecidos con autorización

del Gobierno obtener la restitución, cualquiera que sea la persona que la hubiese empeñado, sin reintegrar antes al Establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos.

En cuanto a las adquiridas en Bolsa, feria o mercado, o de un comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, se estará a lo que dispone el Código de Comercio.

Por su parte, los animales fieros sólo se poseen mientras se hallen en nuestro poder; los domesticados o amansados se asimilan a los mansos o domésticos, si conservan la costumbre de volver a la casa del poseedor.

El que recupera, conforme a derecho, la posesión indebidamente perdida, se entiende para todos los efectos que puedan redundar en su beneficio que la ha disfrutado sin interrupción.

5. USUFRUCTO Y SERVIDUMBRE

5.1. USUFRUCTO

Uno de los derechos reales que pueden constituirse sobre los activos del empresario –ya sean bienes físicos (inmobiliarios o mobiliarios), ya sean títulos (como las acciones o participaciones sociales) o derechos (como los créditos) y, en los supuestos más complejos, incluso la totalidad de la empresa como unidad productiva– es el usufructo. El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa (artículo 467 CC). Como anticipábamos, el usufructo también puede constituirse sobre un derecho, siempre que no sea personalísimo o intransmisible (artículo 469 CC).

El usufructo se constituye por la ley, por la voluntad de los particulares manifestada en actos entre vivos (generalmente, contratos expresos) o en última voluntad (mediante disposición testamentaria), y por la prescripción (artículo 468 CC). El usufructo puede configurarse de distintas maneras, dado que puede ser (i) total o parcial, de manera que alcance a todos o parte de los frutos de la cosa, (ii) a favor de una o varias personas, ya sea de manera simultánea o sucesivamente, (iii) puede ser de duración fija o indeterminada, y (iv) puede constituirse de manera pura y simple, o sometiénolo a condición (artículo 469 CC).

Como en la mayor parte de los contratos (incluidos los de constitución de derechos reales), su contenido es dispositivo (artículo 1255 CC). Así, los derechos y las obligaciones del usufructuario serán los que determine el

título constitutivo del usufructo (artículo 470 CC). No obstante, en defecto de previsión expresa por las partes, o por insuficiencia de las previsiones establecidas en el contrato o título por el que se constituya el usufructo, el Código Civil establece un régimen supletorio de derechos y obligaciones de las partes, que es el que se describe brevemente a continuación.

Entre los derechos del usufructuario destacan:

(a) *Derecho a la percepción de los frutos o rendimientos de la cosa o derecho sobre el que recaiga el usufructo.* El usufructuario tendrá derecho a percibir todos los frutos naturales, industriales y civiles, de los bienes usufructuados (artículo 471 CC). Es decir que, con independencia del objeto del usufructo, todo aquello que se produzca durante la vigencia del mismo pertenecerá al usufructuario (p.ej. la cosecha del usufructo que recaiga sobre una finca rústica, los arrendamientos que genere un inmueble urbano, o los intereses producidos por un crédito o los dividendos repartidos por una sociedad sobre cuyas acciones recaiga el usufructo). No obstante, dado que los frutos no tienen por qué generarse exactamente en los mismos plazos de constitución y de extinción del usufructo, se establecen reglas especiales de imputación de frutos a usufructuario o propietario.

(b) *Derecho a la extensión del usufructo a los aumentos de valor de la cosa usufructuada.* Así, el usufructuario tendrá el derecho de disfrutar del aumento que reciba por accesión la cosa usufructuada, de las servidumbres que tenga a su favor, y en general de todos los beneficios inherentes a la misma (artículo 479 CC).

(c) *Derecho de disposición sobre el usufructo.* Además de poder aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada (directamente, o a través de un representante), el usufructuario podrá arrendarla a otro y enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito (artículo 480 CC): Sin embargo, dado el carácter limitado del derecho real de usufructo, todos los contratos que celebre como tal usufructuario se resolverán al fin del usufructo, salvo el arrendamiento de las fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola (artículo 480 CC *in fine*).

(d) *Derechos sobre las cosas que se deterioran y sobre cosas consumibles incluidas en el usufructo.* En caso que todas o parte de las cosas sobre las que recaiga el usufructo se deterioren por el uso, el usufructuario tendrá derecho a utilizarlas de la forma ajustada a su función y, salvo que las cosas se deterioren en exceso por dolo o negligencia del usufructuario, no tendrá obligación de indemnizar al propietario por el desgaste, sino que su obligación se limitará a devolverlas tal y como se encuentren (artículo 481 CC).

De forma diversa, si el usufructo recae sobre cosas consumibles, el usuario también tendrá derecho a utilizarlas (esto es, a consumirlas), pero en este caso adquirirá la obligación de restituir otro tanto de igual cantidad y calidad, o de pagar su valor al término del usufructo. El precio a pagar será el fijado por las partes en el momento de constitución del usufructo o, si no se ha establecido un valor, el precio corriente de cosas idénticas o equivalentes al tiempo de cesar el usufructo (artículo 482 CC).

(e) *Inexistencia de derecho de reembolso de gastos de mejora de la cosa usufructuada.* El usufructuario podrá hacer en los bienes objeto del usufructo las mejoras útiles o de recreo que tenga por conveniente, siempre que no altere su forma o su sustancia. Es decir, que el usufructuario no tiene que pedir autorización al propietario para realizar mejoras en la cosa usufructuada. Sin embargo, no tendrá derecho a indemnización ni reembolso de esos gastos, pero podrá retirar dichas mejoras a la finalización del usufructo, siempre que sea posible separarlas sin detrimento de los bienes sobre los que recaiga el usufructo (artículo 487 CC). Pese a esta regla de inexistencia de reembolso de los gastos por las mejoras que no sean separables o que el usufructuario no separe al término del usufructo, lo que sí permite el Código Civil es que el usufructuario compense cualesquiera desperfectos de los bienes sobre los que recaiga el usufructo con las mejoras que hubiese hecho (artículo 488 CC).

(f) *Derecho a la conservación de la cosa usufructuada «como está».* El usufructuario tiene derecho a que la cosa usufructuada no se vea modificada (es decir, a que la cosa «se quede como está» en el momento de la constitución del usufructo). Por tanto, el propietario de bienes en que otro tenga el usufructo, podrá enajenarlos (en cuyo caso, el comprador se subrogará en la misma posición que tenía el vendedor y tendrá que respetar el derecho de usufructo constituido sobre la cosa), pero no podrá alterar la forma ni sustancia de los bienes, ni hacer en ellos nada que perjudique al usufructuario (artículo 489 CC).

(g) *Derecho del usufructuario de parte de cosa común, durante la comunidad y en caso de división.* El usufructuario de parte de una cosa poseída en común ejercerá todos los derechos que correspondan al propietario de ella referentes a la administración y a la percepción de frutos o intereses. Si cesa la comunidad por dividirse la cosa poseída en común, corresponderá al usufructuario el usufructo de la parte que se adjudicare al propietario o condueño (artículo 490 CC).

El usufructuario está obligado a:

(a) *Obligaciones previas al inicio del usufructo.* En preparación del usufructo, el usufructuario está obligado a (i) elaborar, en presencia del

propietario o de su representante, un inventario y valoración de los bienes sobre los que recae el usufructo y (ii) prestar fianza que asegure el cumplimiento de las obligaciones que le genera el usufructo (o a cubrir las correspondientes indemnizaciones en caso de incumplimiento) (artículo 491 CC). No obstante, no será exigible esta fianza al usufructuario que hubiera vendido o donado la cosa usufructuada reservándose el usufructo, ni a los padres usufructuarios de los bienes de los hijos, ni al cónyuge sobreviviente respecto de los bienes del cónyuge fallecido, salvo que contraigan nuevo matrimonio (artículo 492 CC). En todo caso, tanto la obligación de inventario como la de prestación de fianza podrán ser dispensadas cuando nadie resulte perjudicado por la dispensa (artículo 493 CC).

(b) *Obligación de cuidado y conservación del objeto del usufructo. Obras.* El usufructuario deberá cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia (artículo 497 CC). En caso que el usufructuario venda o transmita el derecho de usufructo o lo arriende, será responsable del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que le sustituya (aunque sin perjuicio de su derecho de reclamar frente al cesionario o arrendatario del usufructo; artículo 498 CC).

El usufructuario está obligado a hacer las *reparaciones ordinarias* que necesiten las cosas dadas en usufructo; teniendo en cuenta que se considerarán ordinarias las reparaciones que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación (artículo 500 CC). En caso que el usufructuario no realice las reparaciones ordinarias necesarias tras haber sido requerido por el propietario, éste podrá hacerlas por sí mismo a costa del usufructuario (frente al que tendrá derecho de reembolso y, en último caso, podrá ejecutar total o parcialmente la fianza depositada).

En cambio, las *reparaciones extraordinarias* serán de cuenta del propietario y el usufructuario estará obligado a darle aviso cuando fuere urgente la necesidad de hacerlas (artículo 501 CC). Si el propietario hace las reparaciones extraordinarias, tendrá derecho a exigir al usufructuario el interés legal de la cantidad invertida en ellas mientras dure el usufructo (dado que la inversión le beneficia y, por tanto, debe soportar el coste financiero de los nuevos gastos). Sin embargo, cuando las reparaciones extraordinarias solicitadas por el usufructuario fuesen indispensables para la subsistencia de la cosa y el propietario no las haga, el usufructuario podrá hacerlas, pero tendrá derecho a exigir del propietario, al concluir el usufructo, el aumento de valor que tuviese la finca por efecto de las mismas obras. Si el propietario se negase a satisfacer dicho importe, el usufructuario tendrá

derecho a retener la cosa hasta haber compensado su crédito con los nuevos frutos de la cosa (es decir, a extender el usufructo en el plazo necesario para cobrarse el crédito por las reparaciones extraordinarias llevadas a cabo; artículo 502 CC).

El propietario podrá hacer las obras y mejoras de que sea susceptible la finca usufructuada, o nuevas plantaciones en ella si fuere rústica, siempre que no resulte disminuido el valor del usufructo, ni se perjudique al usufructuario (artículo 503 CC).

(c) *Pago de cargas y contribuciones.* El pago de las cargas y contribuciones anuales y el de las que se consideran gravámenes de los frutos, será de cuenta del usufructuario durante todo el usufructo (artículo 504 CC). En cambio, las contribuciones que se impongan directamente sobre el capital, serán de cargo del propietario, con independencia de que se impongan durante el usufructo. Sin embargo, si el propietario paga esas contribuciones, el usufructuario deberá abonarle los intereses correspondientes a las sumas que en dicho concepto hubiese pagado. En cambio, si el usufructuario satisface las contribuciones de capital, tendrá derecho a que se le reembolse su importe al fin del usufructo (artículo 505 CC).

(d) *Defensa jurídica de la cosa sobre la que recaiga el usufructo y del usufructo.* El usufructuario estará obligado a poner en conocimiento del propietario cualquier acto de un tercero, de que tenga noticia, que sea capaz de lesionar los derechos de propiedad, y si no lo pusiera en conocimiento del propietario, responderá de los daños y perjuicios como si hubieran sido ocasionados por su culpa (artículo 511 CC). En todo caso, serán de cuenta del usufructuario los gastos, costas y condenas de los pleitos sostenidos sobre el usufructo (artículo 512 CC).

5.2. SERVIDUMBRE

Tradicionalmente no ha sido fácil elaborar un concepto doctrinal de la servidumbre con entidad propia y distinta del resto de derechos que limitan igualmente la propiedad. Se llegó incluso a asimilar la figura como un genérico de los derechos sobre cosa ajena o *iura re aliena*. Pero al margen de estas elaboraciones dogmáticas una nota marca la cualidad de la servidumbre, el aprovechamiento, provecho por parte de tercero. Ésta es la característica determinante de la misma, un derecho real limitado de aprovechamiento sobre cosa ajena. A esta configuración obedecen en suma y sin duda los dictados de los artículos 530 y 531 del Código Civil cuando aún partiendo de una configuración general y con un férreo anclaje en el fundo

o lo predial, señala que la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño. Servidumbre que igualmente puede establecerse en provecho de una o más personas, o de una comunidad, a quienes no pertenezca la finca gravada. Así las cosas y a diferencia del usufructo, uso y la habitación que son derechos en esencia de marcado carácter temporal, la servidumbre, la real, es una vinculación perpetua, que permite el goce sobre cosa ajena en provecho exclusivo de y una persona que no es el titular dominical de la misma.

Ahora bien, adolece la concreción legal de la servidumbre de una dependencia absoluta a las nociones de gravamen e inmueble. En efecto, se define a ésta desde una óptica pasiva, aquiescente, como gravamen, pero se pierde la ocasión para vigorizar su lado más activo, el de derecho real. Y se ancla el concepto en gravamen sobre inmueble, que no es sino una más de servidumbres que el derecho conoce. Pero no sobre cualesquier inmueble, sino sobre los predios, las fincas. En este caso, una servidumbre real, significa que un inmueble tiene que sufrir la carga o el gravamen de que otro, pueda realizar determinados actos o uso, de modo que el propietario de otro inmueble, dueño del predio dominante actúa sobre un predio o finca sirviente, o éste ha de abstenerse de realizar determinados actos de uso en detrimento de aquel otro.

La servidumbre permite gravar una cosa para que otro obtenga una utilidad, un servicio, una prestación, un valor en definitiva. Una utilidad y un valor que difiere del que genera para el propio titular dominical o propietario. La servidumbre en cuanto derecho real limitado restringe, limita la plenitud de los derechos sobre una cosa de un determinado titular propietario dominical. La servidumbre no puede recaer sobre cosa propia. Servidumbre que igualmente puede ser personal. No se presumen, tampoco es viable la misma si no genera una utilidad o la posibilidad de la misma, pues carece de sentido alguno limitar la propiedad o el ejercicio de los derechos de propietario si al mismo tiempo no generan un provecho, un valor o utilidad a alguien. La servidumbre permite que el titular de la misma realiza una determinada acción, o exija una deber de abstención y no hacer sobre quién recae el gravamen, mas la misma no puede exigir ni consistir en que el titular dominical del bien sobre el que recae la servidumbre realiza alguna acción o servicio. Así lo corrobora el propio dictado del artículo 533 cuando señala que las servidumbres son además positivas o negativas. Se entiende que una servidumbre es positiva cuando la misma impone al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo, y negativa la que prohíbe al dueño

del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre. Ello implica además que quien se beneficia de una servidumbre ha de ejercitarla lo menos onerosa o gravosamente posible para el dueño de la cosa. No puede causar un daño al predio sirviente, ni el titular de éste entorpecer el ejercicio de aquél. La Ley proscribía que el dueño del predio sirviente pueda menoscabar de modo alguno el uso de la servidumbre constituida.

El derecho no ignora que una misma servidumbre pueda ser a la vez positiva o negativa. Piénsese por ejemplo, la servidumbre de luces y vistas. Es negativa si los huecos de luz o de vistas se abren en una pared o muro propio, y es positiva si los mismos se construyen o abren en la pared de otro bien inmueble. Es evidente que, en el primer caso, el dueño del predio sirviente no hace nada, en el sentido de que el no abre los huecos en la otra pared, la del predio dominante, pero sí se le impone un no hacer, esto es, no levantar en su predio un muro o pared que impida o ciegue la luz y las vistas del otro predio.

El titular del derecho de servidumbre es, cuando de inmuebles se trata, el titular de la finca o predio dominante, con independencia de quién fuere en un momento dado el titular del mismo, acompaña al bien. Un predio dominante, en cuyo favor se constituye la servidumbre, y un predio sirviente, que tiene que «sufrir», tolerar, la realización de un acto de uso. En cambio, la servidumbre personal, el titular siempre es una persona concreta, individualizada. La servidumbre personal se constituye en beneficio de una persona determinada, impera en cierto modo un carácter de *intuitu personae*, la que le reviste de titular de la misma y por tanto, le atribuye toda utilidad que un predio puede realizar o proporcionar. Sujeto pasivo es el titular dominical o, en su caso, el poseedor de la finca gravada, la que debe de soportar que alguien haga algo o que su titular se abstenga de realizar algo.

La clasificación más genérica y común que suele predicarse de las servidumbres, es la que distingue, en función del sujeto activo, entre servidumbres reales o prediales y servidumbres personales. La servidumbre de carácter personal se establece a favor de una concreta persona, pero no la que sea en un momento dado propietaria de un determinado bien inmueble. Son un derecho subjetivo, personal.

En el ámbito de las servidumbres reales, la principal categoría, toda vez que se ha superado la clásica pero también vetusta distinción entre servidumbres en fincas rústicas y urbanas, cobra inusitada fuerza la que distingue, entre servidumbres continuas o discontinuas, aparentes o no aparentes. Continuas son aquellas cuyo uso es o puede ser incesante, sin

la intervención de ningún hecho del hombre. Discontinuas son las que se usan a intervalos más o menos largos y dependen de actos del hombre. Pero continuidad no aboca a uso ininterrumpido, del mismo modo que discontinuidad se refiere a necesidad en el uso, como la servidumbre de paso. Tradicionalmente se ha entendido que toda servidumbre continua es una servidumbre urbana, y por el contrario una discontinua era una servidumbre rústica. Como excepción a esta pauta la que se infiere de la redacción del artículo 561 que señala que, a los efectos legales la servidumbre de acueducto será considerada como continua y aparente, aun cuando no sea constante el paso del agua, o su uso dependa de las necesidades del predio dominante, o de un turno establecido por días o por horas.

De otra parte, son servidumbres aparentes, las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas. Y sin embargo, son no aparentes, las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia. Una servidumbre negativa nunca es aparente. A su vez, las servidumbres son inseparables de la finca a que activa o pasivamente pertenecen. Y reflejan o se parapetan igualmente en la nota de la indivisibilidad, de tal modo que si el predio sirviente se divide entre dos o más, la servidumbre no se modifica y cada uno de ellos tiene que tolerarla en la parte que le corresponda. Si es el predio dominante el que se divide entre dos o más, cada porcionero puede usar por entero de la servidumbre, no alterando el lugar de su uso, ni agravándola de otra manera (artículo 535 CC).

Las servidumbres se establecen por la ley o por la voluntad de los propietarios. Aquéllas se llaman legales, y éstas voluntarias. En ocasiones es la propia norma la que crea la servidumbre, sirva como ejemplo la servidumbre de aguas, cuando el propio código civil señala que los predios inferiores están sujetos a recibir las aguas que naturalmente y sin obra del hombre, descienden de los predios superiores, así como la tierra o piedra que arrastran en su curso. Exigiendo además que, ni el dueño del predio inferior puede hacer obras que impidan esta servidumbre, ni el del superior obras que la agraven. También se permite que judicial o administrativamente se reclame la constitución de la misma.

Pero no son la voluntad negocial de las partes ni tampoco la ley las únicas formas o fuentes de constitución de las servidumbres. El ordenamiento conoce y regula, para algunos tipos de servidumbre, la prescripción y la presunción legal como modo de adquirir la servidumbre. Así, las servidumbres continuas y aparentes se adquieren o bien en virtud de título, o bien por la prescripción de veinte años. De este modo, para adquirir por

prescripción las servidumbres, el tiempo de la posesión se contará: en las positivas, desde el día en que el dueño del predio dominante, o el que haya aprovechado la servidumbre, hubiera empezado a ejercerla sobre el predio sirviente; y en las negativas, desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido, por un acto formal, al del sirviente la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre. Son las servidumbres de vistas, de luces, de acueducto, de estribo de presa, vertiente de tejados, etc. No obstante la norma es imperativa cuando exige y prescribe que en el caso de servidumbres continuas no aparentes, y las discontinuas, sean o no aparentes, sólo podrán adquirirse en virtud de título. Y presume la constitución de una servidumbre, siempre que se produzca la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, considerándose, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, a no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura.

El alcance, el modo y el ejercicio del derecho de servidumbre dimana o bien del propio título de constitución de la misma, o bien conforme a lo regulado por el propio código civil. El titular del gravamen puede ejercer todos los derechos que le permitan el uso de la servidumbre. Situación que implica de suyo la existencia de servidumbres accesorias que son necesarias para poder ejercitar la servidumbre principal. Para poder realizar una servidumbre a veces sólo se puede lograr pasando por ejemplo por la finca donde la misma se halla (piénsese en una servidumbre de aguas que dimana de un pozo o una fuente). De otra parte, el dueño del predio dominante podrá hacer, a su costa, en el predio sirviente las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, pero sin alterarla ni hacerla más gravosa. Deberá elegir para ello el tiempo y la forma convenientes a fin de ocasionar la menor incomodidad posible al dueño del predio sirviente. Así las cosas, la ley le habilita para que el uso sobre el predio sirviente sea eficiente y al mismo tiempo conserve la propia servidumbre.

El dueño del predio dominante y por tanto titular de la servidumbre ha de actuar de buena fe, sin menoscabo o detrimento ni daño del predio sirviente. El artículo 543 exige expresamente la no alteración de la servidumbre ni hacerla más gravosa para el que está obligado a sufrirla. Si la servidumbre aprovecha a varios predios dominantes, los dueños de todos ellos estarán obligados a contribuir a los gastos de obras necesarias para el uso de la misma, en proporción al beneficio que a cada cual reporte la

obra. El que no quiera contribuir podrá eximirse renunciando a la servidumbre en provecho de los demás. Si el dueño del predio sirviente utilizare en algún modo de la servidumbre, estará obligado a contribuir a los gastos en la proporción antes expresada, salvo pacto en contrario.

El dueño del predio sirviente, amén del derecho de propiedad que tiene sobre el bien, tiene la facultad de alterar en ciertas condiciones el lugar y forma de la servidumbre. Así, el artículo 545 reconoce el derecho al titular del predio sirviente, siempre que el uso o ejercicio de la servidumbre tanto por razón de la forma de ejercitarlo como por el lugar o emplazamiento, y que la misma le resulte incómoda y especialmente gravosa, o le impida realizar obras, reparos, mejoras, el derecho a variar a su costa, siempre que ofrezca otro lugar o forma igualmente cómodos y sin perjuicio para el dueño del predio dominante, la forma y lugar del uso de esa servidumbre. Se exige en suma ciertos condicionantes, tales como, a) incomodidad de la servidumbre, b) oferimiento al titular de la misma de otro lugar o forma igualmente cómoda y que no se perjudique al dueño del predio dominante o a quiénes use de esta servidumbre, y siempre que le coste de tales modificaciones sean asumidas por el titular del predio sirviente.

Y entre las obligaciones del dueño del predio sirviente, como corolario lógico de los derechos antes expuestos, está la de no menoscabar o interferir en el uso de la servidumbre que grava su predio, y contribuir a los gastos de las obras necesarias costeándolas cuando esté obligado a las mismas pro constitución de la servidumbre y cuando altere la forma y modo de ejercicio de la misma sin menoscabo de la utilidad que representa para el titular de la servidumbre.

Las servidumbres se extinguen:

1. Por reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y la del sirviente.
2. Por el no uso durante veinte años.

Este término principiará a contarse desde el día en que hubiera dejado de usarse la servidumbre respecto a las discontinuas; y desde el día en que haya tenido lugar un acto contrario a la servidumbre respecto a las continuas.

3. Cuando los predios vengan a tal estado que no pueda usarse de la servidumbre; pero ésta revivirá si después el estado de los predios permitiera usar de ella, a no ser que cuando sea posible el uso, haya transcurrido el tiempo suficiente para la prescripción, conforme a lo dispuesto en el número anterior.

4. Por llegar el día o realizarse la condición, si la servidumbre fuera temporal o condicional.
5. Por la renuncia del dueño del predio dominante.
6. Por la redención convenida entre el dueño del predio dominante y el del sirviente.

6. LAS GARANTÍAS REALES. PRENDA E HIPOTECA

6.1. LA GARANTÍA REAL. CONCEPTO Y FUNCIÓN

Las garantías reales son derechos reales sobre cosa ajena, sean éstos bienes inmuebles como muebles, sean créditos o derechos y que nacen de un pacto o convenio contractual entre el otorgante deudor y el acreedor garantizado. Limitan el pleno dominio del propietario, del titular dominical que los afecta en garantía del cumplimiento de una obligación. Los distintos medios o formas de garantía son consecuencia de la necesidad de minimizar los riesgos asumidos por los acreedores. Viene a producirse así, una suerte de unión hipostática entre el crédito y la garantía: aquél es confianza en el deudor; la garantía, por el contrario supone desconfianza que se mitiga con la búsqueda de seguridad. Las garantías son un fenómeno de reforzamiento negocial de la tutela del crédito cuyo objetivo común es el de hacer más probable la realización del mismo. Ahí radica el fundamento de las mismas, el que lleva ínsito un poder inmediato del acreedor sobre el bien o patrimonio garante y que permite la «agresión satisfactiva» sobre el mismo, y le blindo en un escenario concurrencial frente a otros acreedores privilegiados, ordinarios o subordinados. La fuerza concurrencial es mayor y más efectiva en las garantías reales que en las garantías personales. Valor y calidad de la garantía infieren en suma valor al crédito. Cuál es la calidad del patrimonio de un tercero y sobre todo como se mide ésta a lo largo de la vida de la relación crediticia es una de los grandes interrogantes cuando no enigmas. Pero una garantía no se constituye frente al deudor, sino frente al conjunto de sus acreedores.

El temor a que el patrimonio del deudor se vea alterado o disminuido, no encontrando el acreedor bienes libres a la hora de proceder a la ejecución de la prestación debida por aquél, provoca la necesidad de una mayor protección, de unos mecanismos de fortalecimiento de la tutela del acreedor que, mediante la alteración legal o convencional de la responsabilidad universal le permitan entablar relaciones crediticias eludiendo semejantes riesgos. Las garantías, ya reales, ya personales, presuponen la existencia

de la responsabilidad patrimonial sobre la que ejercen diversas influencias mas sin llegar a sustituirla. La seguridad en la calidad y fortaleza del patrimonio de un garante, fiador o avalista, no es total.

Los derechos de garantía no aseguran per se al acreedor la satisfacción de su crédito. Si el deudor está más inclinado al cumplimiento, es precisamente por la amenaza de que entre en juego la fase satisfactiva que toda garantía entraña. La razón de ser de las garantías apunta a la necesidad de obtener seguridad en el tráfico jurídico. La garantía supone una ampliación del poder de agresión del acreedor, por lo que exige un expreso acto de constitución y se superpone a la ordinaria responsabilidad patrimonial universal, ya sea por la adscripción de otro patrimonio o una parte de él al cumplimiento de la obligación de un deudor [garantía personal], ya sea porque a la responsabilidad universal se adiciona la sumisión *erga omnes*, a través de unos cauces específicos, de un bien concreto [garantía real].

Las garantías son derechos accesorios de otras relaciones jurídicas principales, las cuales suponen el establecimiento de un ligamen, un nexo tan intenso entre el crédito garantizado y la garantía, que la existencia, la validez y la licitud de ésta queda supeditada a las de aquél. La accesoriedad explica la dependencia de una relación con otra, marcando la una la vida jurídica de la otra. *Un derecho determina el destino de otro, pero no inversamente.*

Las finalidades a las que responden las garantías son claras: a) aseguramiento del cumplimiento de una obligación; b) prevención y eliminación del riesgo de insolvencia de un deudor frente a un acreedor ante las incertidumbres de una alteración económica que concurran en detrimento de los intereses del acreedor; c) otorgamiento de una posición de preferencia en el cobro en las situaciones en las que el patrimonio del deudor es insuficiente para la plena satisfacción de sus acreedores. La garantía representa una ampliación del poder de agresión del acreedor, en virtud del cual, puede éste obtener, prescindiendo de las condiciones de solvencia del deudor, la total y exacta satisfacción de su derecho de crédito. Al estudiar las garantías de los créditos se impone como primera tarea deslindar conceptualmente las nociones de responsabilidad y de garantía. La responsabilidad patrimonial recae sobre un ámbito subjetivo y sobre la masa universal de bienes a él conectada. Así, podemos decir, que la responsabilidad es el instrumento a través del cual actúa la garantía. La responsabilidad se manifiesta a modo de garantía primaria, pudiendo el acreedor incrementarla a través de una garantía secundaria que asegure mejor el cumplimiento y cristalizando sobre unos bienes individualizados que quedan gravados como instrumentos de garantía.

La función de la garantía consiste en satisfacer el interés del acreedor en relación a un determinado crédito, al estimular el cumplimiento y remediar las consecuencias del incumplimiento. La finalidad de los derechos de garantía, y en especial las garantías reales, se desarrolla en dos momentos:

- * una fase asegurativa o estática, que protege el bien gravado de las incertidumbres que pueden menoscabar o impedir la siguiente fase, y que consiste en la futura satisfacción del acreedor garantizado, y

- * una fase satisfactiva o dinámica, en la cual se activan los específicos medios que tienden a permitir y hacer eficaz la ejecución forzosa sobre dicho bien.

Ambas fases responden a una unidad de principio o función. La primera da vida a la segunda, expectante ante el devenir normal del curso del crédito, anterior al vencimiento y que dará paso a la segunda fase sólo en caso de incumplimiento del crédito garantizado. Así, la finalidad del sistema de garantías se halla en reducir los costes que todo acreedor soporta al controlar la solvencia patrimonial de su deudor para asegurar la satisfacción del crédito. El acreedor es consciente de que el derecho real de garantía no le asegura el cumplimiento de su crédito. Si su deudor está más inclinado al cumplimiento es, precisamente, por la posibilidad existente de que entre en juego la fase dinámica. Una fase que asegura totalmente el cobro por equivalente y conmina en cierto modo al deudor, conocedor de la operatividad de la misma, al cumplimiento voluntario de la obligación.

El verdadero valor de un derecho de garantía depende del grado en que protege al acreedor garantizado de las pretensiones de los demás. Las garantías son medios de preservar al acreedor contra los riesgos de insolvencia del deudor. Son instrumentos jurídicos que tienden, con eficacia variable, a que el titular de un crédito a término obtenga satisfacción, directamente si es posible, o al menos por equivalente. La garantía actúa desde fuera, acrecentando el valor económico de la obligación al afectar determinados bienes a la satisfacción de aquélla. La garantía *mejora* la calidad del crédito, representa un beneficio patrimonial, al aislar un bien como si se independizase del patrimonio de su dueño y se constituyera autónomo, llamado a responder de una sola deuda.

Así las cosas, podemos afirmar, que el valor actual de la garantía de un crédito, por ejemplo, un préstamo, es la cifra que los prestamistas estarían dispuestos a pagar por asumir ellos mismos el riesgo de impago en un préstamo equivalente sin garantizar. Es la diferencia entre el valor actual de un préstamo con garantía y su valor actual sin garantía. Una garantía tendrá

un alto valor en un préstamo si la posibilidad de impago de la empresa es alta. Los acreedores que poseen más información sobre la actividad y conducta del deudor pueden conceder crédito sin garantía; en cambio, aquellos acreedores que no disfrutaban de esta ventaja únicamente otorgan crédito si es acompañado de la correspondiente garantía.

6.2. LA PRENDA

El término prenda se emplea para designar indistintamente el contrato en cuya virtud se crea un tipo especial de garantía real, la cosa u objeto sobre la que ésta recae y el derecho que adquiere el acreedor pignoraticio. La prenda, o por mejor señalar, el derecho de prenda tiene un valor intrínseco esencial en su misma finalidad, esto es, el ser un derecho a la realización de valor del bien o bienes, cualesquiera que sean la naturaleza y tipología de los mismos, y con eficacia y por tanto oponibilidad frente a todo tercero. Prenda, *pignus*, *prehendere*, prender, asir una cosa. Un derecho que restringe, limita, cercena el dominio sobre un bien, sobre un derecho o crédito. El titular del bien, del derecho constituye e inviste a un acreedor de un derecho real de garantía sobre cosa mueble ajena. El Código Civil, en los artículos 1863 y ss., se ocupa de la prenda posesoria, la prenda clásica, nacida de una relación contractual. La prenda normalmente se define desde dos perspectivas: a) teniendo en cuenta el contrato o acto jurídico que la constituye, y b) desde la situación jurídica o derecho resultante de ese acto. Estamos ante una expresión que abarca una relación en su conjunto, una relación jurídica de carácter contractual. Relación que se caracteriza a su vez por abarcar una serie de interacciones de diversa naturaleza, desde derechos potestativos, obligaciones, derechos de índole procesal, derechos de sujeción o retención, y en la que el carácter principal que representa el derecho adquirido por una de las partes determina que a la globalidad de la relación se la denomine de esta forma. La prenda otorga a su titular determinadas facultades de naturaleza real:

- Facultad de posesión de la cosa dada en prenda; es básica y constituye el soporte sobre el que se asientan las demás facultades, cumpliendo además una importante función de publicidad (salvo la posibilidad de prenda sin desplazamiento).

- Derecho de retención hasta el cumplimiento de la obligación garantizada. Este derecho se extiende (o puede extenderse) a nuevas pignorações vigentes el crédito principal y antes de su vencimiento; se confiere al acreedor el medio accesorio de tutela que representa el derecho de retención que protege la vinculación del bien a la garantía. No obstante, el

derecho de retención no otorga a su titular un derecho de preferencia sobre otros acreedores, ya que en caso de concurrir el crédito del retenedor con otros acreedores en una ejecución, recibirá el tratamiento de crédito ordinario. El derecho de retención atribuye al acreedor un poder meramente negativo y conservativo, pues no confiere el derecho a ejecutar los bienes y a satisfacerse con preferencia a otros acreedores.

– Facultad de instar la ejecución forzosa del objeto pignorado, con un eficacia real sin límite y frente a todos, incluso aunque el bien gravado hubiere salido del patrimonio del deudor, y que en definitiva se ensambla en la esencia misma del derecho de prenda.

– Ligado a este último derecho se encuentra su derecho de preferencia o privilegio al cobro con el producto dimanante de la ejecución prendaria; finalmente, y siempre que las partes lo acuerden, el acreedor tiene derecho a compensar su crédito con los frutos o intereses que produzca el bien dado en garantía.

La prenda se caracteriza, ante todo, por la desposesión de la cosa gravada que soporta su dueño, sea o no el propio deudor. La forma de constitución viene delimitada en función de la manera de constituir la garantía, si bien la constancia en instrumento público de la prenda, aparte de la certeza de la fecha que confiere eficacia frente a eventuales terceros, no es un requisito *ab substantiam*.

Los elementos constitutivos de la prenda son la entrega o desplazamiento posesorio y la forma. El supuesto de hecho de la transmisión de cualesquiera derechos o bienes está compuesto por dos elementos: a) un contrato causal válido, y b) la facultad de disposición del transmitente. La transmisión posesoria se erige, en principio, en requisito constitutivo del derecho real de prenda, y coetáneamente, en requisito que perfecciona el contrato de prenda que es la fuente originadora del derecho mismo, de modo que hasta que aquella no se efectúa, no nacerá a favor del acreedor el derecho real sobre el mismo. De este modo, el propio artículo 1863 del Código civil, impone claramente, como requisito básico para que la prenda quede constituida cuando nace en virtud de contrato, la entrega o transmisión posesoria de la cosa gravada al acreedor o a un tercero de común acuerdo, y hasta tal punto es esencial esta transferencia posesoria que si no tiene lugar no se constituye la garantía. La *ratio* de esta obligación no es otra que la de cumplir una doble e importante función: a) de control patrimonial al asegurar la conservación de la cosa a favor del acreedor pignoraticio, y evitando así actos del deudor o de un tercero que perjudiquen o menoscaben física o jurídicamente el bien pignorado, y b)

una importante función de publicidad, ya que advierte a los terceros de la constitución del derecho de garantía, e indirectamente avisa de la limitación de solvencia que experimenta el patrimonio del deudor. Adviértase además la inexistencia de un registro general público de garantías reales en nuestro ordenamiento, que sí regula sin embargo, un registro de bienes muebles e indudablemente el de la propiedad en lo atinente a la hipoteca.

La desposesión, a la vez que produce la indisponibilidad del bien, actúa eventualmente en vía de autotutela a favor del acreedor pignoraticio, ante posibles transmisiones ocultas del titular dominical, evitando que terceros adquieran derechos sobre el bien objeto de la garantía. No obstante, esta función de publicidad que cumple la desposesión constituye un mecanismo muy imperfecto de publicidad, que persigue tanto la exteriorización de la existencia de la garantía a terceros cuanto proteger al acreedor garantizado, porque con la desposesión se logra que el deudor transmita el bien objeto de la prenda. Los modos de entrega serán todos los admitidos en nuestro derecho, eso sí, bajo la particularidad de la naturaleza del bien pignorado, quedando excluidas aquellas formas en las que no tiene lugar una verdadera desposesión efectiva del constituyente de la garantía. En el caso de prenda de derechos, la necesaria transmisión posesoria se sustituye por un procedimiento que produce análogos efectos, esto es, la indisponibilidad del derecho para el constituyente y titular del mismo. Se discute sin embargo, la posibilidad de que se establezca una coposesión entre el constituyente y el acreedor pignoraticio, como de hecho ocurre en otros ordenamientos, lo que suele admitirse tan sólo en el caso de que el primero no pueda disponer de la cosa sin el consentimiento del segundo.

En materia de forma, el contrato de prenda está sujeto a la previsión genérica de documentación pública *ad probationem* de acuerdo con el artículo 1280.6 del Código civil. No obstante, el precepto más significativo resulta ser el artículo 1865 del Código civil, por el cual debe constar en documento público la fecha de constitución de la garantía a efectos de su certeza frente a terceros. La posesión no publica por sí misma el título en virtud del cual se viene poseyendo, de modo que se exige un sistema cumulativo al posesorio (artículos 448 y 464 Código civil) y del crediticio (artículo 1526 CC), ya que si bien por el hecho de la posesión se produce el desplazamiento, ha de precisarse además la fecha a partir de la cual esa constitución prendaria es oponible a terceros.

La existencia de causas de preferencia que puedan afectar a los terceros sin que éstos tengan la posibilidad de conocer que sobre un determinado bien pesa un concreto derecho de preferencia –carga oculta– constituye

un grave peligro a la seguridad de las relaciones jurídicas. La publicidad protege a los terceros e intenta eliminar las causas de preferencia ocultas así como las posibles reticencias de los acreedores ordinarios. Es más, la función de publicidad que engendra el desplazamiento de la posesión en la prenda está hoy muy debilitada. La desposesión constituye un mecanismo muy imperfecto de publicidad, ya que por sí sola, ni sirve ni basta para que los terceros conozcan que un bien ha sido objeto de prenda, entre otras cosas porque el desplazamiento posesorio puede tener diversas causas. La desposesión no persigue tanto la manifestación de la existencia de la garantía a los terceros cuanto proteger al acreedor pignoraticio, pues gracias a la desposesión se impide que el deudor disponga del bien objeto de la prenda, ya que de otro modo un tercero adquiriría la propiedad del bien mueble perdiéndose el derecho de preferencia del acreedor. En definitiva, actúa como un instrumento de protección a favor del acreedor pignoraticio y, en concreto de protección de su derecho de preferencia; para tutelar esta preferencia recibe la posesión del bien, y en tanto mantenga esta posesión, estará en condiciones de ejercer el derecho de preferencia sobre el producto de la ejecución de dicho bien.

Las medidas de publicidad, aparte de proteger al acreedor garantizado, están pensadas también, para proteger a los terceros, ya en su condición de acreedores, ya en su condición de potenciales adquirentes de los bienes en cuestión. Lógicamente, esta publicidad se agiliza cuando la misma tiene una constancia registral, sirviendo no sólo para que los terceros conozcan la existencia del gravamen, sino también para que el acreedor pueda oponer frente a cualquier sujeto, incluso un adquirente de buena fe, la existencia de la garantía, y por tanto, de su derecho de preferencia.

6.3. LA HIPOTECA

La hipoteca es un derecho real de garantía, de realización de valor, que afecta o grava bienes inmuebles al cumplimiento de una determinada obligación. Sujeta, directa e indirectamente los bienes sobre los que recae al cumplimiento de una obligación. Ello no obsta la existencia de garantía hipotecaria sobre bienes muebles, así como prendas sin desplazamiento de la posesión y que tienen su propia y específica regulación en la norma de 1956. Es connatural a la misma, como cualesquier garantía real, los principios de individualidad, indivisibilidad y accesoriedad. La garantía hipotecaria goza de la inherencia y reipersecutoriedad propia de los derechos, produciendo una sujeción del objeto sobre el que recaen como garantía de una obligación. El derecho de garantía limita la facultad de disposición del

titular dominical, puesto que el propietario del bien gravado no podrá ya transmitir la propiedad sin el gravamen. El hipotecante conserva la posesión y uso del bien inmueble hipotecado. Al igual que en la prenda, también la hipoteca tiene en común el principio de especialidad o principio de determinación, por el que es preciso determinar cuál es el bien o bienes sobre cuyo valor ejercita el acreedor su derecho de preferencia.

La individualización del objeto de la garantía y también de la preferencia permite delimitar el poder de agresión –realización– del acreedor, y por otro, porque del valor de ese objeto dependen, en buena medida, las posibilidades de satisfacción del crédito, que de por sí, no es más que un crédito ordinario respecto de la ejecución de los demás bienes del deudor. Esta individualización del bien se convierte en un requisito imprescindible para la validez de la constitución de la garantía real, ya que su objeto es *insustituible punto de referencia de la garantía real*. La hipoteca puede garantizar el cumplimiento de toda clase de obligaciones y no exclusivamente pecuniarias o dinerarias (artículos 1861 CC y 105 Ley Hipotecaria). La accesoriedad al crédito que garantizan, le permite asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria (artículo 1861 CC), quedando a su vez condicionado el derecho de garantía. El carácter de accesoriedad al crédito garantizado es una obvia consecuencia de su finalidad de garantía, puesto que como forma de garantía de una obligación, presupone necesariamente la existencia de un crédito respecto al cual asegura el éxito en la fase de realización de la garantía. Toda garantía supone pues un nuevo derecho que se yuxtapone al de crédito, existiendo una relación de accesoriedad entre ambos.

El principio por el que la hipoteca es indivisible y garantiza el crédito hasta que el mismo no esté íntegramente satisfecho, responde a un razonamiento claro: un reforzamiento de la garantía, ya que su divisibilidad supondría una serie de obstáculos e inconvenientes de cara a la fase de realización de la garantía. La indivisibilidad sancionada en el artículo 1860 del Código civil viene referida a la intangibilidad de la garantía, lo cual significa que ésta permanece inalterable y en idéntico término en que se constituyó hasta la total satisfacción del crédito asegurado. El bien objeto de gravamen en toda y cada una de sus partes está afecto al pago de la integridad y de cada porción de la deuda.

El Código civil señala en su artículo 1874 que únicamente podrán ser objeto del contrato de hipoteca: 1º) Los bienes inmuebles y, 2º) los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes, impuestos sobre bienes de aquella clase. Y pese a compartir una no pequeña regulación común tanto

la prenda como la hipoteca, además de los requisitos exigidos en el artículo 1857, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad. Estamos en suma ante un requisito constitutivo y no meramente declarativo o formal a efectos probatorios. La hipoteca requiere una formalidad y una inscripción para que la misma se perfeccione. Las partes, deudor hipotecario y acreedor hipotecante tienen derecho a exigir el otorgamiento e inscripción del documento en que haya de formalizarse la hipoteca, salvo lo que dispone la Ley Hipotecaria en favor del Estado, las provincias y los pueblos, por el importe de la última anualidad de los tributos, así como de los aseguradores por el premio o prima del seguro.

La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida. Ahora bien, la hipoteca es un derecho real de garantía tremendamente versátil, dando lugar a una amplia modalidad de figuras que toman como modelo a aquélla. La hipoteca inmobiliaria se constituye sobre la propiedad de un bien inmueble, si bien nada impide que se pueda constituir sobre derechos reales que graven a su vez ese inmueble; pensemos en la hipoteca constituida sobre el derecho de usufructo de un inmueble, o una subhipoteca, y por qué no sobre un derecho de superficie. Además el derecho real de hipoteca no sólo abarca un bien estático, todo lo contrario, la misma puede extenderse a otros elementos que integran el inmueble en el momento del vencimiento de la obligación principal, como es el suelo, las accesiones naturales, el edificio o edificación preexistente, las mejoras, y por vía de subrogación real, incluso se extiende a las indemnizaciones por siniestro en los seguros sobre el inmueble (véanse los artículos 1877 del CC y 109 de la LH).

La nota o característica dominante como se puede observar es la publicidad registral de esta garantía real. Como todos sabemos, la inscripción goza de efectos constitutivos respecto de la creación y constitución del derecho real de hipoteca. Se tendrá como fecha de inscripción de la hipoteca la fecha del asiento de presentación que constará en la propia inscripción (artículo 24 de la LH). Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre los que se establezcan y sólo podrán constituir las quienes tengan la libre disposición de aquéllos o, en caso de no tenerla, se hallen autorizados para ello con arreglo a las leyes. Quienes tengan la facultad de constituir hipotecas voluntarias, podrán hacerlo por sí o por medio de apoderado con poder especial bastante.

La hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas, surtirá efecto, contra tercero, desde su inscripción, si la obligación llega a contraerse o la condición a cumplirse. Si la obligación asegurada estuviere sujeta a condición resolutoria inscrita, surtirá la hipoteca su efecto, en cuanto a tercero, hasta que se haga constar en el Registro el cumplimiento de la condición. Cuando se contraiga la obligación futura o se cumpla la condición suspensiva, podrán los interesados hacerlo constar así por medio de una nota al margen de la inscripción hipotecaria.

Podrá constituirse hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, determinándose en la escritura la cantidad máxima de que responda la finca y el plazo de duración, haciendo constar si éste es o no prorrogable, y caso de serlo, la prórroga posible y los plazos de liquidación de la cuenta. Si al vencimiento del término fijado por los otorgantes o de la prórroga, en su caso, el acreedor no se hubiere reintegrado del saldo de la cuenta, podrá utilizar la acción hipotecaria para su cobro en la parte que no exceda de la cantidad asegurada con la hipoteca por el procedimiento establecido en los artículos 129 y ss. de la norma hipotecaria. A la escritura así como otros documentos preceptivos, se deberá acompañar documento que acredite el importe líquido de la cantidad adeudada.



TEMA 4 DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

Juana María Pardo Pardo

SUMARIO: 1. DERECHOS REALES Y DERECHOS DE CRÉDITO. 2. LA OBLIGACIÓN. CONCEPTO Y ELEMENTOS. 3. CARACTERES DE LA PRESTACIÓN. 4. CLASES DE OBLIGACIONES. 5. EXTINCIÓN. CUMPLIMIENTO Y OTROS SUPUESTOS. 5.1. Pago por el deudor al acreedor. 5.2. El pago del tercero: acción de reembolso o reintegro y Acción de subrogación. 5.3. El pago al acreedor aparente y al tercero. 5.4. Los requisitos del cumplimiento. 5.5. La mora del acreedor. El ofrecimiento del pago y la consignación. 5.6. Formas especiales de cumplimiento. 5.7. Otras formas de extinción de la obligación. 6. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES. 6.1. Clases de incumplimiento. 6.2. Imposibilidad en el cumplimiento: Caso fortuito y fuerza mayor. 6.3. La Mora o retraso en el cumplimiento. 6.4. La Culpa. 6.5. El Dolo. 6.6. Consecuencias del incumplimiento. CASOS PRÁCTICOS Y JURISPRUDENCIA. BIBLIOGRAFÍA.

1. DERECHOS REALES Y DERECHOS DE CRÉDITO

En la obligación, el acreedor tiene un derecho que pertenece a la categoría de los *derechos personales o de crédito* en virtud del cual está legitimado para exigir un comportamiento del deudor, que tiene el deber jurídico de realizar tal comportamiento. Por tanto, existe una correlación entre el deber y el derecho, esto es, entre el crédito y la deuda.

Por ello, los derechos de créditos se clasifican como *derechos relativos*, pues el acreedor sólo puede hacer valer su derecho frente al obligado. Sin embargo, los derechos reales, como vimos anteriormente, otorgan a su titular un señorío o facultad sobre las cosas en sí mismas consideradas con eficacia *erga omnes*, de modo que se pueden clasificar como *derechos absolutos*.

Asimismo, podemos considerar que los derechos de crédito son *derechos transitorios*, esto es, con vocación de autoextinción, ya que éstos se extinguen cuando el deudor lleva a cabo la ejecución de la prestación. Por el contrario, la mayoría de los derechos reales nacen con vocación de permanencia, y por eso se considera que son *derechos permanentes*, es decir, que tienen por objeto mantener una situación jurídica en el tiempo.

2. LA OBLIGACIÓN. CONCEPTO Y ELEMENTOS

La obligación es una relación jurídica que podemos definir como la relación jurídica en virtud de la cual una persona –*deudor*– tiene el deber jurídico de realizar una prestación en favor de otra –*acreedor*– quien tiene el derecho a exigírsela.

El deudor tiene un deber jurídico definido como la necesidad de observar cierto comportamiento denominado *deuda*. Por su parte, el acreedor tiene el derecho subjetivo a exigir dicho comportamiento denominado *crédito*.

Debemos diferenciar el concepto de obligación en sentido técnico del de deber jurídico, dependiendo de la presencia o ausencia de patrimonialidad. Los deberes jurídicos serían, por tanto, conductas no patrimoniales exigidas a una persona por el Ordenamiento jurídico con carácter general. Sin embargo, la obligación en sentido propio o técnico (en adelante, *obligación*) podemos definirla como el deber jurídico caracterizado por la nota de la *patrimonialidad* de la prestación o conducta debida por el obligado.

El Código Civil regula las obligaciones y contratos en su libro cuarto. Si bien, en el mismo no se da una definición del concepto de obligación sino que se limita a exponer la amplia gama en que puede consistir la conducta objeto de la obligación. Según el artículo 1.088 CC: «*Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa*», tal y como analizaremos más adelante.

El primer elemento de la estructura general de la relación obligatoria es el *sujeto de la obligación*. Toda obligación vincula, al menos, a dos personas que podemos denominar sujetos de la obligación, ostentando éstas diferentes posiciones jurídicas según sean:

- ◆ *Sujeto activo o acreedor*: persona que se encuentra legitimada o tiene derecho a exigir una conducta determinada de la otra.
- ◆ *Sujeto pasivo o deudor*: persona que debe cumplir la conducta prevista en la obligación.

En cada una de las dos posiciones jurídicas puede haber una sola persona o varias. Es posible encontrarnos ante un solo acreedor frente a un solo deudor, un solo deudor contra varios acreedores, varios deudores frente a un mismo acreedor, o varios deudores frente a varios acreedores.

En los casos de pluralidad de sujetos en una determinada posición jurídica puede ser que éstos ostenten dicha posición de forma conjunta (solidaria) o dividida (mancomunada), tal y como analizaremos más adelante. Del mismo modo, es posible que las posiciones jurídicas de acreedor y deudor sean simultáneamente compartidas por ambos sujetos, de forma

que cada uno sea al mismo tiempo acreedor y deudor del otro, como sucede en las obligaciones bilaterales o sinalagmáticas que serán estudiadas al analizar los diferentes tipos de obligaciones.

La capacidad para ser sujeto de la obligación es la general, esto es, capacidad jurídica para ser titular de la obligación y capacidad de obrar para ejercer el derecho de crédito o cumplir el deber jurídico. En caso de carecer de dicha capacidad, es posible que actúen en nombre de los sujetos de la obligación sus representantes legales, o bien, que dicha capacidad sea complementada. No obstante lo anterior, en determinados supuestos existen reglas específicas al respecto, como es el caso, por ejemplo, de lo previsto en el artículo 1163 del CC para el caso de pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes.

El segundo elemento de la relación obligatoria es el *objeto*. El objeto de la obligación se denomina *prestación* y se corresponde con la conducta a desplegar por el deudor, pudiendo consistir ésta en dar, hacer o no hacer una cosa, conforme establece el artículo 1088 CC, anteriormente referido.

Por último, debemos referirnos al *vínculo* como el tercer elemento de la relación obligatoria. El vínculo es el nexo existente entre el sujeto activo o acreedor y el sujeto pasivo o deudor de la obligación. El vínculo es un concepto unitario, si bien desde la perspectiva del acreedor el vínculo es el *debito*, esto es, el deber del deudor de cumplir la obligación y, desde la perspectiva del deudor es la *responsabilidad*, es decir, la sujeción del patrimonio del deudor al cumplimiento de la obligación y el derecho del acreedor a dirigirse frente a dicho patrimonio si el deudor incumple su obligación, tal y como establece el artículo 1911 CC («*del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*»).

3. CARACTERES DE LA PRESTACIÓN

Podemos definir la prestación como la conducta en que consiste el cumplimiento de la obligación. Si bien, dicha definición debe ser matizada pues no toda conducta puede ser objeto de una obligación sino que la misma debe cumplir determinados requisitos o caracteres para poder ser considerada como tal, siendo éstos los siguientes: (i) posibilidad, (ii) licitud, (iii) determinación; y (iv) patrimonialidad. Veamos a continuación en qué consiste cada uno de estos requisitos.

- i. *Posibilidad*. La imposibilidad originaria impide que exista obligación, por tanto no será válida una obligación que tenga como objeto una conducta imposible en el momento de constituirse la obligación.

- ii. *Licitud*. Se considera ilícita aquella conducta que es contraria a la ley, a la moral o al orden público. Así lo establece el artículo 1255 CC para los contratos, siendo igualmente aplicable con carácter general para el resto de obligaciones. El referido precepto establece que «*los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*».
- iii. *Determinación*. Al constituir la obligación la prestación ha de quedar determinada en la misma o al menos debe poder ser determinable por criterios fijados en la obligación, sin necesidad de nuevo acuerdo o declaración de voluntad.

No es posible que la determinación de la obligación quede al arbitrio de una de las partes ya que ello iría en contra del principio que rige en nuestro ordenamiento jurídico consagrado en el artículo 1256 CC que establece que «*la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*».

La consecuencia de que la prestación no se determine, o no sea determinable en el momento de constituirse la obligación, es que la obligación no llegará a nacer, será inexistente.

- iv. *Patrimonialidad*. La prestación tiene que poder ser valorable económicamente. Tradicionalmente se había mantenido que la prestación tenía que ser patrimonial si bien la doctrina moderna (DIEZ PICAZO; ALBALADEJO y O'CALLAGHAN, entre otros) no exige que la prestación tenga en todo caso un contenido directamente patrimonial, si bien siempre puede ser susceptible de valoración económica en caso de incumplimiento, lo que será analizado al estudiar la *Responsabilidad por incumplimiento* en el Capítulo siguiente.

4. CLASES DE OBLIGACIONES

Las obligaciones se pueden clasificar de muy diferentes formas en función de los parámetros utilizados para ello. Bajo estas líneas analizaremos algunas de las principales clasificaciones de obligaciones posibles.

1. Obligaciones unipersonales y obligaciones pluripersonales.

Por razón del sujeto de la obligación se pueden distinguir las *obligaciones unipersonales*, con un solo acreedor y un solo deudor, y las *obligaciones pluripersonales*, con varios acreedores y varios deudores, o un solo acreedor y varios deudores, o varios acreedores y un solo deudor.

2. Obligaciones mancomunadas y solidarias.

En los casos de pluralidad de sujetos u obligaciones pluripersonales se pueden distinguir, a su vez, las obligaciones *mancomunadas* y las obligaciones *solidarias*.

Tanto la *mancomunidad* como la *solidaridad* pueden ser: *activa*, cuando la pluralidad es de acreedores, *pasiva* cuando la pluralidad es de deudores, y *mixta*, cuando es de acreedores y deudores a la vez.

Las *obligaciones mancomunadas* son aquellas en las que cada deudor debe y cada acreedor tiene derecho sólo a una parte de la prestación total. A este tipo de obligaciones se refiere el primer inciso del artículo 1137 CC: «*La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria*».

Las *obligaciones solidarias* son, por su parte, aquellas en las que cada acreedor tiene derecho a la totalidad de la prestación y cada deudor la debe totalmente, por lo que cualquiera de los acreedores puede exigir y extinguir la prestación por entero y cualquiera de los deudores puede (y debe) cumplirla por entero.

Sin perjuicio de lo anterior, en el plano interno, el codeudor que ha cumplido podrá exigir la parte que le corresponda a cada uno de sus codeudores, y el acreedor que ha recibido la prestación o ha extinguido la obligación deberá satisfacer a cada coacreedor la parte que le corresponda. Si bien, con independencia de que esto suceda y de que nazcan nuevas obligaciones internas entre codeudores y coacreedores, la obligación inicial se habrá extinguido con el pago de uno de los deudores solidarios a uno de los acreedores solidarios, como vimos.

La diferencia más significativa entre obligaciones mancomunadas y solidarias se da en los casos de insolvencia del codeudor, esto es, cuando un codeudor no cuente con bienes suficientes para hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones.

En los casos de obligaciones mancomunadas, si alguno de los codeudores resulta insolvente el resto de codeudores no tendrán que hacer frente a su obligación al tener que responder cada deudor por su parte de la prestación (*vid.* artículo 1139 CC, *in fine*).

Sin embargo, en los casos de obligaciones solidarias, si alguno de los codeudores resulta insolvente, «*la falta de cumplimiento por insolvencia*

del deudor solidario será suplida por sus codeudores», conforme establece el artículo 1145.3º CC.

En Derecho Civil la regla general es la mancomunidad o lo que es lo mismo, existe una *presunción de mancomunidad* de conformidad con lo previsto en el artículo 1137 CC anteriormente transcrito. Esto significa que la obligación pluripersonal es mancomunada, en principio, y mientras no se demuestre lo contrario, por la voluntad de los sujetos (por pacto expreso o porque se desprende de las relaciones entre las partes) o por disposición de la ley (por ejemplo, en el artículo 1084 CC se establece que los herederos de un deudor son deudores solidarios frente al acreedor del causante).

3. Obligaciones unilaterales y bilaterales, recíprocas o sinalagmáticas.

En función de la conexión entre los sujetos podemos distinguir: obligaciones *unilaterales* y obligaciones *bilaterales, recíprocas, o sinalagmáticas*.

Una *obligación unilateral o simple* es una relación jurídica entre acreedor y deudor en el que el deudor está obligado a lo previsto en la prestación respecto al acreedor, y el acreedor puede exigir al deudor el cumplimiento de dicha prestación.

Por su parte, las *obligaciones bilaterales, recíprocas o sinalagmáticas* son aquellas en que también existe una relación jurídica entre acreedor y deudor, pero cada parte acreedora o deudora de una obligación bilateral es, a la inversa, y a su vez, deudora o acreedora de otra obligación bilateral.

Por tanto, cada sujeto de la obligación es acreedor de una prestación (de una obligación bilateral) y deudor de otra prestación (de la otra obligación bilateral). De modo que el acreedor en la obligación bilateral, está a su vez obligado hacia su deudor, de forma que ambas obligaciones son la una contrapartida de la otra.

Un claro ejemplo de obligación bilateral es la compraventa, en la que existen dos obligaciones, la una contrapartida de la otra, por una parte el pago del precio y, por otra, la entrega de la cosa. En la obligación de pago del precio, el deudor es el comprador y el acreedor el vendedor. Como contrapartida de la anterior, se da la obligación de entrega de la cosa, en la que el deudor es el vendedor y el acreedor el comprador.

Las obligaciones específicas tienen unos efectos especiales derivados de la conexión o interdependencia entre las dos obligaciones, siendo éstos los siguientes:

- i. *la necesidad de cumplimiento simultáneo de ambas partes*, lo que significa que el acreedor únicamente puede exigir el cumplimiento

de la obligación recíproca al deudor si aquel ha cumplido u ofrecido cumplir la suya. En caso contrario, el deudor podrá oponerse y rechazar la acción de cumplimiento mediante la llamada *exceptio non adimpleti contractus* (excepción de incumplimiento contractual);

- ii. *la compensación en caso de mora*. De conformidad con lo previsto en el artículo 1100 CC, llegado el momento del cumplimiento de una de las obligaciones recíprocas, para que el deudor de dicha obligación incurra en mora no basta el requerimiento del otro sujeto o la simple llegada del momento de cumplir sino que hace falta, además, que la otra parte cumpla o se allane a cumplir debidamente la deuda de su respectiva obligación recíproca y, solo a partir de ese momento, empezará la mora del primero;
- iii. por último y quizás más importante, *la facultad de resolución de la obligación recíproca por incumplimiento previo de la otra obligación* por el otro sujeto de la obligación. En los supuestos de obligaciones recíprocas en que una de las obligaciones ha sido cumplida por su deudor y la otra obligación no ha sido cumplida por su respectivo deudor, el primero (deudor que ha cumplido su obligación y acreedor de la deuda del segundo) puede optar, de conformidad con el artículo 1124 CC, por exigir el cumplimiento de la obligación, lo cual es el caso normal de todas las obligaciones, o bien, por exigir la resolución de su propia obligación (ya cumplida) resolviendo también la otra (obligación incumplida por el otro sujeto). En ambos casos, con independencia de que el sujeto que ha cumplido opte por una u otra opción, podrá pedir la indemnización por los daños y perjuicios que ha sufrido.

4. Obligaciones principales y accesorias.

En la práctica es frecuente que las obligaciones se integren en un grupo de relaciones obligatorias de más amplio espectro, de forma que existen distintas obligaciones accesorias o subordinadas a la obligación principal. Es el caso, por ejemplo, de un contrato laboral en que el cumplimiento del encargo descrito en el mismo es la obligación principal, si bien es frecuente que dicha obligación se agrupe con otras obligaciones que dependan de ésta, como puede ser un pacto de exclusividad (obligación accesorio).

La característica principal de estas obligaciones es que en caso de extinguirse la obligación principal por causas no imputables al deudor, también se extinguirá la obligación accesorio, al depender ésta de la principal.

5. Obligaciones puras, condicionales (suspensivas o resolutorias) y a plazo.

La *obligación pura* es aquella que es exigible en el mismo momento en que se perfecciona, contraída simplemente, sin circunstancia alguna que modifique sus efectos, y cuya eficacia no está afectada por condición ni término.

La *obligación condicional* es aquella cuya eficacia (tanto el deber jurídico de cumplimiento de la prestación por el deudor como el derecho subjetivo a exigir el cumplimiento del acreedor) depende de la realización de una condición.

El artículo 1114 CC establece que: «*en las obligaciones condicionales la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerán del acontecimiento que constituya la obligación*». Las condiciones a las que pueden estar sometidas las obligaciones pueden ser *suspensivas* o *resolutorias*.

En las obligaciones con *condición suspensiva*, éstas quedan pendientes hasta que se cumpla la condición suspensiva, de modo que el acreedor no puede exigir su cumplimiento y el deudor, si la cumple, tiene derecho a reclamar su devolución, tal y como prevé el artículo 1121 del Código Civil, párrafo segundo. Ambas partes están vinculadas irrevocablemente como si se tratara de una obligación pura, aunque, mientras que no se da la condición, se encuentra en suspensión la vigencia de la relación. Una vez que se cumple la condición (en el tiempo previsto para ello), la obligación queda como una obligación pura y se producen todos sus efectos, esto es, el deudor deberá cumplir y el acreedor podrá exigir su cumplimiento, retro trayéndose los efectos al momento en el que se creó la obligación, aunque dicha retroacción no es absoluta sino que la misma depende del tipo de obligación (*vid.* artículo 1120 CC). Por el contrario, si la condición suspensiva no llega a cumplirse, la obligación no despliega su eficacia y, por tanto, ni el deudor tendrá obligación de cumplir ni el acreedor podrá exigir su cumplimiento. A todos los efectos, la relación jurídica entre deudor y acreedor no se habrá producido.

Por el contrario, en las obligaciones con *condición resolutoria*, una vez constituida la obligación ésta produce todos sus efectos como si se tratara de una obligación pura como prevé el artículo 1113 del Código Civil. Sin embargo, si se cumple la condición, se produce la resolución de la obligación con carácter absoluto (*vid.* artículos 1114 y 1123 CC). Pero si la condición resolutoria no se da, no se produce la resolución y, por tanto, la obligación mantiene su eficacia como una obligación pura.

Las condiciones también pueden clasificarse en condiciones convencionales o condiciones legales. Las *condiciones convencionales* son aquellas impuestas por los sujetos de la obligación, siendo la voluntariedad una nota característica de la misma. Por su parte, la *condición legal* o *conditio iuris* viene impuestas por ley o por la misma obligación, siendo aquella en que es la ley quien subordina la eficacia de la obligación a la verificación de un evento futuro e incierto.

La *obligación a plazo* es aquella cuya eficacia, sin embargo, no depende de la realización de una condición como la anterior, sino que viene determinada por un plazo a partir del cual (si es término inicial) o a hasta el cual (si es término final) se produce. Este tipo de obligaciones vienen reguladas en el primer párrafo del artículo 1125 CC: «*las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto, sólo serán exigibles cuando el día llegue*».

6. Obligaciones de dar, de hacer y de no hacer. Obligaciones positivas y negativas.

Como vimos, el artículo 1088 CC clasifica las obligaciones en obligaciones de «*dar, hacer, o no hacer una cosa*».

Las *obligaciones de dar* consisten en la entrega de una cosa. Por la amplitud de dicha definición deberemos atender a cada tipo de obligación de dar para estudiar el régimen jurídico aplicable en cada supuesto.

Las *obligaciones de hacer* consisten en el desarrollo de una actividad por parte del deudor. Entre las obligaciones de hacer podemos distinguir, a su vez, *obligaciones de medios* y *de resultados*; y *obligaciones personalísimas* y *no personalísimas*, como veremos a continuación.

Por último, las *obligaciones de no hacer* son aquellas que consisten en imponer al deudor una conducta negativa o de no hacer, esto es, la no realización de una determinada actividad. Como el resto de obligaciones éstas pueden derivan del acuerdo entre las partes o de la propia ley (por ejemplo, no fumar en lugares públicos cerrados).

En las obligaciones de no hacer nos encontramos ante *obligaciones negativas*, mientras que en las obligaciones de dar o entregar una cosa y de hacer nos encontramos ante *obligaciones positivas*.

7. Obligaciones de medios y de resultados.

Entre las obligaciones de hacer podemos diferenciar entre: (i) *obligaciones de medios*, que son aquellas en las que el deudor se obliga al desempeño de una actividad en si misma considerada, sin estar obligado a un resultado concreto; y (ii) *obligaciones de resultados*, que son aquellas en que

el deudor se obliga al desempeño de una actividad pero dirigida a la obtención de un resultado concreto, de modo que hasta que el deudor no haya obtenido el resultado perseguido no habrá cumplido con su obligación. Por el contrario, en las obligaciones de medios bastará con haber desempeñado la actividad sin que sea determinante la obtención finalmente de un resultado concreto.

8. Obligaciones personalísimas y no personalísimas.

A su vez, entre las obligaciones de hacer podemos diferenciar también, en función de la especial consideración o no de la persona del deudor, en: (i) *obligaciones personalísimas*, que son aquellas que se caracterizan por la especial consideración de la persona del deudor (por ejemplo, se contrata a Shakira para actuar en una fiesta y en lugar de Shakira acude una persona anónima a actuar al evento, en tal caso la obligación no se habrá cumplido); y (ii) *obligaciones no personalísimas* en las que no es determinante quien lleva a cabo la obligación, pudiendo ser ésta llevada a cabo por persona diferente al deudor (por ejemplo, contratamos con Fontanería Manolo la reparación de una avería doméstica y en lugar de reparar la misma el Sr. Manolo acude un trabajador de éste a nuestro domicilio y repara la avería, en tal caso la obligación si se habría visto satisfecha).

9. Obligaciones específicas y genéricas.

Las *obligaciones específicas* son aquellas cuya prestación viene determinada por características que la individualizan.

Por su parte, las *obligaciones genéricas* son aquellas cuya prestación se determina por el género al que pertenece. En este tipo de obligaciones el deudor cumplirá y el acreedor tendrá derecho a la prestación concreta e individualizada del género previsto en la obligación que resulte tras la *especificación*.

Por tanto, la obligación genérica recae sobre una prestación individual que está determinada en relación con un género y que se podrá convertir en específica por la determinación o individualización de la prestación mediante la especificación.

El género puede ser total (por ejemplo, un caballo) o limitado a cierta parte del mismo (un caballo de raza pura sangre) o un género no propio que tenga caracteres comunes (un animal que se halle en mi finca).

La forma más común de hacer la especificación es por el cumplimiento de la obligación, esto es, con la realización de la propia prestación (por ejemplo, la entrega del caballo pura sangre llamado Galopante).

En las obligaciones genéricas se da la particularidad de que el género, como tal, no puede desaparecer, y así la prestación, en principio, nunca será imposible pues «*genus non perit*» (el género no perece). Es por ello que, antes de la especificación, los riesgos de la pérdida los soporta el deudor. En el ejemplo anterior, si el deudor se ha obligado a la entrega de un caballo raza pura sangre y muere Galopante antes de la especificación, el deudor estará obligado, en principio, a la entrega de otro caballo distinto pero de la misma raza.

La expresión típica de este efecto de las obligaciones genéricas se da en las *obligaciones pecuniarias o dinerarias* a las que nos referiremos a continuación, ya que, como obligaciones genéricas que son, nunca puede devenir imposible su cumplimiento.

10. Especial referencia a las *obligaciones pecuniarias*.

La palabra pecuniaria deriva del latín *pecunia* que significa moneda o dinero. Por tanto, las obligaciones pecuniarias son aquellas cuya prestación consiste en pagar una suma de dinero.

Las características de las *obligaciones pecuniarias* son las siguientes:

- i. Su cumplimiento no puede nunca devenir imposible. Como vimos, se trata del supuesto de *obligación genérica por excelencia*, cuyo género (el dinero) no puede extinguirse (*vid.* artículos 1170 y 1182 CC). Por tanto, nunca podrá tener lugar la extinción de la obligación pecuniaria por imposibilidad sobrevenida.
- ii. El dinero es un *bien productivo*, por lo que el incumplimiento de una obligación pecuniaria produce un daño al acreedor que puede valorarse automáticamente. La indemnización por incumplimiento de la obligación pecuniaria consistirá, salvo pacto en contra, en el pago de los *intereses* (*vid.* artículo 1108 CC). El retraso, como cumplimiento defectuoso de la obligación, da lugar al pago por el deudor moroso del *interés moratorio* (*vid.* artículo 1108 CC) sin necesidad de probar el perjuicio. De igual modo, el retraso en el cumplimiento tras la fijación de la prestación pecuniaria en sentencia da lugar al *interés ejecutorio* (legal más dos puntos) que prevé el artículo 576 LECiv.
- iii. La obligación legal propiamente dicha es aquella que tiene por objeto la entrega de una determinada cantidad de dinero cuyo único requisito es que sea *dinero de curso legal*, esto es, que sirva como medio general de pago. Por ejemplo, no será válido el pago

de un deudor que pretende el cumplimiento de una obligación pecuniaria con billetes de 1.000 pesetas.

Por tanto, no son propiamente obligaciones pecuniarias las *obligaciones de moneda individual*, que son aquellas en las que el deudor se compromete a la entrega de una determinada moneda, como por ejemplo, la última moneda «Isabelina» de diez escudos de oro acuñada en Madrid en 1868 (en el último periodo de reinado de Isabel II). Como es obvio, dicha obligación no es una obligación genérica, característica de las obligaciones pecuniarias, sino que se trata de una obligación específica consistente en la entrega de una determinada moneda que no es de curso legal en la actualidad. Tampoco son obligaciones pecuniarias propiamente dichas las *obligaciones de especie monetaria* (por ejemplo, el deudor se obliga a pagar cien euros a su acreedor con monedas de un euro con anverso de Estonia).

En las obligaciones pecuniarias podemos diferenciar, a su vez, dos tipos de obligaciones: (i) las *deudas de dinero*, en las que la suma de dinero es considerada en sí misma como el bien buscado por el acreedor; y (ii) las *deudas de valor*, en las que el deudor cumple la obligación entregando una suma de dinero pero ello no era el objeto inicial de la obligación, sino que dicho cantidad se entrega como equivalente económico por el incumplimiento del objeto de la obligación. Si bien, desde el mismo momento en que la deuda de valor se liquida, esto es, cuando se determina el importe exacto a pagar en cumplimiento de la obligación, la misma se transforma automáticamente en deuda de dinero propiamente dicha. Ejemplo de lo anterior es la indemnización por incumplimiento de la obligación o cumplimiento por equivalente, que será analizada en el capítulo siguiente. Cuando el juez determina el importe a abonar por el deudor en cumplimiento por equivalencia de una determinada obligación, la deuda se convierte en líquida y pasa de ser una deuda de valor a una deuda de dinero.

El principal problema de la obligación pecuniaria es la *devaluación de la moneda*. Para solucionarlo, existen dos sistemas o principios opuestos: el principio nominalista y el valorismo.

Según el *principio nominalista*, la prestación pecuniaria viene determinada por un número de unidades de dinero, con independencia de cuál sea el valor adquisitivo de las mismas, lo que determina que existe una absoluta seguridad jurídica, si bien puede existir una notable injusticia, ya que, de todos es conocido que normalmente no tiene el mismo valor un euro hoy, que un euro hace cinco años, o dentro de treinta años.

Según el segundo principio, el *valorismo*, lo determinante no es el número de unidades de dinero, sino el valor adquisitivo del dinero, por tanto la

obligación no se cumplirá con la entrega de las unidades de dinero determinadas en su día al constituirse la obligación, sino con su equivalente al momento de pago, de modo que el acreedor tendrá que recibir el valor adquisitivo del dinero igual al que tenía en el momento de constituirse la obligación. Este sistema puede ser considerado más justo, pero plantea importantes problemas al ser necesaria la continua revalorización de las obligaciones.

El sistema del Derecho español (y, como regla general, el del resto de países europeos) se encuentra inspirado en el principio nominalista (*vid.* artículo 1170 CC), de tal modo que el dinero tiene un único valor, su valor nominal. Por tanto, la obligación pecuniaria se cumplirá con la entrega de la cantidad exacta de dinero acordada en la misma con independencia de su valor adquisitivo.

No obstante, existen determinadas *cláusulas de estabilización o de actualización del valor nominal del dinero*, siendo las más conocidas aquellas que tienen como referencia el valor: (i) del oro, la plata o cualquier otro metal de valor, (ii) de una determinada moneda extranjera, o (iii) el valor en especie de determinados bienes como el café, el trigo, etc.

Uno de los sistemas de corrección del nominalismo más frecuente es la aplicación de los *intereses*, que podemos resumir en *legales* (con la aplicación del tipo de interés previsto en la Ley de aplicación en cada caso –Ley de Presupuestos Generales del Estado, Ley General Tributaria, Ley 3/2004 de lucha contra la morosidad, etc.–); *judiciales* (con la aplicación de los mecanismos o intereses que determine el Juzgador); o *convencionales* (por la aplicación de los mecanismos o intereses que las partes acuerden al constituir la obligación, con los límites que la ley determine en contra de las prácticas usurarias que serán consideradas nulas y a las que nos referiremos, sucintamente, a continuación).

La Ley de 23 de julio de 1908, referente a los contratos de préstamo, conocida como *Ley de Represión de la Usura* o *Ley Azcárate*, aún vigente, establece en su artículo primero que: «Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales. Será igualmente nulo el contrato en que se suponga recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada, cualesquiera que sean su entidad y circunstancias. Será también nula la renuncia del fuero propio, dentro de la población, hecha por el deudor en esta clase de contratos».

Por tanto, dicha Ley no establece un criterio determinado, sino un criterio atemporal, ya que permite a la Jurisprudencia adecuarse a las circunstancias de cada momento para determinar qué tipo de interés considera usurario y, por ende, nulo. En los últimos años se han considerado usurarios los tipos de interés superiores al 29% (*vid.* SAP Santa Cruz de Tenerife, de 26 de abril de 2006° SAP de Navarra, de 7 de febrero de 2000, entre otras muchas), si bien, como se ha dicho, el tipo de interés que se considera usurario es determinado por la Jurisprudencia para cada momento (STS de 7 de marzo de 1998).

Finalmente destacar que el *anatocismo*, esto es, los intereses de los intereses, está permitido en nuestro Código Civil (*vid.* artículo 1109.1º CC) y en determinados supuestos, también en nuestro Código de comercio (*vid.* artículo 317, segundo párrafo, CCom).

5. EXTINCIÓN. CUMPLIMIENTO Y OTROS SUPUESTOS

5.1. PAGO POR EL DEUDOR AL ACREEDOR

Como vimos al diferenciar las *obligaciones* o *derechos de crédito* de los *derechos reales*, debemos recordar que los primeros, por su propia naturaleza, tienen una duración limitada en el tiempo, ya que su objetivo es la satisfacción del interés del acreedor mediante el cumplimiento de la obligación o pago, es por ello que se dice que los Derechos de crédito se encuentran *in itinere* hacia su extinción, mientras que los segundos se caracterizan por atender a intereses que tienden a permanecer en el tiempo, creando situaciones de señorío sobre las cosas.

Por tanto, el supuesto normal de extinción de las obligaciones es el cumplimiento o pago, si bien existen otras formas de extinción de la obligación.

El artículo 1156 CC prevé que: «*Las obligaciones se extinguen: por el pago o cumplimiento, por la pérdida de la cosa debida, por la condonación de la deuda, por la confusión de los derechos de acreedor o deudor, por la compensación y por la novación*».

La extinción de la obligación se produce por el pago o cumplimiento, por la ejecución forzosa o por equivalencia y, además, por una serie de hechos que producen la extinción entre los que se encuentra: la pérdida de la cosa debida o imposibilidad sobrevenida de la prestación, la condonación o remisión de la deuda, la confusión, la compensación, y la novación, pudiendo ser ésta última extintiva (como forma de extinción de la obligación) o modificativa (como forma de modificación de la misma), como veremos.

El *cumplimiento* normal de la obligación es la realización de la prestación por el deudor a favor del acreedor. Por tanto, el cumplimiento significa para el deudor la realización de la conducta debida (prevista en la prestación) lo que implica la liberación de su deuda; y para el acreedor, el cumplimiento significa la satisfacción de su interés y el ejercicio de su derecho.

Algunos autores han diferenciado entre el *cumplimiento en sentido estricto o técnico* que es la realización y obtención del fin perseguido a través de la actividad del deudor, y el *cumplimiento en sentido amplio*, que comprende todos aquellos supuestos en que se puede decir que se ha cumplido la obligación porque se ha realizado el fin que se perseguía en la misma, que es la satisfacción del interés del acreedor.

Por tanto, el cumplimiento en sentido amplio incluirá tanto el cumplimiento en sentido estricto o normal como el cumplimiento anormal que consiste en la *ejecución forzosa* de la prestación cuando se produce el incumplimiento de la misma o, si no es posible, el *cumplimiento por equivalencia*, mediante la indemnización por daños y perjuicios.

La regla general es que el deudor sea el que haga frente al pago personalmente (siendo ello necesario en las obligaciones personalísimas, como vimos) o por medio de representante (pudiendo ser representante legal, como es el caso de la patria potestad o tutor) o voluntario (en virtud de un negocio jurídico de apoderamiento); y el acreedor sea el que reciba el cumplimiento o pago de la obligación.

Además de los sujetos principales de la relación obligatoria (deudor y acreedor), es posible que en el momento del pago o cumplimiento intervengan terceras personas extrañas a la relación obligatoria, asumiendo la posición del deudor (al que se le denomina *solvens*) o asumiendo la posición del acreedor (en cuyo caso se le denomina *accipiens*), dando lugar a distintas situaciones que serán analizadas a continuación.

5.2. EL PAGO DEL TERCERO: ACCIÓN DE REEMBOLSO O REINTEGRO Y ACCIÓN DE SUBROGACIÓN

Como se ha indicado, en determinados supuestos puede hacer frente al pago un tercero distinto del deudor o su representante y, por tanto, ajeno a la obligación (el *solvens*). Éste podrá hacer el pago mediante acuerdo previo con el verdadero deudor, sin saberlo éste, o incluso en contra de su voluntad, tal y como prevé el artículo 1158 CC, excepto en las obligaciones personalísimas que, como vimos, tienen que ser cumplidas por una persona específica determinada al momento de constituirse la obligación.

El pago realizado por tercero (*solvens*) no será siempre extintivo de la obligación. Veamos cuáles son los efectos del pago en cada supuesto y a qué acciones da lugar:

i. *Acción de reembolso o de reintegración.*

En los supuestos en los que el deudor originario haya ignorado que un tercero había realizado el pago de la prestación o se haya opuesto a dicho pago, el Código Civil otorga al tercero (*solvens*) un derecho de crédito para exigir al deudor originario «*aquello en que le hubiera sido útil el pago*» (*vid.* artículo 1158.3º CC, *in fine*). En este caso, la obligación preexistente se extinguirá si el acreedor ha visto satisfecho íntegramente la prestación, y se generará una nueva obligación entre el *solvens* y el deudor originario.

ii. *Acción de subrogación.*

En los supuestos en los que el *solvens* haya realizado el pago de la prestación con la aprobación del deudor originario, se producirá una subrogación del *solvens* en los derechos del acreedor anterior, manteniéndose la relación obligatoria preexistente inalterada si bien con distinto acreedor (manteniéndose, por ejemplo, las mismas garantías que anteriormente pudieran existir y demás obligaciones accesorias de la obligación).

5.3. EL PAGO AL ACREEDOR APARENTE Y AL TERCERO

La regla general es que el pago lo reciba la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación (el acreedor originario). Sin embargo, al igual que sucedía con el deudor, es posible que el pago se realice no al acreedor originario sino a un tercero denominado *accipiens*. En estos casos podemos diferenciar distintos supuestos:

i. *Adiectus solutionis causa.*

Es posible que el acreedor originario designe a una tercera persona para que reciba el pago o cumplimiento de la obligación, tal y como expresamente permite el artículo 1162 CC *in fine*, siendo perfectamente válido dicho pago.

ii. *Pago al acreedor aparente.*

En los supuestos en los que el deudor haya realizado el pago o cumplimiento de buena fe al que estuviere en posesión del crédito, éste se verá liberado de la obligación siendo igualmente válido y eficaz dicho pago, tal y como prevé el artículo 1164 CC. Para que

se produzca el efecto liberatorio de la obligación para el deudor que paga a un acreedor aparente es necesario que se dé uno de estos dos supuestos: que el deudor realice el pago de buena fe sin ser consciente de que el *accipiens* no es el verdadero acreedor sino un acreedor aparente; o bien, que éste último actúe como el verdadero acreedor, por encontrarse en posesión del crédito o por encontrarse el *accipiens* en la situación que de forma habitual corresponde al acreedor.

iii. *Pago al tercero.*

En los supuestos en los que el deudor paga a un tercero (*accipiens*) consciente de que no es el verdadero acreedor pero con la intención de que éste vea satisfecho su derecho de crédito, siendo únicamente válido dicho pago «*en cuanto se hubiere convertido en utilidad del acreedor*» (*vid.* artículo 1163.1 CC). Por tanto, únicamente se producirá el efecto liberatorio del pago si a través del pago realizado al tercero, el acreedor llega a recibir la prestación, en caso contrario, dicho pago no habrá sido válido.

5.4. LOS REQUISITOS DEL CUMPLIMIENTO

1. La exactitud de la prestación: identidad, integridad e indivisibilidad.

El deudor tiene el deber de hacer y el acreedor tiene el derecho a exigir el *cumplimiento exacto* de la prestación. Por tanto, el pago tiene que cumplir los siguientes requisitos respecto a su objeto para que sea exacto, siendo éstos: (i) la identidad; (ii) la integridad, y (iii) la indivisibilidad.

(i) *Identidad.*

La identidad es la coincidencia entre la prestación pactada como objeto de la obligación y la realizada como cumplimiento de la misma. De conformidad con el principio de Derecho romano: «*aliud pro alio, invito creditoris solve non potest*» y con lo previsto en el artículo 1157 CC: «*no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en la que la obligación consistía*».

(ii) *Integridad.*

El pago debe comprender la prestación completa, por lo que el deudor deberá realizar la prestación íntegramente (tal y como establecía el artículo 1157 CC, anteriormente transcrito). En caso contrario, no se habría producido el pago como cumplimiento normal de la obligación, excepto si el acreedor estuviera conforme (en base al principio de autonomía de

la voluntad de la partes), lo que implicaría un pacto modificativo de la obligación o novación modificativa, a la que nos referiremos más adelante.

(iii) *Indivisibilidad*

Establece el artículo 1169 CC que, salvo que la obligación expresamente lo permita, el acreedor no podrá ser obligado «a recibir *parcialmente las prestaciones en que consista la obligación*». Por tanto, deberá hacerse el pago en unidad de tiempo, sin fraccionarse, sin perjuicio de pacto en contra (por el principio de autonomía de la voluntad). Como excepción la ley determina que cabe el fraccionamiento de la prestación si una parte es líquida y otra ilíquida (*vid.* artículo 1169.2º CC).

Además de la exactitud de la prestación, existen otros requisitos del cumplimiento que podemos llamar circunstanciales, que son el momento temporal del cumplimiento y el lugar del cumplimiento, los cuales estudiaremos a continuación.

2. El momento temporal del cumplimiento.

El pago debe realizarse en un momento temporal concreto, de modo que si el pago no se realiza en dicho tiempo, y éste era esencial, se producirá el incumplimiento propiamente dicho de la obligación (como por ejemplo, si se contrata a un coro para que cante el día de la boda y en lugar de cantar dicho día lo hace una semana antes o una semana más tarde). Sin embargo, si el momento del cumplimiento o tiempo no era una cuestión esencial de la obligación, el retraso implicará el cumplimiento defectuoso o incumplimiento parcial, llamado mora del deudor, el cual será analizado más adelante (por ejemplo, si contrato a un pintor para que haga un cuadro y en lugar de terminarlo el día acordado no lo termina hasta unos días más tarde).

La realización del pacto o cumplimiento en el tiempo correcto dependerá del tipo de obligaciones ante la que nos encontramos.

- i. Si nos encontramos ante una *obligación pura o simple*, el pago será exigible desde el nacimiento de la obligación de conformidad con el artículo 1113 CC.
- ii. Sin embargo, si nos encontramos ante una *obligación sometida a condición suspensiva o a término inicial*, el pago o cumplimiento no será exigible hasta el momento en que se cumpla la condición (si se cumple) o el momento en el que llegue el plazo previsto.
- iii. Por último, en los casos de *obligaciones a término final*, el cumplimiento deberá producirse antes de que llegue dicha fecha.

3. El lugar del cumplimiento.

La obligación deberá cumplirse en el lugar correcto, siendo éste el siguiente, por orden de preferencia:

- i. En primer lugar, en el lugar pactado por las partes y designado en la obligación, en virtud del principio de autonomía de la voluntad.
- ii. En defecto de pacto, en el lugar que determine la ley (por ejemplo, en el caso de la compraventa el pago del precio deberá entregarse en el «*lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida*», tal y como prevé el artículo 1500 CC).
- iii. En los supuestos de obligaciones de dar cosa específica, en el lugar donde se hallaba dicha cosa al tiempo de constituirse la obligación (*vid.* artículo 1171 CC).
- iv. Como criterio subsidiario de todos los anteriores, y siendo en la práctica el más frecuente, se encuentra el domicilio del deudor, que corresponde al principio de *favor debitoris* (*vid.* artículo 1171 CC, párrafo tercero).

4. Imputación y recibo del pago.

Puede darse el caso de que existan varias obligaciones homogéneas entre el mismo acreedor y el mismo deudor. En tales supuestos surgirá la necesidad de determinar, en caso de pago de una de las obligaciones, a cual de las obligaciones se imputa dicho pago.

Por tanto, la *imputación del pago* es la determinación de la obligación a la que se aplica dicho pago, produciéndose el cumplimiento de una determinada obligación, cuando hay varias obligaciones iguales entre los mismos sujetos. Para encontrarnos ante la necesidad de dicha determinación es necesario: (i) que un solo deudor lo sea, por varios conceptos, frente a un mismo acreedor; y (ii) que las deudas sean homogéneas, esto es, de una misma especie o naturaleza.

En estos casos, el Código Civil establece una serie de reglas para determinar a cuál de las deudas ha de atribuirse el pago.

La primera regla es la *atribución del pago por el deudor*, de modo que será el propio deudor el que podrá determinar en el momento de realizar el pago a cuál de las deudas debe aplicarse dicho pago, tal y como establece el artículo 1172.1º CC.

En segundo lugar, se encuentra la *atribución del pago por el acreedor mediante el recibo del pago*. El Código Civil prevé que en caso de existir un

recibo aceptado por el deudor donde se determine la aplicación del pago, la atribución del pago la realizará el acreedor (*vid.* artículo 1172.2º CC).

En los supuestos en que no se haya atribuido el pago ni por el deudor ni por el acreedor, el Código Civil determina, con carácter subsidiario, las siguientes reglas: si las obligaciones generasen intereses, no se podrá imputar el pago al principal mientras los intereses no hayan sido satisfechos (*vid.* artículo 1173 CC); si hay unas obligaciones más onerosas que otras, se entenderá satisfecha la deuda que resulte más gravosa para el deudor (*vid.* artículo 1174.1 CC); y, por último, si todas las deudas fueran de igual naturaleza y gravamen, «*el pago se imputará a todas a prorrata*» (*vid.* artículo 1174.2 CC).

5.5. LA MORA DEL ACREEDOR. EL OFRECIMIENTO DEL PAGO Y LA CONSIGNACIÓN

En una relación obligatoria, como hemos visto, el deudor tiene el deber de cumplir de obligación y el acreedor el derecho a exigir su cumplimiento.

En general, cuando se habla de mora nos referimos a la mora del deudor (*mora solvendi*) si bien, también es posible que el acreedor se constituya en mora (*mora accipendi*).

En los casos en los que es el acreedor el que se encuentra en mora, no permitiendo al deudor el cumplimiento de la obligación (bien porque el acreedor se encuentra en paradero desconocido, porque no quiere que se extinga la obligación, o por cualquier otro motivo que impide al deudor el cumplimiento de la prestación), el deudor tiene derecho a liberarse de la obligación mediante la realización del pago llegado el vencimiento de la obligación.

El acreedor aunque no tenga el deber de recibir el pago, pues puede renunciar al mismo tal y como prevé el artículo 6.2 CC, no puede injusta o caprichosamente impedir al deudor que pretende cumplir, que se libere de la obligación.

La *mora del acreedor (mora accipendi)* la podemos definir, por tanto, como la injusta negativa del acreedor a recibir el pago, situación que puede dar lugar a liberar al deudor y a extinguir la obligación por medio de la consignación, siendo requisito previo para la constitución en mora del acreedor, como regla general, el previo ofrecimiento de pago del deudor, tal y como veremos a continuación.

1. El ofrecimiento de pago.

El *ofrecimiento de pago* es la declaración de voluntad, unilateral y recíptica, por la que el deudor declara al acreedor que está dispuesto a cumplir

inmediatamente la obligación y realizar la prestación. Si el acreedor se negara sin razón a admitirlo, el artículo 1176 CC determina que: «*el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida*».

El ofrecimiento de pago no requiere que se lleve a cabo de una forma especial, si bien, puesto que la carga de la prueba la sufre el deudor en caso de controversia sobre su existencia, será conveniente que dicho ofrecimiento de pago quede documentado, preferiblemente en documento público.

Existen determinados supuestos especiales previstos en el párrafo segundo del artículo 1176 CC en los que no es necesario el ofrecimiento de pago como presupuesto de la consignación. Estos supuestos especiales se corresponden con casos en los que el acreedor no es que no quiera recibir el pago, sino que no puede por distintos motivos, siendo tales supuestos los siguientes: (i) ausencia del acreedor; (ii) incapacidad del acreedor; (iii) desacuerdo sobre la titularidad del crédito y (iv) extravió del título de la obligación.

2. La consignación.

La consignación es la puesta a disposición ante la autoridad judicial que hace el deudor de la cosa debida en caso de que el acreedor no quiera (en los supuestos del artículo 1176 CC, primer párrafo) o no pueda (en los supuestos especiales del artículo 1176 CC, segundo párrafo) recibirla.

Se puede decir que se trata de una forma especial de pago o cumplimiento, pues produce el efecto de liberar al deudor y de extinguir la obligación.

Los requisitos para que la consignación produzca los efectos anteriormente referidos son:

- i. El previo ofrecimiento de pago.
- ii. El anuncio previo de la consignación a los interesados.
- iii. La reunión en la consignación de todos los requisitos del pago, esto es, identidad, integridad e indivisibilidad (*vid.* artículo 1177 CC).
- iv. La notificación a los interesados de la realización de la consignación (*vid.* artículo 1178 CC).

Los efectos de la mora del acreedor son, principalmente, los siguientes: (i) la constitución en mora del acreedor excluye la del deudor; (ii) la liberación de la responsabilidad del deudor por consignación de la cosa debida; (iii) la obligación del acreedor de sufrir los riesgos de la pérdida de la cosa o imposibilidad de la prestación; y (iv) la *compensatio morae*.

5.6. FORMAS ESPECIALES DE CUMPLIMIENTO

1. Dación en pago.

En ocasiones puede ocurrir que llegado el momento del cumplimiento de la obligación el deudor no se encuentre en disposición de llevar a cabo la prestación debida. Ante esta situación, en determinadas ocasiones, las partes de la obligación pueden estar de acuerdo en sustituir la prestación debida por otra, aunque dicha posibilidad no se hubiera previsto en el momento de constituir la obligación.

Por ejemplo, Antonio debe a Pedro 50 euros que debe devolverle el 1 de septiembre de 2011. Llegada la fecha de cumplimiento de la obligación Antonio no tiene liquidez para pagar a Pedro lo adeudado porque ha gastado sus últimos ahorros en una entrada para un concierto. Pedro exige a Antonio el pago de la obligación, si bien puesto que Antonio no está en disposición de pagar la deuda, ofrece en pago a Pedro la entrada del concierto, lo que Pedro acepta gustosamente, quedando así extinguida la obligación de pago.

En los casos de *dación en pago*, como el anteriormente expuesto, el deudor, con consentimiento del acreedor, realiza una prestación distinta a la prevista en el momento de constituirse la obligación, si bien surte el efecto de extinguir igualmente la obligación.

2. Pago por cesión de bienes o cesión de bienes para el pago.

El *pago por cesión de bienes*, también llamado *cesión de bienes para el pago*, es una forma especial de cumplimiento consistente en un negocio jurídico por el cual el deudor entrega al acreedor la posesión de sus bienes con el mandato irrevocable de que los enajene y con el precio obtenido por la venta de dichos bienes se haga el pago de la obligación.

Esta posibilidad está prevista en el artículo 1175 CC al establecer que «*el deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas*».

A diferencia de la dación en pago, el pago por cesión de bienes no conlleva, de forma automática, la extinción de la obligación originaria.

El pago o cumplimiento de la obligación no se produce con la cesión de los bienes del deudor sino cuando el acreedor puede aplicar su precio al pago de la obligación, hasta donde llegue, produciéndose, por tanto, la liberación de responsabilidad del deudor únicamente «*por el importe líquido de los bienes cedidos*» (artículo 1175 CC).

Finalmente, debemos destacar que en caso de pluralidad de acreedores de un mismo deudor, la cesión de bienes de éste no puede hacerse en

fraude del resto de acreedores, alterando las preferencias de cobro entre los distintos acreedores.

5.7. OTRAS FORMAS DE EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN

Como se puso de manifiesto anteriormente, la forma de extinción de las obligaciones por antonomasia es el pago o cumplimiento (anteriormente estudiado), si bien existen también otras formas de extinción de la obligación que son: (i) la pérdida de la cosa debida o imposibilidad sobrevenida de la prestación; (ii) la condonación o remisión de la deuda; (iii) la confusión; (iv) la compensación y (v) la novación. Ésta última puede ser tanto una forma de extinción de la obligación (novación extintiva) como una forma de modificación de la obligación (novación modificativa), como veremos.

1. La pérdida de la cosa debida o imposibilidad sobrevenida de la prestación.

El artículo 1156 CC hace referencia a la *pérdida de la cosa debida* como causa de extinción de la obligación (obligación de dar), debiendo entender que dicho precepto incluye, igualmente, el caso de *imposibilidad sobrevenida de la prestación* en caso de que se trate de una obligación de hacer o de no hacer.

En los casos de *obligaciones específicas* es posible que la obligación se extinga por pérdida de la cosa o imposibilidad sobrevenida de llevar a cabo la prestación. Sin embargo, en las *obligaciones genéricas* no es posible la extinción de la obligación por esta causa pues, como vimos, «*genus non perit*» (el género nunca perece).

La característica principal de esta forma de extinción de la obligación es que la *imposibilidad* del cumplimiento sea sobrevenida ya que, en caso contrario, no sería una causa de extinción de la obligación, sino que dicha obligación nunca habría nacido, pues faltaría el requisito de la posibilidad de uno de los elementos esenciales de la obligación (la prestación).

2. La condonación o perdón de la deuda.

La *condonación o perdón de la deuda* es la renuncia gratuita al derecho de crédito por el acreedor.

Como se ha indicado anteriormente, el acreedor tiene el derecho subjetivo a percibir la prestación (derecho de crédito) y, como derecho del acreedor puede renunciar a él, tal y como le permite el artículo 6.2 CC, siempre que dicha renuncia no sea contraria al «*interés o el orden público ni perjudique a terceros*», y confirman los artículos 1187 y 1191 CC que se refieren a esta forma de extinción de las obligaciones.

Por tanto, la intervención del deudor no es necesaria para que la obligación se extinga por condonación del acreedor, si bien el deudor puede ignorar la condonación o, incluso, oponerse a la misma y dar cumplimiento a la obligación. Aún en dicho caso, el derecho del acreedor quedaría extinguido desde su renuncia.

Las características de la condonación son, por tanto, dos: (i) la *unilateralidad*, ya que se trata de una renuncia del acreedor que surte efectos extintivos desde dicho momento y no requiere intervención alguna del deudor; y (ii) la *gratuidad*, ya que en la condonación no cabe contraprestación por el deudor. En tal caso no se trataría de una condonación sino de otra figura distinta como dación en pago, novación, transacción, etc.

La condonación de la deuda puede ser: expresa, tácita o presunta.

La *condonación expresa* es aquella que se hace exteriorizando la voluntad del acreedor de renunciar a su derecho de crédito. El artículo 1187 CC exige una determinada forma para este tipo de condonación debiendo «ajustarse a las formas de la donación».

La *condonación tácita* es aquella que se deduce de un comportamiento o declaración no expresa. Esta forma de condonación deberá interpretarse restrictivamente, al igual que el resto de casos de renuncia de derechos.

La *condonación presunta* consiste en una conducta llevada a cabo por el acreedor, considerada por la ley como una declaración de renuncia de derechos en supuestos muy concretos, siendo éstos los siguientes: (i) por la entrega voluntaria del documento justificativo del crédito del acreedor al deudor (*vid.* artículos 1088 y 1089 CC), y (ii) en los casos en que exista una obligación accesoria de prenda, «cuando la cosa pignorada después de entrega al acreedor se hallare en poder del deudor» (*vid.* artículo 1191 CC).

La condonación, además, puede ser total o parcial. La *condonación total* produce el efecto de extinguir el crédito y, por ende, la obligación y en caso de existir, las obligaciones accesorias a ésta. Por su parte, la *condonación parcial* extingue el crédito en la parte renunciada, subsistiendo la obligación con menor contenido.

Finalmente destacar que la condonación puede ser *rescindida* mediante el ejercicio de la acción revocatoria o pauliana si se ha hecho en fraude de acreedores (*vid.* artículos 1111 y 1291.3º CC).

3. La confusión de derechos.

La confusión de derechos es definida en el artículo 1192 CC como la causa de extinción de la obligación que se produce: «desde que se reúnan en la misma persona los conceptos de acreedor y de deudor».

El fundamento de la confusión es la imposibilidad lógica y estructural de que recaiga en la misma persona las titularidades del acreedor y del deudor de una misma obligación, ya que nadie puede ser acreedor y deudor de sí mismo.

Los requisitos de la confusión son: (i) que la concurrencia sea de acreedor y deudor de la obligación principal (que extinguirá no sólo ésta sino también las accesorias conforme establece el artículo 1193 CC); y (ii) que sea completa y definitiva, es por ello que se exceptúa el caso en el que la confusión tenga lugar en virtud de título de herencia, si ésta ha sido aceptada a beneficio de inventario, ya que nunca posible la confusión en caso de encontrarnos ante patrimonios separados por disposición legal, o cuando la confusión alcanza a un titular mancomunado que sólo la extingue en la parte que le afecta.

La confusión puede ser total, cuando afecta a toda la obligación, o parcial, cuando recae sobre una parte de la obligación o cuando la obligación es mancomunada, como acabamos de ver, extinguiéndose la obligación únicamente en la cuota que corresponde al deudor mancomunado sobre el que recae la posición de deudor y acreedor de la obligación. Por el contrario, si la obligación es solidaria no se plantea esta cuestión ya que, como analizamos anteriormente, la confusión en la persona de uno de los deudores solidarios extingue la obligación, sin perjuicio de las relaciones internas entre ellos.

La confusión se puede dar *inter vivos* o *mortis causa*.

La confusión *inter vivos* puede ser: (i) por transmisión de la obligación (por ejemplo, por la compra por una empresa de otra, que era, a su vez, deudora de la primera); o (ii) por donación universal de bienes del acreedor al deudor, con los límites previsto para ello por la ley.

Por su parte, la confusión *mortis causa* puede darse: (i) por sucesión a título universal, (exceptuándose el caso de aceptación de la herencia a beneficio de inventario); (ii) por sucesión a título particular (como legado del crédito); o (iii) por sucesión simultánea por un tercero en el crédito y la deuda.

4. La compensación.

Existen tres clases de compensación admitidas en el ordenamiento civil español, siendo éstas las siguientes:

(i) La *compensación legal*, que es aquella que se realiza por ministerio de la ley cuando en las obligaciones de cuya compensación se trate, concurren todos y cada uno de los requisitos que se enumeran en los artículos

1195 y 1196 del Código Civil, que, a grandes rasgos, podemos resumir en los siguientes: que sean deudas líquidas, vencidas y exigibles.

El artículo 1195 establece que: «Tendrá lugar la compensación cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra». Además, el artículo 1.196 del mismo cuerpo legal dispone que: «Para que proceda la compensación, es preciso: 1º Que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro; 2º Que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiese designado; 3º Que las dos deudas estén vencidas; 4º Que sean líquidas y exigibles; 5º Que sobre ninguna de ellas haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor».

Es importante destacar que dicha compensación legal opera *ope legis*, recogiendo su efecto en el artículo 1.202 del CC, en los siguientes términos: «El efecto de la compensación es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores».

Por consiguiente, la compensación legal se caracteriza por la *automatización de los efectos extintivos* de la obligación desde que se dan los requisitos de los artículos 1195 y 1196 CC anteriormente transcritos, esto es: (i) la *reciprocidad entre acreedor y deudor, principales y por derecho propio*; (ii) la *homogeneidad* de las prestaciones; (iii) la *exigibilidad* de las deudas; (iv) lo que implica, a su vez, que éstas estén *vencidas*; y (v) la *liquidez* de las deudas.

Se puede entender que la compensación en, en realidad, un pago abreviado, pues evita un doble pago entre el acreedor y el deudor que, a su vez, es deudor y acreedor del otro, siempre que los créditos cumplan los requisitos anteriormente referidos y, claro está, únicamente en la cantidad concurrente, perviviendo la obligación en lo que reste pendiente de pago.

(ii) La *compensación convencional o voluntaria*, que es aquella que se pacta por las partes cuando entre ambas se llega al acuerdo de la compensación en todo o en parte de los créditos concurrentes.

Por tanto, la compensación contractual es la que resulta de los pactos celebrados entre las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad y libertad de contratación del artículo 1255 Código Civil, sin otros límites que los fijados por dicho precepto, esto es, que dicho acuerdo no sea contrario a las leyes, la moral ni al orden público. Por ende, el acuerdo compensatorio funcionará como negocio jurídico en el que los efectos se adaptarán expresamente al contenido de la voluntad de las partes.

(iii) La *compensación judicial*, que es aquella que se produce previa declaración en tal sentido efectuada en resolución judicial, y una vez que, ejercitada demanda en reclamación de una concreta cantidad, la parte demandada proponga, vía reconvencción o de excepción, la existencia de una deuda por la contraparte, pudiendo operar tal compensación aunque en el momento del ejercicio de la acción reconvenccional o de la oposición de la excepción no se den todos los requisitos establecidos en el artículo 1196 del Código Civil, ya que, en este caso, la declaración subsanatoria de los referidos requisitos puede efectuarse dentro del proceso en el que, en último término, se declare la compensación judicial.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 5 de diciembre de 2007 [RJ 2007, 8902], 23 de diciembre de 1991 [RJ 1991, 9476] y 8 de junio de 1998 [RJ 1998, 4284], entre otras muchas) no impone para la compensación judicial que las deudas sean líquidas y exigibles en el momento de plantearse el litigio, como si se exige para la compensación legal. Así pues, los únicos requisitos que exige el Alto Tribunal para la correcta aplicación de la compensación judicial son la concurrencia de créditos y títulos recíprocos, y que las partes sean acreedoras y deudoras por derecho propio, quedando de cuenta del Juzgador la «*aportación subsanatoria del resto de los requisitos*», que se produce dentro del proceso judicial.

5. La novación: extintiva o modificativa.

La novación implica la alteración de un elemento de la obligación. Dicha alteración puede afectar: al propio objeto de la relación obligatoria (*novación objetiva*) o bien puede conllevar la sustitución del acreedor o del deudor por otra persona diferente con intención novatoria (*novación subjetiva*).

Además, podemos diferenciar entre: *novación extintiva* y *novación modificativa*, como veremos a continuación.

La novación puede ser un modo extinción de la obligación que se produce por la modificación de un elemento esencial de la misma de tal índole que se produce la constitución de una nueva obligación que sustituye a la extinguida. En tal caso, nos encontraremos ante una *novación extintiva*.

Si bien, también es posible que se modifique algún elemento de la obligación pero que ello no implique la extinción de la misma. En este otro caso, nos encontraremos ante una *novación modificativa*.

La novación extintiva puede producirse tanto por alteración del objeto (*novación extintiva objetiva*) como por sustitución del sujeto (*novación extintiva subjetiva*).

La *novación objetiva* se puede producir por cambio de objeto, de causa o de condiciones, mientras que la *novación subjetiva* se puede producir tanto por cambio de deudor como por cambio de acreedor.

En ambos casos, debemos tener en cuenta que el artículo 1204 del Código Civil establece que: «*Para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles*».

Efectivamente, para que la novación sea extintiva es necesario que exista un consentimiento o *animus novandi* del acreedor, tal y como establece el artículo 1205 CC, cuyo tenor literal es el siguiente: «*La novación, que consiste en sustituir un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor*».

Por tanto, para que se produzca una novación extintiva, además de recaer la modificación en un elemento esencial de la obligación es necesario que exista un *animus novandi* del acreedor, esto es, que el acreedor preste el consentimiento a la novación, si bien debemos destacar que la Jurisprudencia ha establecido que dicho consentimiento del acreedor puede ser tanto expreso como tácito. Así lo establece el Tribunal Supremo, entre otras, en su sentencia de 20 de mayo de 1997 [RJ 1997, 3890].

El efecto de la novación extintiva será la extinción de la obligación y, por consiguiente, de las obligaciones accesorias a ésta, tal y como establece el artículo 1207 CC. Pero, además, debemos destacar que la extinción de la obligación determina la creación de una nueva obligación que sustituye a la anterior.

Igualmente, es posible, como adelantábamos, que la obligación sufra una modificación de un elemento no esencial de ésta, de modo que no se pueda entender extinguida la obligación sino modificada, por lo que dicha obligación pervivirá pero alterada. En estos supuestos nos encontramos ante una *novación modificativa* de la obligación.

En efecto, el artículo 1.203 del Código Civil recoge, entre los diferentes tipos de modificación de las obligaciones, las siguientes: «*1. Variando su objeto o sus condiciones principales. 2. Sustituyendo la persona del deudor. 3. Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor*».

La *novación modificativa* puede ser, al igual que la extintiva, tanto *objetiva*, cuando la alteración recae sobre un elemento del objeto de la obligación no esencial o circunstancial, como *subjetiva*, cuando se produce un cambio en uno de los sujetos de la obligación si bien dicha alteración no

implica la extinción de la misma, perviviendo la misma obligación pero con distintos sujetos.

6. EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

Como vimos anteriormente, el cumplimiento de la obligación es la realización de la prestación por el deudor a favor del acreedor, con la consiguiente satisfacción de éste y la extinción de la obligación.

Por tanto, en contraposición, el *incumplimiento de la obligación* es la no realización de la prestación o su realización defectuosa o inexacta, por ejemplo si el cumplimiento se realiza, pero se realiza tarde, parcialmente o en una forma distinta a la prevista en la obligación. En todos estos casos no se produce la íntegra satisfacción del acreedor.

6.1. CLASES DE INCUMPLIMIENTO

El *incumplimiento* puede ser *propio o absoluto*, esto es, el incumplimiento propiamente dicho en el que el deudor no realiza la prestación o la realiza de forma totalmente inadecuada e inútil para el acreedor, caracterizados por la imposibilidad futura de ejecutar la prestación. O bien, el *incumplimiento* puede ser *impropio o relativo*, esto es cuando el deudor realiza la prestación pero no lo hace en los mismos términos en los que estaba prevista en la obligación (cumplimiento defectuoso, extemporáneo, parcial, etc.), pero es posible un cumplimiento acorde con el previsto en la obligación en un momento posterior.

Además, también podemos diferenciar entre *incumplimiento total o falta absoluta de cumplimiento*, en el que el deudor nada hace para intentar dar cumplimiento a la obligación, del *cumplimiento defectuoso o inexacto*, en el que el deudor intenta dar cumplimiento a la prestación pero no lo hace de la forma expresamente prevista en la obligación. Como veremos, las consecuencias en cada caso son distintas.

Por otra parte, debemos diferenciar los casos en los que no se lleva a cabo la obligación por *causas no voluntarias o no imputables al deudor*, esto es, aquellos casos en los que resulta imposible el cumplimiento por *caso fortuito o fuerza mayor*, de aquellos casos en los que el incumplimiento se debe a *causas voluntarias o imputables al deudor*, por *mora, culpa o dolo*. Aunque el resultado pueda ser el mismo, esto es, el incumplimiento de la obligación y la no satisfacción del acreedor, en cada caso, las consecuencias serán distintas, tal y como analizaremos a continuación.

6.2. IMPOSIBILIDAD EN EL CUMPLIMIENTO: CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR

El incumplimiento no imputable al deudor es el debido a *caso fortuito o fuerza mayor*. Se trata de acontecimientos imprevistos, o que, aunque hubieran podido preverse, fuera inevitables, que imposibilitan el cumplimiento normal de la obligación, y que no pueden ser imputables al deudor (fenómenos meteorológicos, guerras, etc.).

Tradicionalmente se había distinguido entre el caso fortuito y la fuerza mayor, entendiendo el primero como el suceso que no puede preverse, pero que de haberse previsto se habría podido evitar, y el segundo como un acontecimiento irresistible o inevitable. Sin embargo, actualmente la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia entienden que no hay distinción entre ambos.

Como será analizado en el capítulo siguiente, el deudor en general responde si la obligación se incumple. Sin embargo, en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor se extingue la obligación y es el acreedor el que soporta las consecuencias del incumplimiento, pues no verá satisfecha la prestación y no podrá exigir responsabilidad al deudor, si bien es necesario para entender que estamos ante un supuesto de caso fortuito y fuerza mayor que haya un nexo causal entre el acontecimiento y la imposibilidad del cumplimiento y el daño.

También es posible que el caso fortuito y la fuerza mayor no determine la imposibilidad total de dar cumplimiento a la prestación, sino únicamente su cumplimiento parcial o retrasado. En tal caso, la obligación no se extinguirá y el deudor tendrá que dar cumplimiento a ésta en la parte de la obligación en la que sí sea posible su cumplimiento, o, en caso contrario, incurrirá en responsabilidad.

Entre los supuestos de exención de responsabilidad por caso fortuito y fuerza mayor, en los que no media culpa del deudor, podemos destacar los siguientes: (i) daños en los efectos de los viajeros (*vid.* artículo 1784 CC); y (ii) culpa extracontractual por daños de animales (*vid.* artículo 1.905 CC).

El caso fortuito y la fuerza mayor *no se presume* sino que *deberá ser probado* por quien lo alegue, esto es, por el deudor, tal y como determina el artículo 217 LECiv. El deudor, por tanto, deberá probar los dos elementos que componen el caso fortuito y la fuerza mayor: por una parte la imposibilidad sobrevinida de la prestación y, por otra, la no imputabilidad de ésta al deudor.

Probada la existencia de ambos elementos, la obligación quedará extinguida y el deudor no tendrá que responder. En caso contrario, si el deudor no puede probar la concurrencia de ambos elementos, se presumirá la culpa y no surtirán los efectos del caso fortuito y la fuerza mayor. Por consiguiente, la obligación no se extinguirá y el deudor tendrá que responder por su incumplimiento.

Efectivamente, el artículo 1183 CC recoge una presunción de culpa del deudor de modo que: «*Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.096*».

El artículo 1105 CC, por su parte, determina cuales son los efectos del caso fortuito y la fuerza mayor, y dispone que: «*fuera de los casos expresamente mencionados en la Ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables*».

Del tenor literal del precepto transcrito se desprende que la exoneración de responsabilidad del deudor en los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor no es absoluta ni necesaria en todo caso, sino que hay determinados supuestos en los que no se darán los efectos anteriormente estudiados del caso fortuito y la fuerza mayor, esto es: (i) en los casos expresamente mencionados en la Ley; y (ii) cuando expresamente lo declare la obligación.

El primer supuesto es claramente excepcional limitándose a determinados casos concretos como el del comodato en los que el comodatario responderá incluso del caso fortuito y la fuerza mayor (previsto en los artículos 1744 y 1745 CC). Además, el Código Civil establece que en los casos en los que nos encontremos ante un supuesto de caso fortuito y fuerza mayor, combinado con una conducta culposa o dolosa del deudor, éste no se verá exento de responsabilidad sino que sí será considerado responsable del incumplimiento, tal y como sucede en los supuestos que analizaremos a continuación.

Por una parte, cuando el obligado a entregar una cosa específica en un momento determinado no de cumplimiento en plazo, constituyéndose en mora, y después devenga imposible la entrega de la cosa por caso fortuito y fuerza mayor, en tal caso el deudor deberá responder, tal y como establecen los artículos 1096.3 y 1182 CC.

Por otra, cuando la prestación consista en una obligación de hacer y no sea física o legalmente posible dar cumplimiento a dicha obligación. En

estos casos, si el deudor se hubiera constituido previamente en mora, éste tendrá que responder frente al acreedor, de conformidad con lo previsto en el artículo 1184 CC.

A este respecto debemos tener en consideración que la existencia de caso fortuito y fuerza mayor es, en principio, intrascendente para las obligaciones genéricas ya que, como vimos, «*genus nunquam perit*» (el género nunca perece). En este tipo de obligaciones el deudor no quedará exonerado de su responsabilidad por caso fortuito y fuerza mayor, excepto si ya se produjo la especificación (determinación de la cosa genérica a entregar) de común acuerdo con el acreedor, se ha entregado la cosa en el domicilio del deudor o si el acreedor fuera el que se hallara en mora.

Por último, tampoco se darán los efectos del caso fortuito y la fuerza mayor cuando así lo hayan acordado las partes expresamente, tal y como permite el artículo 1105 CC. Piénsese, por ejemplo, en el contrato de seguro en el que es habitual que las partes acuerden que precisamente cuando se den determinados supuestos que podemos considerar caso fortuito o fuerza mayor (catástrofes naturales, incendios, robos, etc.) será cuando se genere la obligación de responder.

6.3. LA MORA O RETRASO EN EL CUMPLIMIENTO

La *mora* es el retraso culpable en el cumplimiento de la obligación. Se trata de un incumplimiento defectuoso o parcial de modo que el deudor realiza la prestación, es decir, cumple la obligación, pero lo hace tarde, después de haberse constituido en mora.

No todo retraso en el cumplimiento es constitutivo de mora. Es necesario: (i) que sea un retraso imputable al deudor (*mora solvendi* o del deudor), (ii) que ese retraso no haya provocado el incumplimiento total de la obligación (por ejemplo, en las obligaciones de término esencial o si el retraso ha frustrado el fin de la obligación) y (iii) que se den los requisitos del artículo 1100 CC.

El párrafo primero del artículo 1100 CC establece a este respecto que «*incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación*».

El referido precepto establece, a su vez, que en los casos de obligaciones recíprocas comenzará la mora desde el momento en que una de las partes cumpliera sus obligaciones. Efectivamente el párrafo tercero del artículo 1100 prevé que: «*En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurren en mora si el otro no cumple o se allana a cumplir debidamente lo que le*

incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación comienza la mora para el otro».

Del párrafo primero del artículo 1100 CC anteriormente transcrito se deduce que los *requisitos* para que el deudor que se retrasa en el cumplimiento incurra en mora son los siguientes:

- i. Que se trate de una *obligación positiva*, esto es, una obligación de hacer o entregar una cosa.
- ii. Que la deuda sea *exigible*, por tanto, en las obligaciones condicionales o a término dependerá de si se ha cumplido o no la condición, o cuando llegue el término previsto en la obligación, mientras que en las obligaciones puras las mismas serán exigibles inmediatamente. Como vimos al estudiar los requisitos de la compensación, la exigibilidad conlleva que la deuda sea *líquida*, ya que si la deuda no es líquida la misma no puede ser exigible («*in iliquidis non fit mora*»), y habrá que esperar a que la misma se liquide para se pueda exigir su cumplimiento.
- iii. La *culpabilidad del deudor*, ya que, como vimos, si el incumplimiento no es imputable al deudor porque el mismo se ha debido a caso fortuito o fuerza mayor no tendrá que responder (*ex* artículo 1105 CC).
- iv. La constitución en mora: La *intimación o interpelación del acreedor* al deudor. Es necesario para que el deudor se constituya en mora que previamente el acreedor le haya exigido judicial o extrajudicialmente (de cualquier forma) el cumplimiento de la obligación.

Sin embargo, este requisito no se da en todos los casos, sino que el Código Civil prevé una serie de supuestos que suponen una excepción a lo anterior, ya que en los mismos se produce la *mora automática*, sin necesidad de intimación del acreedor al deudor, que son los previstos en el artículo 1100, párrafo segundo, cuyo tenor literal es el siguiente: *No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista: 1º Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente. 2º Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación.*

La importancia de diferenciar entre el deudor que se ha constituido en mora, del mero retraso, radica en los *efectos* de la mora, ya que el deudor moroso quedará obligado a:

- i. *Cumplir la obligación e indemnizar por los daños y perjuicios* causados al acreedor con su retraso, tal y como determina el artículo 1.101 CC: «*Quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurran en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquélla*».

El artículo 1108 CC establece para el caso de encontrarnos ante obligaciones pecuniarias que: «*Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal*».

- ii. *Responder por la falta de cumplimiento de la obligación* incluso en los supuestos de que el cumplimiento deviniera imposible *por caso fortuito y fuerza mayor* con posterioridad al momento de la constitución en mora del deudor, lo que es denominado como «*perpetuatio obligationis*». Por tanto, podemos concluir que el deudor moroso verá agravada su responsabilidad ya que no se verá liberado de su responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor, lo que supone una excepción a la regla general anteriormente estudiada. Así lo prevé el Art 1.096 CC, *in fine*: «*Si el obligado se constituye en mora, o se ha comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diferentes, serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega*».

Por tanto, si el deudor se ha retrasado en el cumplimiento pero no ha sido constituido en mora los efectos serán diferentes, ahí radica la importancia de diferenciar el mero retraso de la mora del deudor. Por una parte, el deudor que no se ha constituido en mora no tendrá que indemnizar por los daños y perjuicios del retraso y, por otra, no tendrá que responder en los supuestos en los que no sea posible el cumplimiento de la obligación por caso fortuito y fuerza mayor, es decir, no tendrá que soportar la «*perpetuatio obligationis*», anteriormente referida.

6.4. LA CULPA

La responsabilidad del deudor por el incumplimiento de la obligación se produce cuando ha mediado *culpa*. A ella se refiere el artículo 1101 del Código Civil como *negligencia*. El referido precepto establece que «*quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquella*».

El artículo 1104 del mismo cuerpo legal define la *culpa o negligencia* como: «*la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia*».

Por tanto, podemos definir la culpa como la actuación sin la debida diligencia. Por tanto, se hace necesario conocer cuál es la diligencia exigible en cada caso para saber cuándo se ha actuado culposamente.

Antiguamente, para determinar cuál era la diligencia exigible la doctrina consideraba que existía una graduación de la culpa, diferenciando entre culpa *lata*, *leve en abstracto*, *leve en concreto* y *levísima*, atendiendo a los distintos grados de diligencia que podía tener una persona. Actualmente podemos entender que dicha doctrina ha sido superada y, una vez más, es en el Código Civil donde encontramos la solución.

En primer lugar, el Código exige al deudor que actúe con la diligencia concreta pactada en la obligación o la que se deduzca de cada caso, y en caso de que nada hayan pactado las partes, el Código exige al deudor que actúe con la diligencia de un buen padre de familia, entendida ésta como la diligencia de una persona sensata y corriente que será la usual en el tráfico y la requerida con el fin de dar cumplimiento normal a la obligación en cuestión que, a su vez, dependerá de las circunstancias de cada persona, del tiempo y del lugar, entre otros factores.

Cuando se produce el incumplimiento de una obligación se presume la culpa del deudor. Esto significa que, salvo prueba en contra de éste, se entenderá que si no se cumplió con la obligación es porque el deudor no actuó con la diligencia debida. Si no fue así, será, bien porque el incumplimiento se debió a caso fortuito y fuerza mayor, en cuyo caso será el deudor el que tendrá que probar que fue así para que no se genere responsabilidad frente a éste; o bien porque el deudor incumplió dolosamente, en cuyo caso será el acreedor, como veremos, el interesado en probar que el deudor actuó con dolo.

Finamente, debemos destacar lo previsto en el artículo 1103 del Código Civil: «*La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los tribunales según los casos*». Lo anterior significa que si bien en los casos de actuación culposa del deudor éste tendrá que responder de los daños causados con su incumplimiento, dicha responsabilidad podrá ser moderada por el Juzgador atendiendo a las circunstancias concurrentes de cada caso,

facultad que no cabe en los casos de actuación dolosa del deudor, como veremos a continuación.

6.5. EL DOLO

El *dolo* se diferencia de la culpa en los siguientes elementos: en el elemento intelectual de la *conciencia* y en el volitivo de la *voluntad* del deudor de incumplir la obligación. Podemos definir el dolo como la actuación del deudor que, consciente y deliberadamente, incumple o cumple anormalmente aquello a lo que está obligado.

Sin embargo, no es un elemento necesario del dolo la intención de causar un daño al acreedor, sino que es suficiente con la conciencia y voluntad del deudor que está incumpliendo su obligación, aunque no sea su intención la de causar un perjuicio al acreedor.

El artículo 1102 del Código Civil establece que «*La responsabilidad procedente de dolo es exigible en toda clase de obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula*».

Por tanto, como veremos al analizar la responsabilidad derivada del incumplimiento, nunca será válida la renuncia anticipada del acreedor a exigir responsabilidad derivada de la actuación dolosa del deudor. Además, en los casos de incumplimiento doloso no se da tampoco la facultad judicial moderadora, como ocurría en los casos de culpa anteriormente estudiados.

Como vimos al estudiar la culpa, ésta se presume. Por tanto, si se produce un incumplimiento del deudor se presumirá que éste ha actuado con culpa, pero no con dolo (es decir que *el dolo no se presume*, al igual que ocurría con el caso fortuito y la fuerza mayor). La parte que lo alegue (el acreedor) tendrá, por tanto, que probar que el deudor actuó dolosamente.

Una vez probado el dolo, la indemnización por daños y perjuicios por la que éste deberá responder podrá ser superior a la que le correspondería si hubiera actuado culposamente, de conformidad con lo previsto en el artículo 1107 CC, el cual determina que: «*Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación*».

Por tanto, el deudor que ha actuado dolosamente también responderá de todos los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de su

obligación, incluso de aquellos que no hubiera podido prever en el momento en el que se constituyó la obligación.

6.6. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO

Como ha sido indicado anteriormente, el deudor responderá como regla general, cuando incurra en dolo, culpa o negligencia, o morosidad, o cuando, de cualquier modo, contravenga el tenor de la obligación. Si bien, el caso fortuito y la fuerza mayor actuarán como causas de exoneración de la responsabilidad para el deudor.

El incumplimiento imputable al deudor no extingue la obligación, sino que determina que el deudor tenga que responder con todo su patrimonio como si hubiera cumplido la obligación, tal y como establece el artículo 1911 CC.

Por ello, en caso de incumplimiento de la obligación por el deudor a éste se le exigirá el *cumplimiento in natura* o *ejecución forzosa de la prestación* mediante la *acción de cumplimiento*, es decir, el cumplimiento de la obligación por el deudor cuando sea posible o a su costa (excepto en los casos de obligaciones *intuitu personae*). En los casos en que no sea posible el cumplimiento de la obligación, se exigirá al deudor el *cumplimiento por equivalencia* mediante la *indemnización por los daños y perjuicios* causados al acreedor con su incumplimiento.

La *acción de cumplimiento* implica la ejecución judicial y forzosa de la prestación cuando el deudor no ha dado cumplimiento a la misma de forma voluntaria, siendo dicha ejecución compatible con el resarcimiento al acreedor de los daños y perjuicios causados. Es posible exigir judicialmente el cumplimiento mediante dicha acción tanto en las obligación de dar, tal y como establece el artículo 1.096 CC: «*Cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor, independientemente de la facultad que le otorga el artículo 1.101, puede compeler al deudor a que realice la entrega*»; como en las obligaciones de hacer, e incluso en las obligaciones de no hacer, con algunas singularidades.

En determinadas obligaciones de hacer como las personalísimas o de término esencial en las que ya se haya incumplido la obligación, no será posible ejercitar la acción de cumplimiento, por lo que sólo cabrá resarcir al acreedor mediante la *indemnización de daños y perjuicios*. Piénsese, por ejemplo, que un coro concreto de fama internacional es contratado para una celebración expresamente pero llegado el momento en el que va a dar comienzo dicha celebración aparece un coro diferente, o bien aparece el

coro contratado pero cuando la celebración ya ha finalizado. En ambos casos, el acreedor ya no estará interesado en ejercitar la acción cumplimiento de la prestación y únicamente exigirá la indemnización por los daños y perjuicios que el incumplimiento le haya causado. En el resto de obligaciones de hacer (no personalísimas) el Código Civil establece que «*si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere se mandará ejecutar a su costa. Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo el tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho*» (Artículo 1098 CC). En el mismo sentido se pronuncia el artículo 1099 CC para las obligaciones de no hacer.

Como carácter subsidiario al cumplimiento se encuentra acción de cumplimiento sustitutivo o por equivalencia mediante la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento. Así lo establece el artículo 1.101 CC cuyo tenor literal es el siguiente: «*Quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados, los que en el cumplimiento de las obligaciones incurran en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contradigan el tenor de aquéllas*». Los requisitos para que proceda la indemnización por daños y perjuicios podemos resumirlos, esencialmente y sin perjuicio de que posterior estudio con mayor detenimiento en el capítulo siguiente, en: (i) incumplimiento culpable o, en su caso, doloso; (ii) imposibilidad de ejecución de forma específica; (iii) daño probado; y (iv) relación causa-efecto entre el incumplimiento y el daño.

Finalmente, en lo que respecta al alcance de la indemnización, el artículo 1.106 CC establece que: «*la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor (...)*». Por tanto, si se dan los requisitos anteriormente referidos, el deudor podrá responder por el daño emergente (daño material y/o daño moral) y por el lucro cesante, tal y como será analizado en el capítulo siguiente.

CASOS PRÁCTICOS Y JURISPRUDENCIA

1. Obligaciones pecuniarias. Intereses. Usura. Apreciación de oficio del Tribunal para declarar la nulidad de un préstamo usurario. Referencia a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, núm. 539/2009, de 14 de julio.

Establece la referida Sentencia del Tribunal Supremo, en su Fundamento de Derecho Tercero, en aplicación del artículo 3 de la Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908, lo siguiente: «*declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar*

tan solo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquélla y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado, precepto que se ha de poner en relación con el artículo 6.3 del Código Civil en cuanto establece que los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención, como es en este caso la fijación legal de la obligación del prestatario de devolver la suma realmente recibida. En consecuencia, la declaración de nulidad del contrato de préstamo usurario produce como efecto fundamental el de que el prestatario está obligado a entregar tan solo lo recibido de tal modo que queda dispensado de pagar cualquier clase de intereses, usurarios o legítimos».

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo en lo que respecta a los préstamos usurarios (en aplicación de la Ley de Represión de la Usura anteriormente referida) se ha declarado favorable a la declaración de nulidad *ex officio* si bien restringiéndola a aquellos casos más graves o extremos en los que la conciencia o sentido del deber del Juzgador se resiste fundadamente a sancionar un resultado claramente ilícito, notoriamente inmoral o socialmente dañoso. Por tanto, serán los tribunales, a instancia de parte o de oficio, los que declaren nulos aquellos acuerdos que contengan un tipo de interés que pueda ser considerado usurario por la jurisprudencia para cada momento.

Un cliente acude a Ud. preocupado porque cree que le están aplicando un tipo de interés usurario. ¿Qué podrá hacer a este respecto? ¿Será necesario que acuda a un procedimiento judicial para que se vean protegidos sus derechos?

2. Novación extintiva. Requisitos para que se produzca la extinción de la obligación por novación.

Como hemos visto, las obligaciones pueden quedar extinguidas por novación subjetiva, por ejemplo, por subrogación de una tercera entidad en la figura del deudor si se dan determinados requisitos, o por novación objetiva, por ejemplo, si existe una modificación esencial del contrato primitivamente suscrito que ha producido un acuerdo esencialmente distinto a los términos en el que se acordó inicialmente la obligación.

Nuestra doctrina jurisprudencial señala que «*es esencial y característica de la novación la sustitución de una relación obligatoria por otra, hecha con el designio de extinguir o modificar la primera, es decir, que a los efectos de ese sustancial cambio obligacional es requisito esencial, para que la novación sea extintiva, la intención de los contratantes, o animus novandi de dar por extinguido el contrato*

primitivo entre ellos existente (...)». Vid. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 864/2002, de 27 de septiembre.

Continúa estableciendo la citada jurisprudencia que el requisito esencial de la novación extintiva es el *animus novandi* de dar por extinguido el contrato primitivo. Adicionalmente, se establece que el *animus novandi* nunca se presume, sino que ha de probarse. Vid. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 411/1996, de 28 de mayo. En virtud de lo anterior, ¿cuáles son los requisitos para entender extinguido una obligación por novación? ¿Qué deberá probar quién solicite la extinción de una obligación por novación? ¿De qué modo podrá probarlo?

3. Incumplimiento doloso de la obligación. Efectos del dolo. Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, núm. 1/2007, de 18 de enero.

Cuando concorra dolo por alguna de las partes contratantes, la otra parte podrá ejercitar, según prevé la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre las que se encuentra la Sentencia de 18 de enero de 2007 referida, las siguientes acciones: la acción de anulación de contrato y reclamación de indemnización de daños y perjuicios; la acción de anulación, sin reclamación de indemnización; y la acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios sin ejercitar la acción de anulación. Según tiene declarado el Tribunal Supremo, al no existir una norma que excluya cualquiera de las tres posibilidades, quedará a voluntad de la parte instante de la acción la facultar de ejercitar aquellas acciones que estime procedentes frente a la parte que actuó dolosamente. ¿En qué supuestos se considera que una persona ha actuado dolosamente? ¿Cuáles son las consecuencias de que se declare que actuó de este modo? ¿Qué acciones recomendaría Ud. ejercitar frente a quién incumplió dolosamente sus obligaciones y por qué?

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M.: *Compendio de Derecho Civil*. 13ª Ed. Edisofer. Madrid, 2007.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. Obligaciones y contratos*. Thomson Reuters-Civitas. Navarra. 2009.

CALVO MEIJIDE, A.: *Derecho Civil Empresarial*. 2ª Ed. Dykinson. Madrid, 2006.

O'CALLAGHAN, X.: *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones*. 7ª Ed. Editorial Universitario Ramón Areces. Madrid, 2012.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones. Volumen Primero. Parte General. Teoría General del Contrato*. 4ª Ed. Dykinson. Madrid. 2007.

- LASARTE, C.: *Curso de Derecho Civil Patrimonial*. 19ª Ed. Tecnos. Madrid, 2013.
- LETE DEL RÍO, J. M. y LETE ACHIRICA, J.: *Derecho de obligaciones: teoría general de la relación obligatoria y del contrato. Derecho de daños*. Tomo I. Aranzadi. 2005.
- MENÉNDEZ, A. y ROJO, A.: *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I. Thomson Reuters-Civitas. Navarra. 2014.
- MONTERROSO CASADO, E.: *Derecho Civil. Derecho de las obligaciones*. 2ª Ed. Ediciones CEF. UDIMA. Madrid. 2015.
- ROCA SASTRE, R. M.: *Estudios de Derecho Privado. Volumen 1. Obligaciones y contratos*. Thomson Reuters-Aranzadi. Pamplona. 2009.



TEMA 5 LOS CONTRATOS

Jesús Alemany Eguidazu

SUMARIO: 1. LOS CONTRATOS. CONCEPTO Y CLASES. 1.1. *Concepto*. 1.2. *Clases de contratos*. 2. ELEMENTOS ESENCIALES Y ACCIDENTALES. 2.1. *Elementos esenciales*. 2.1.1. Consentimiento de los contratantes. 2.1.2. Objeto del contrato. 2.1.3. Causa del contrato. 2.1.4. Forma del contrato. 2.2. *Elementos accidentales*. 3. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS. 3.1. *Conceptos previos*. 3.2. *Criterios de interpretación*. 3.2.1. Interpretación subjetiva. 3.2.2. Interpretación objetiva. 4. NULIDAD, ANULABILIDAD E INEFICACIA. 4.1. *Contrato inexistente*. 4.2. *Contrato viciado*. 4.3. *Contrato ilícito*. 4.3.1. Infracción de principios fundamentales. 4.3.2. Ilegalidad. 4.4. *Contratos en fraude de acreedores*. 4.5. *Contratos lesivos*. 4.6. *Contratos abusivos*. 4.7. *Contratos condicionales*. 4.8. *Contratos frustrados*. 4.9. *Contratos terminados*. 5. INCUMPLIMIENTO Y SUS EFECTOS. 5.1. *Incumplimiento*. 5.2. *Efectos del incumplimiento*. BIBLIOGRAFÍA.

1. LOS CONTRATOS. CONCEPTO Y CLASES

1.1. CONCEPTO

Concepto. Un *contrato* es un acuerdo dirigido a crear una relación jurídica obligatoria o a tener algún otro efecto jurídico.

Significados. La palabra «contrato» tiene varios sentidos. (1) Contrato en el sentido de *acuerdo*, que es el aquí empleado. El contrato es fuente de obligaciones (artículo 1089 CC), las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y las obligaciones contractuales deben cumplirse a tenor de los propios contratos (artículo 1091 CC; contrato como *lex privata*). (2) Contrato en el sentido de *relación contractual* –relación jurídica que nace del contrato–. (3) Contrato en el sentido de *documento* que establece los términos del acuerdo.

Efecto jurídico del contrato. Un contrato no solo tiende a crear derechos y obligaciones. Hay contratos que pueden tener otros efectos jurídicos. Por ejemplo, un contrato puede modificar o extinguir un contrato anterior, o puede servir para transmitir la propiedad u otro derecho (*contrato traslativo*), o para ceder un derecho o renunciarlo.

Acto jurídico. Un *acto jurídico* es cualquier declaración o acuerdo, sea expreso o implícito en una conducta, que como tal pretende tener efecto jurídico. El concepto de acto jurídico es más amplio que el de contrato porque comprende los contratos pero también muchas *declaraciones de voluntad unilaterales* enderezadas a tener efectos jurídicos: la oferta de contrato, la declaración de aceptación de la oferta, las promesas –compromisos vinculantes sin necesidad de aceptación (*v. gr.* la promesa pública de recompensa)–, apoderamientos, licencias o autorizaciones, ratificaciones o aprobaciones, desistimientos, revocaciones, terminaciones, otorgamiento de derechos, cesiones o renunciaciones unilaterales de derechos. Algunos de estos actos jurídicos unilaterales pueden originar un contrato cuando se produzca la aceptación de la otra parte.

Partes de un contrato o de un acto jurídico. Los *contratos* normalmente son bilaterales –con dos contratantes– (*v. gr.* compraventa); aunque también pueden ser plurilaterales (frecuentemente, las sociedades). Diversamente, los *actos jurídicos* también pueden ser unilaterales (*v. gr.* testamento, reconocimiento de deuda).

Negocio jurídico. En algunos países, como España, se emplea el término «negocio jurídico». Un *negocio jurídico* es la declaración de voluntad, de una o más personas, a la que la ley reconoce efectos jurídicos. El negocio jurídico es una categoría intermedia entre la de acto jurídico y la de contrato. Es un concepto más restringido que el de acto jurídico pues exige una declaración de voluntad expresa; pero es un concepto más amplio que el de contrato pues el negocio jurídico también puede ser unilateral (*v. gr.* testamento). Así, el *contrato* puede definirse como un negocio jurídico bilateral (o multilateral) productor de obligaciones.

Autonomía privada. La autonomía privada (o autonomía de la voluntad) es un principio básico del Derecho privado. La autonomía privada supone que las personas son libres de elegir con quién contratan, si contratan o no (*libertad de contratar*) y que gozan de *libertad contractual* para determinar el contenido del contrato. En nuestro Ordenamiento, la libertad contractual se expresa así: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público» (artículo 1255 CC).

Límites a la autonomía privada. La autonomía privada no es absoluta. Los límites a la autonomía privada son de tres tipos: (1º) *Límites extrínsecos*: son la ley, la moral y el orden público. (a) Debe tratarse de una *ley imperativa* y no dispositiva, porque los contratantes pueden excluir la aplicación de la ley dispositiva o variar sus efectos. En Derecho privado,

en general, la ley es dispositiva salvo que la misma ley establezca otra cosa o pueda deducirse de su contenido. (b) El juego de la *moral* como límite a la libertad contractual es infrecuente porque los valores morales estarán normalmente incorporados a la ley imperativa. (c) El *orden público* es el conjunto de principios informadores del orden social que constituyen un límite a la libertad de pactos (*v. gr.* no puede contratarse válidamente el transporte de esclavos o la organización de la convivencia en poligamia). (2º) *Límites intrínsecos al ejercicio de los derechos*: el contrato no puede suponer un abuso de derecho o un ejercicio antisocial de la autonomía privada (artículo 7.2 CC) (*v. gr.* sería ilícito comprar todos los bollos de la cafetería de la Universidad, sin ánimo de comerlos y solo de privar del desayuno a otros alumnos). (3º) *Límites conceptuales*: las partes no pueden desnaturalizar los conceptos jurídicos (*v. gr.* la entrega de dinero sin ánimo de reclamar la restitución no es préstamo sino donación, aunque las partes lo llamen préstamo).

Efecto vinculante. La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno solo de los contratantes (artículo 1256 CC, positivizando el principio de la *necitas*). Los contratos deben ser cumplidos (*pacta sunt servanda; stare pactis*). Ahora bien, un contrato válido es obligatorio para las partes pero solo para las partes. El *principio de relatividad de los contratos* implica que, como regla general, «los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos» (artículo 1257 CC). En consecuencia, ni los contratantes pueden imponer obligaciones a terceros (como mucho, se puede prometer el hecho ajeno) ni los terceros adquieren derechos en virtud del contrato (salvo en un contrato a favor de tercero). Esto sin perjuicio de la obligación que todos tenemos de respetar el cumplimiento de los contratos ajenos. También vincula la *asunción de obligaciones* para la persona que quiera obligarse sin exigir una aceptación (*v. gr.* promesa de recompensa de 500 € a quien encuentre mi perro). Finalmente, el efecto vinculante no impide la modificación o la terminación de cualquier derecho u obligación contractual por acuerdo de los contratantes o según las previsiones legales.

1.2. CLASES DE CONTRATOS

Contrato restringido/forzoso. Afectando a la libertad de contratar, *contrato restringido* es el que solo puede perfeccionarse por determinadas personas (*v. gr.* compraventa de droga) o en determinadas circunstancias o con autorización gubernativa (*v. gr.* compraventa de armas). El llamado *contrato forzoso* es el que se impone el deber de celebrar, normalmente por normas

administrativas (*v. gr.* a los concesionarios de servicios públicos) pero también algunas civiles (*v. gr.* el depósito necesario o la fianza judicial).

Precontrato. Un precontrato (o contrato preliminar o preparatorio) es un negocio por el que una parte concede a la otra la facultad de exigir la perfección del contrato proyectado (precontrato unilateral) o ambas partes se conceden recíprocamente esa facultad (precontrato bilateral). Por ejemplo, a cambio de una prima, el equipo de fútbol A concede al B una opción de compra sobre el jugador X al cabo de un año y por un precio de ejercicio de 10 M €. O bien, como opción bilateral, el equipo de fútbol A concede al B tal opción de compra y, en contrapartida, el equipo de fútbol B concede al A la opción de venderle el mismo jugador en las mismas condiciones u otras.

Contrato marco. Un contrato marco (o contrato normativo) es el que establece las bases del contenido de contratos individuales futuros. Por ejemplo, un contrato marco de operaciones financieras (CMOF) entre un banco y una empresa contiene las condiciones generales de futuros contratos individuales (o confirmaciones), como contratos de swap u otros financieros.

Contrato de adhesión. A diferencia del *contrato por negociación*, como un límite a la libertad contractual (imposición del contenido), el *contrato de adhesión* se constituye por el mero consentimiento de una parte, que acepta sin discusión los contenidos de la oferta de la otra parte. Esto es lo que hay, lo tomas o lo dejas. Frecuentemente, los contratos de adhesión contienen *condiciones generales de la contratación*—cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos (artículo 1 Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación)—.

Contrato unilateral/bilateral/plurilateral. En el *contrato unilateral* surgen obligaciones para una de las partes (*v. gr.* en el préstamo para el prestatario, en el depósito para el depositario o en la donación para el donante). En el *contrato bilateral* (en el sentido de sinalagmático) surgen obligaciones recíprocas entre las partes (*v. gr.* en la compraventa, la obligación del vendedor es entregar la cosa y la del comprador pagar el precio; siendo también bilaterales, entre muchos, la permuta o el arrendamiento). Una modalidad es la de los contratos bilaterales imperfectos (o *ex post facto*) que son unilaterales pero pueden convertirse en bilaterales por un hecho acaecido durante el cumplimiento del contrato (*v. gr.* el comodato [o préstamo de uso] es unilateral pero el comodante tiene la obligación de reembolsar al comodatario los gastos extraordinarios de conservación de la cosa).

Finalmente, se habla de *contrato plurilateral* no solo en el sentido de tener varios contratantes sino también en el sentido de contrato de colaboración para una finalidad común (*v. gr.* el contrato de sociedad).

Contrato oneroso/gratuito. El *contrato oneroso* implica alguna contraprestación (*v. gr.* en el arrendamiento, el arrendador debe poner a disposición la cosa y el arrendatario pagar la renta). El *contrato gratuito* no requiere contraprestación (*v. gr.* donación, mandato). Los contratos bilaterales son siempre onerosos pero no todos los onerosos son bilaterales (*v. gr.* el préstamo es unilateral y gratuito, pero es oneroso si el prestatario debe pagar un interés).

Contrato conmutativo/aleatorio. *Contrato conmutativo* es el contrato bilateral en que las prestaciones recíprocas están determinadas. En el *contrato aleatorio*, una de las prestaciones consiste en un hecho fortuito o eventual (*v. gr.* el contrato de seguro, el de juego o apuesta, la renta vitalicia o la compraventa de cosa futura).

Contrato consensual/real/formal. El *contrato consensual* se perfecciona por el solo consentimiento. Es la regla por defecto en nuestro sistema (artículo 1258 CC). *Contrato real* es el que, para nacer las obligaciones, requiere, además del consentimiento, la entrega de cosas (*v. gr.* el simple préstamo [o mutuo], el comodato, la prenda y el depósito). *Contrato formal* es el que precisa una determinada formalidad para su perfección, como la forma escrita o determinadas solemnidades como testigos o una escritura pública (*v. gr.* la donación de inmuebles).

Contrato de tracto único/sucesivo/continuo. Contrato de *tracto único* es el que produce obligaciones de ejecución instantánea (*v. gr.* compraventa, salvo precio aplazado). Contrato de *tracto sucesivo* es el de ejecución periódica (*v. gr.* renta mensual del arrendamiento). Contrato de *tracto continuo* es el de obligaciones de ejecución permanente (*v. gr.* suministro residencial de agua).

Contrato típico/innominado. *Contrato típico* es el regulado por ley. En ocasiones, la ley menciona o nombra el contrato sin desarrollar su contenido (*v. gr.* arrendamiento financiero [o *leasing*]). *Contrato innominado* es el que, sin adaptarse a los que tienen nombre en la ley, celebran las partes usando la libertad de pactar. Algunos contratos innominados son tan comunes que han alcanzado «tipicidad social» (*v. gr.* el transporte colaborativo). Normalmente, la atipicidad es transitoria, hasta que el Legislador toma razón de su existencia para disponer una regulación.

Contrato mixto. *Contrato mixto* (o complejo) es el que contiene partes coincidentes con dos o más contratos típicos (*v. gr.* contrato de venta de

animal con servicios de adiestramiento) o bien una parte coincidente con la de un contrato típico y el resto que solo se sujeta a las normas generales aplicables a todo contrato (*v. gr.* contrato de donación con obligación de abstenerse de determinada conducta). Los contratos mixtos se rigen, a menos que esto sea contrario a la naturaleza y finalidad del contrato, por la acumulación de normativas de los contratos típicos relevantes, con las adaptaciones apropiadas. Esto, a menos que la ley disponga que el contrato típico debe quedar sujeto al régimen jurídico de un determinado contrato o que fuera irrazonable desconocer la preponderancia de una de las prestaciones (*v. gr.* en una venta de lavadora con transporte al domicilio, prepondera el aspecto de compraventa). Del contrato mixto se distingue la categoría de los *contratos coligados* (o funcionalmente conexos), como combinación de contratos que se conectan entre sí por razones jurídicas (*v. gr.* el contrato de sociedad y los pactos parasociales) o económicas (*v. gr.* un curso de enseñanza y la financiación para tal curso).

2. ELEMENTOS ESENCIALES Y ACCIDENTALES

2.1. ELEMENTOS ESENCIALES

Enumeración. Los elementos esenciales del contrato son (artículo 1261 CC): (1º) consentimiento de los contratantes; (2º) objeto cierto que sea materia del contrato; (3º) causa de la obligación que se establezca. Además, (4º) la forma si el contrato es formal o la entrega de la cosa si el contrato es real.

2.1.1. Consentimiento de los contratantes

Fases del contrato. En la vida del contrato se distinguen fases sucesivas. (1º) *Tratos previos* a la perfección, que no producen obligaciones. Por excepción, la ruptura injustificada de tratos puede obligar a indemnizar los gastos incurridos. (2º) *Perfección* (o conclusión) del contrato, que produce el nacimiento a la vida jurídica. (3º) *Consumación* (o ejecución) del contrato, por el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Manifestación del consentimiento. La *declaración de voluntad*—conducta humana con el propósito de llevar a conocimiento de otra persona la voluntad del declarante— puede instrumentarse con palabras o por otros hechos externos igualmente significativos. El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

Momento de conclusión. Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó (*contratos a distancia*), hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no puede ignorarla sin faltar a la buena fe.

Oferta. Una propuesta se califica como oferta cuando (i) se pretende concluir un contrato si la otra parte la acepta y (ii) contiene unos términos suficientemente definidos para formar un contrato. Las ofertas pueden hacerse a una o más personas específicas o al público. Las ofertas pueden ser *revocadas* antes de la emisión de la aceptación, a menos que la oferta sea irrevocable o que la oferta fije un plazo para su aceptación o que el destinatario de la oferta hubiera ya actuado confiando razonablemente en la irrevocabilidad de la oferta. Finalmente, la oferta caduca cuando un eventual rechazo de la oferta llega al oferente.

Aceptación. Cualquier forma de declaración o de conducta del destinatario de la oferta es una aceptación si indica el asentimiento a la oferta. El *silencio* o la inactividad no equivalen, por sí mismos, a una aceptación. El contenido de la aceptación debe coincidir con el de la oferta (*regla del espejo*) porque la alteración por el destinatario de la oferta de los términos de la oferta supone un rechazo y una nueva oferta.

Discordancia entre voluntad y declaración. La discordancia entre voluntad (interna) y declaración (externa) se puede producir en los casos de error obstativo, reserva mental o broma. *a)* El *error obstativo* es una discordancia inconsciente entre la voluntad y la declaración (*v. gr.* A declara contraer matrimonio con X cuando quiere hacerlo con B). Entonces, el contrato no existirá. *b)* La *reserva mental* es la intención restrictiva del juramento, promesa o declaración, al tiempo de formularlos (*v. gr.* A consiente matrimonio con B, cruzando los dedos). Empero, el contrato será eficaz por la seguridad del tráfico, por la responsabilidad del autor de la declaración y por la protección de la confianza del destinatario. *c)* La declaración en broma (*iocandi causa*) o, en general, sin pretender concluir un contrato (*v. gr.* en representación teatral) no integra un consentimiento aunque podría generar responsabilidad si la falta de seriedad no es advertida por el destinatario.

Vicios del consentimiento. Los vicios que afectan al consentimiento o a la voluntad son la incapacidad, el error, el dolo, la violencia, la intimidación y la ventaja desleal.

Incapacidad. La falta de razón o incapacidad para contratar es la carencia de aptitud legal o natural para contratar. La capacidad para contratar coincide sustancialmente con la capacidad general de obrar. Por lo común,

son incapaces los menores de edad, las personas con capacidad modificada judicialmente, así como las personas no incapacitadas con enfermedades mentales o disminución psíquica siempre que se pruebe la incidencia de su enfermedad o disminución psíquica en el contrato. También se aprecia incapacidad en quienes contratan en un estado transitorio de incapacidad (intoxicación, hipnosis).

Prohibiciones. Ciertas personas, aun capaces, no pueden celebrar determinados tipos de contrato. Por ejemplo, el tutor no puede comprar bienes del tutelado, ni el mandatario los bienes confiados, ni el funcionario los bienes públicos administrados.

Violencia. La violencia extrínseca (o coacción física) es la fuerza bruta o material que, siendo absoluta (*v. gr.* mano arrastrada para la firma), mata la voluntad y elimina el consentimiento, privando de la libertad de contratar. Solo el que puede aceptar, puede rechazar. A esta situación se asimilan los casos de violencia por terror o privación total de libertad moral (*v. gr.* declaración obtenida apuntando con un arma). La violencia debe ser irresistible para eliminar el consentimiento.

Intimidación. La intimidación (o amenaza o coacción psíquica) es la que infunde temor o miedo en el contratante de un mal injusto, inminente y grave para el caso de no contratar. La coacción, expresa o tácita, debe ser ilegítima o inaceptable. Precisamos que no toda acción lícita es legítima; la amenaza de una acción legal puede ser ilegítima si es abusiva por no ser la manera adecuada de obtener el beneficio pretendido. Por ejemplo, A extorsiona a B con denunciarle por maltrato a menos que le venda la vivienda conyugal a precio vil.

Error. El error como vicio de la voluntad («error-vicio») produce la formación de la voluntad (interna) sobre la base de una creencia inexacta o una ignorancia. El contratante puede anular el contrato por error, de hecho o de Derecho, bajo determinados requisitos cumulativos: (i) El error debe existir al tiempo de conclusión del contrato. No es relevante el error de previsión. (ii) El error debe ser decisivo. El error es decisivo cuando el contratante, si no fuera por el error, no hubiera concluido el contrato (*error causante*) o lo hubiera hecho en términos fundamentalmente diferentes (*error esencial* o fundamental). (iii) El error debe ser conocido o reconocible por la contraparte. (iv) El error debe ser imputable a la contraparte. (v) El error debe ser excusable. *Error excusable* es el que no puede desvanecerse empleando una diligencia adecuada. (vi) El error debe ser ajeno a los riesgos contractuales asumidos por las partes. Por ejemplo, quien compra una acción cotizada asume el riesgo de bajada de la cotización.

Dolo. Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho. El dolo invalidante es el dolo causante, grave (ya se entienda la gravedad como causación del contrato o bien que el dolo recaiga sobre los elementos principales del contrato) y unilateral. El dolo de un contrato que se hubiera hecho en otras circunstancias (*dolo incidental*) no invalida el contrato. Además, hay dolos tan nimios que no se reprenden, como el dolo sobreentendido (*dolus bonus*), la solercia o los artificios que el tráfico tolera (*v. gr.* el detergente que lava más blanco). El engaño puede ejecutarse mediante palabras o por la conducta (maquinaciones), o por *reticencia dolosa* –no revelar cualquier información exigida por deberes materiales como la buena fe, o por cualquier deber legal de informar–.

Ventaja desleal. El contratante no consiente libremente si, en el momento de contratar, [i] el contratante era dependiente o mantenía una relación de confianza con la otra parte, estaba en dificultades económicas o tenía necesidades urgentes o era incauto, ignorante, inexperimentado o inadaptado para la negociación; y [ii] la otra parte conoció o podría razonablemente esperarse que conociera esto y, dadas las circunstancias y finalidad del contrato, explotó la situación del contratante tomando un beneficio excesivo o una ventaja groseramente injusta. Aunque la institución de la ventaja desleal por explotación abusiva o influencia indebida es de aplicación general, solo tiene un reconocimiento fragmentario en nuestra legislación, como en materia de protección de consumidores, competencia desleal o represión de la usura.

2.1.2. Objeto del contrato

Noción. En general, el objeto del contrato son los intereses que el contrato regula. En sentido descendente (1º) el objeto de cualquier contrato son las obligaciones de las partes. A su vez (2º) el objeto de las obligaciones son las *prestaciones* contractuales a que se obligan los contratantes. Tradicionalmente (3º) se distinguen las prestaciones de dar, hacer o no hacer alguna cosa o servicio.

Requisitos. Los requisitos de la prestación son los siguientes: (i) *Posibilidad*: no pueden ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles. La imposibilidad puede ser objetiva (*v. gr.* venta de unicornio) o subjetiva (*v. gr.* compra de rifle por infante). Las cosas futuras son posibles (*v. gr.* naranjas de la próxima cosecha) pero, por ejemplo, se prohíbe en general negocios sobre la herencia futura, la donación de bienes futuros o la cesión de los derechos de explotación de obras literarias futuras. (ii) *Licitud*: no

pueden ser objeto de contrato las cosas que están fuera del comercio, por ejemplo, las de dominio público (*v. gr.* una playa), las inapropiables (*v. gr.* el aire que respiramos), las indisponibles (*v. gr.* órganos humanos) o las de comercio prohibido o restringido (*v. gr.* drogas). Pueden ser objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes (*v. gr.* incontractable el servicio de interceptación de conversaciones telefónicas) o a las buenas costumbres (*v. gr.* incontractables los servicios contrarios a la dignidad de la persona). (iii) *Determinabilidad*: el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie, sin lugar a confusión de un objeto con otro, lo que permite la contratación sobre cuerpos ciertos o por referencia a un género (*v. gr.* un kilo de cebada cervecera). La indeterminación en la cantidad no obsta la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes.

Vías de determinación del objeto. El principio de conservación del contrato (*favor negotii*) admite la determinación del objeto, además de prefijarlo por pacto o por aplicación de normas (*v. gr.* aranceles), por otras vías siempre que se llegue a resultados razonables. Así, el objeto puede determinarse por referencia a otra cosa cierta, como pueda ser la cotización de un mercado (*v. gr.* de una acción en bolsa o el interés de un préstamo referenciado al Euribor), los usos del lugar o dictamen de peritos.

2.1.3. Causa del contrato

Noción. Por influjo de la doctrina francesa, nuestro Código exige la causa como elemento esencial de los contratos. La noción de causa, en síntesis, sirve para valorar jurídicamente cada negocio atendiendo al resultado que con él se busca (causa objetiva del negocio) o que se hayan propuesto los contratantes (causa subjetiva del negocio). La *causa objetiva* (o causa de la obligación) es la función económico-social o práctica de cada negocio (*v. gr.* en la permuta, el cambio de una cosa por otra). La *causa subjetiva* (o causa del contrato) es el fin común perseguido en el negocio por las partes (*v. gr.* en una compraventa, la transmisión de la propiedad de A a B).

Relevancia de la causa objetiva. Los contratos típicos (o con causa típica) no plantean objeciones de validez de la causa, al estar expresamente contemplados por el Legislador. No obstante, las causas objetivas de los negocios son *numerus apertus*. Junto a causas típicas de los contratos legislados, la autonomía privada puede llevar a perfeccionar negocios atípicos, sujetos a los límites generales de todo contrato.

Relevancia de la causa subjetiva. Los contratos sirven a un *continuum* de fines (inmediatos, mediatos, remotos), algunos de los cuales serán

jurídicamente relevantes, por su proximidad, para entender o no cumplido el fin que los contratantes se proponen. Por ejemplo, el comprador paga el precio para recibir la contraprestación sinalagmática consistente en la entrega de la cosa (fin inmediato) y, así, convertirse en propietario de un vehículo (fin mediato) que, además, puede desear que sea el más lujoso del vecindario (fin remoto). Los contratos sin causa no producen efecto alguno. En general, para que las prestaciones contractuales se consoliden basta alcanzar el fin inmediato. No obstante, los contratantes pueden exigir también que se alcance el fin mediato (móvil causalizado, *doctrina de la causa concreta*). Además, si el fin mediato es ilícito también lo será el negocio. Al margen de la causa, quedan irrelevantes los fines remotos (*móviles* o simples motivos).

Simulación. (a) En el contrato con *simulación absoluta*, los contratantes aparentan un determinado contrato sin querer celebrar ninguno (*v. gr.* se simula una venta de bienes o prestación de servicios para blanquear dinero). Los contratos simulados absolutamente carecen de causa subjetiva y no hay contrato. (b) En el contrato con *simulación relativa*, los contratantes aparentan un determinado tipo de contrato encubriendo otro de distinta naturaleza (*v. gr.* un contrato de colaboración mercantil disimula una relación laboral). Los contratos simulados relativamente están afectados por un vicio de la causa objetiva, aplicándose la disciplina del contrato oculto. (c) Por otra parte, la *simulación fraudulenta* tiene por finalidad el fraude a los acreedores de uno de los contratantes. Suele presentarse bien como una enajenación en la que el deudor retiene la propiedad aparentando no ser ya titular de los bienes supuestamente transmitidos (simulación absoluta); o bien el deudor dona y transmite la propiedad favoreciendo a un tercero próximo, mediante una aparente compraventa sin recibir el precio o por un precio irrisorio (simulación relativa). Finalmente, dejamos apuntado que la simulación no confesada se prueba, normalmente, por indicios.

2.1.4. Forma del contrato

Forma del contrato. La forma es la manera externa de manifestarse el contrato. El negocio puede manifestarse en forma oral o en forma escrita. La forma escrita puede plasmarse en documento privado –escrito que firma el contratante– o documento público –escrito autorizado por notario (escritura pública) o funcionario público competente–.

Sistemas de contratación. Según el *sistema formalista*, propio de los Derechos arcaicos, el contrato precisa para existir de determinados ritos o solemnidades. El *sistema espiritualista* avanza con el reconocimiento de

la trascendencia de la voluntad individual como fuente de obligaciones, luego el mero consentimiento perfecciona el contrato. Los Ordenamientos modernos responden a un *sistema ecléctico* con numerosas excepciones al principio del consentimiento como los contratos reales –exigen la entrega de la cosa– o los contratos formales (o solemnes) que deben llenar una determinada forma.

Libertad de forma. La regla general en nuestro Derecho, aunque devorada por excepciones, es que los contratos son obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez (artículo 1278 CC). No obstante, son contratos reales algunos como el préstamo y el depósito. Además, entre otros, precisan la forma especial de la escritura pública contratos como la donación de inmuebles o la aportación de inmuebles a una sociedad.

Forma *ad probationem*. Supuesto que la forma no sea esencial, los contratantes pueden compelerse recíprocamente a que conste en documento privado o público, entre otros muchos negocios: (1º) Los contratos que tengan por objeto derechos reales sobre bienes inmuebles; (2º) los arrendamientos de inmuebles; (3º) los apoderamientos; (4º) los contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 9,01 euros. Además, la incorporación de condiciones generales a los contratos determina, normalmente, su redacción escrita.

2.2. ELEMENTOS ACCIDENTALES

Noción. Tradicionalmente, se llama elementos accidentales del negocio jurídico a aquellas determinaciones de la voluntad de las partes dirigidas a modificar el contenido normal del negocio. A diferencia de los elementos esenciales, no son necesarios para la existencia del negocio. Estas determinaciones (o cláusulas accesorias) pueden variar hasta el infinito pero merecen mención la condición (*vid.* obligaciones condicionales en tema 4.3), el término (*vid.* obligaciones a plazo en tema 4.3) y el modo. Los negocios no afectados por estas determinaciones se denominan *puros* o simples.

Modo. El modo es la determinación accesoria agregada a un acto de liberalidad y por la cual queda obligado el adquirente a realizar una prestación a favor del disponente o de un tercero. Por ejemplo, A dona una vivienda a su hijo B con la carga de tener al donante en su compañía y cuidar de su manutención. Otro ejemplo: A cede el uso de un vehículo a

B, sin cobrarle alquiler pero con la carga de llevar y recoger del colegio diariamente a los hijos de A. La condición suspende pero no constriñe; el modo constriñe pero no suspende. Las notas características del modo son la obligatoriedad, la gratuidad del negocio al que se incorpora (al menos liberalidad parcial) y la accesoriedad, lo que lo diferencia de una contraprestación y de la condición. Los efectos del modo se reducen a la obligación de cumplirlo y a la revocación de la disposición principal en caso de incumplimiento del modo.

3. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

3.1. CONCEPTOS PREVIOS

Interpretación. Según el Diccionario, *interpretar* es «explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto», «explicar acciones, dichos o sucesos que pueden ser entendidos de diferentes modos». La *interpretación jurídica* es el examen de los hechos externos a fin de establecer su significación jurídica, es decir, fijar los efectos jurídicos de la declaración de voluntad. En caso de *divergencia en el entendimiento* de un contrato por los contratantes, para conservar el negocio, debe recurrirse a una *interpretación normativa*, es decir, cómo ha de entenderse el contenido contractual a la luz de las normas de interpretación aplicables (también llamadas criterios o cánones hermenéuticos).

Integración. *Calificar* es incluir el contrato en un tipo contractual. *Integrar* es completar las previsiones del contrato para una circunstancia imprevista en el clausulado. Por ejemplo, si las partes no pactaron un interés de demora debe integrarse con el interés legal (artículo 1108 CC). Frecuentemente, la calificación evita la integración de lo pactado pues la propia ley contiene una regulación suficientemente completa. En otro caso, la integración del contrato puede derivarse de un nuevo acuerdo expreso o tácito de las partes, de otras reglas de Derecho, de prácticas establecidas entre las partes o de los usos en función interpretativa. Finalmente, en su caso tendrán que dirimir la cuestión los tribunales. Cuando sea necesario proveer sobre una materia que las partes no hayan previsto o atendido, los tribunales pueden implicar una cláusula adicional tomando en consideración, particularmente: (a) la naturaleza y finalidad del contrato, (b) las circunstancias en las que el contrato se concluyó; y (c) las exigencias de la buena fe y los tratos honestos. Cualquier integración deberá, de ser posible, hacer efectivo lo que las partes hubieran probablemente acordado si hubieran atendido la cuestión omitida.

3.2. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN

3.2.1. Interpretación subjetiva

Interpretación literal. La letra es el punto de partida en toda interpretación. Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.

Intención común. No siempre la letra es el punto de llegada de la interpretación; como sucede cuando debe prevalecer la *interpretación subjetiva* –indagación del pensamiento de los autores de la regla contractual–. Precisamente, por el principio de búsqueda de la *voluntad real* (*voluntas spectanda*), los contratos deben ser interpretados de acuerdo con la intención común de las partes, incluso si esto difiere del significado literal de las palabras. Hay que tener en cuenta lo que se quiere más que lo que se dice. Por ejemplo, la realidad económica de las operaciones puede llevar a recalificar los contratos contra el nombre asignado por las partes.

Interpretación ajustada a la intención. Como derivación de la interpretación subjetiva y desde la consideración de que una obligación es una restricción de la libertad individual, cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar.

Voluntad sobrentendida. Si una parte pretendió que el contrato, o un término o expresión utilizados en él, tuviera un significado particular y en el momento de conclusión del contrato la contraparte era consciente o podía esperarse razonablemente que fuera consciente de la intención de la primera parte, el contrato debe ser interpretado de la manera pretendida por la primera parte. Por ejemplo, si A pone en venta una vivienda por 1 M € negociables y, por *lapsus calami*, B remite una oferta por 90 M € al no separar con un punto los céntimos de los euros, deberá entenderse que la oferta de B es, propiamente, por 900 000 €.

3.2.2. Interpretación objetiva

Interpretación objetiva. La *interpretación objetiva* (o «voluntad jurídica») procura eliminar las dudas y ambigüedades de la declaración contractual atribuyendo a la misma un sentido y un significado obtenido a través de criterios objetivos. Se trata de establecer el significado que una persona razonable daría al contrato en dos situaciones: (a) si la interpretación subjetiva no permite establecer una intención; o (b) si la cuestión surge con una persona que no es parte en el contrato o que legalmente no tiene

mejor derecho que un contratante y que ha confiado, razonablemente y de buena fe, en el significado aparente del contrato.

Circunstancias relevantes. En la interpretación del contrato debe considerarse, en particular y a título enunciativo: *a)* las *circunstancias* en las que se concluyó, incluyendo las negociaciones preliminares; *b)* la *conducta de las partes*, incluso las que sigan a la conclusión del contrato; *c)* la interpretación que hubieran ya conferido los contratantes a los términos o expresiones iguales o similares a aquellas usadas en el contrato (argumento de *constancia terminológica*) y las prácticas que los contratantes hubieran establecido entre sí; *d)* el significado comúnmente dado a tales términos o expresiones en el *sector* de actividad concernido y la interpretación que tales términos o expresiones pudieran haber recibido; *e)* [*interpretación teleológica*] la naturaleza y finalidad del contrato; *f)* los *usos* y *g)* la *buena fe* y los tratos honestos.

Interpretación contra proferentem. La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato (a) en *cláusulas no negociadas individualmente*, no debe favorecer a quien hubiese ocasionado la oscuridad. El supuesto más característico son las condiciones generales de los contratos, sea o no contratante quien las redacta pues, por ejemplo, pueden haber sido preparadas por un tercero (*v. gr.* una asociación profesional). La regla impone al intérprete elegir, entre los significados razonables de una cláusula oscura, el más beneficioso para el adherente, en su caso consumidor. (b) En el caso de *cláusulas negociadas individualmente*, la interpretación preferible es la contraria a la parte dominante en la negociación. La interpretación contra el estipulante se justifica en múltiples razones: (1^a) protege al adherente o a la parte débil en la negociación; (2^a) sanciona la falta de claridad en la redacción; (3^a) distribuye equitativamente los riesgos de la ambigüedad; y (4^a) incentiva la diligencia en la redacción de los contratos de quien está en mejor posición de evitar controversias.

Preferencia por las cláusulas negociadas. Las cláusulas que hayan sido individualmente negociadas tienen preferencia sobre las que no lo hubieran sido. Es razonable suponer que estas cláusulas se aproximan más a la intención común de las partes, aunque esta presunción es rebatible. Por ejemplo, las condiciones particulares priman sobre las generales; y las enmiendas manuscritas o mecanografiadas prevalecen al texto preimpreso.

Canon de la totalidad. En virtud del canon de la totalidad (variante del argumento sistemático), las cláusulas de los contratos deben interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

Conservación del contrato. Por el principio de conservación del contrato, si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que sea lícito o para que produzca efecto. Es preferible pensar que las partes, insertando una cláusula, no han querido contravenir la ley o que han querido algo.

Discrepancias lingüísticas. Cuando un documento contractual está redactado en dos o más lenguas sin expresión de la prevalencia de alguna de ellas, en caso de discrepancia entre versiones, es preferente la interpretación de acuerdo con la versión en la que el contrato se redactó originalmente. Es más probable que la versión original exprese mejor la intención común de las partes.

Interpretación usual. El uso o la costumbre del país se tienen en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos. Además, como integración del contrato, los usos o costumbres del tráfico jurídico o del mundo de los negocios suplen la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse. Por ejemplo, si se compran unas determinadas fanegas de terreno, la superficie es distinta según regiones, luego habrá que estar a la medida del lugar del contrato.

Interpretación conforme a la buena fe. La declaración debe interpretarse con arreglo a la buena fe, a fin de establecer qué significado tiene, por lo general, en la situación típica en que ha sido emitida. Como canon hermenéutico, la buena fe responde al desenvolvimiento leal que objetivamente debe darse mediante la interpretación a las relaciones contractuales; y protege la confianza del destinatario en el sentido objetivo de la declaración, imponiendo la correspondiente responsabilidad al declarante. La *buena fe objetiva* es un estándar de conducta caracterizado por la honestidad, empatía y consideración a los intereses de la contraparte de la operación o relación en cuestión. En particular, es contrario a la buena fe objetiva que el contratante actúe inconsistentemente con sus declaraciones o conducta previas (*doctrina de los actos propios*) en detrimento de la contraparte que hubiera confiado razonablemente en ellas. En el ámbito del Derecho de la competencia y del consumo, la probidad proscribía las prácticas comerciales desleales o engañosas.

Reglas de cierre. Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas anteriores, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere *gratuito*, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere *oneroso*, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses. Si las dudas recayesen sobre el *objeto principal* del contrato, de suerte que no pueda

venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo.

4. NULIDAD, ANULABILIDAD E INEFICACIA

Anomalías negociales. Doctrinalmente se ha distinguido los conceptos de *invalidéz* –por causas intrínsecas al contrato– e *ineficacia* –por causas extrínsecas al contrato–. En cualquier caso, la invalidez o ineficacia del acto jurídico supone un tratamiento jurídico de determinados actos por los que se desconocen sus consecuencias o incluso se borran, hacia el pasado o hacia el futuro. En esta materia y en otras, es preferible una clasificación por las causas y no por las consecuencias ya que a una misma anomalía negocial le pueden seguir distintos remedios.

Remedios de las anomalías negociales. La reacción del ordenamiento jurídico ante un contrato inválido o ineficaz puede consistir, entre otros remedios, en: (1) antes de alcanzar el contrato efectos sociales, la *inexigibilidad* de las prestaciones –ineficacia opuesta por la parte demandada o, si la nulidad es radical, incluso apreciable de oficio–. (2) La *irrelevancia jurídica* de los efectos sociales producidos por el contrato. (3) La *ineficacia retroactiva*, esto es, la desaparición de los efectos contractuales. (4) La *ineficacia prospectiva*, con consolidación de los efectos contractuales por las prestaciones ya ejecutadas, que no habrán de ser restituidas, liquidándose la relación. (5) La posible *modificación* de las obligaciones contractuales (*v. gr.* la transformación de una contraprestación en un derecho de restitución). (6) La *invalidéz relativa*, que solo puede hacer valer uno los contratantes.

Motivos de ineficacia del contrato. Normalmente, la ineficacia se produce por (4.1) inexistencia del contrato; (4.2) por vicios o defectos en la formación del contrato; (4.3) por ilicitud; (4.4) por fraude de acreedores; (4.5) por lesividad del contrato para uno de los contratantes; (4.6) por abusividad del contrato; (4.7) por la condicionalidad de la obligación; (4.8) por frustración del contrato y (4.9) por la terminación del contrato.

4.1. CONTRATO INEXISTENTE

Inexistencia del contrato. Los contratos u otros actos jurídicos pueden ser absolutamente inexistentes (a) por la carencia estructural de alguno de los elementos esenciales (consentimiento, objeto, causa), aunque presenten una apariencia (*v. gr.* causa falsa o simulada) o (b) inexistentes por insuficiencia en la definición de los elementos (*v. gr.* compra de finca de lugar ignoto).

Nulidad del acto inexistente. La sanción adecuada al acto jurídico inexistente es la nulidad. Por regla general (no sin excepciones), la nulidad es una ineficacia estructural, automática (*ipso iure*), originaria (*ab initio*), para todos (o absoluta [*erga omnes*]) e insanable. La nulidad del contrato puede hacerse valer por todo aquel que tenga un interés legítimo en eliminar los efectos que la apariencia de contrato puede provocar. La acción deberá dirigirse contra todos los que puedan verse afectados por la declaración (*i. e.* ambos contratantes). La acción de nulidad es imprescriptible.

Restitución. Por regla general, lo que es nulo no debe producir ningún efecto. No obstante, es posible que el contrato ya hubiera producido efectos en el tráfico que deban eliminarse. En este sentido, declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con sus intereses (artículo 1303 CC). No obstante, no toda declaración de nulidad acarrea la restitución de prestaciones. Así, los efectos de la nulidad en ocasiones se agotan en su declaración (*v. gr.* declaración de inoponibilidad de un contrato al actor). Otras veces, hay nulidades que no pueden eliminarse (*v. gr.* nulidad del contrato de gestación por sustitución). O bien las prestaciones son irrestituibles (*v. gr.* una mejora no separable, la cosa ya consumida o un servicio recibido) en cuyo caso habrá de restituirse su valor (restitución por equivalente). En verdad, como la restitución que sigue a la nulidad tiende a la prevención de un enriquecimiento injustificado de uno de los contratantes, es posible que lo procedente sea liquidar el contrato consolidando todos o algunos de los efectos contractuales: señaladamente, no hay obligación de restituir en la medida en que la prestación conforme de una parte hubiera encontrado la prestación conforme de la otra. Por ejemplo, en un arrendamiento nulo se presume equivalencia entre la renta recibida que habría de restituir el arrendador y el valor del uso que habría de restituir el arrendatario (porque el uso como tal es irrestituible). Del mismo modo, aunque el contrato nulo no es un título hábil para la transmisión de la propiedad, no siempre será posible revertir la propiedad de lo entregado (*v. gr.* por consumo, por venta a tercero de buena fe o por usucapión) pero quizá sí un subrogado (*v. gr.* precio recibido por la venta a tercero) o una compensación al contratante desfavorecido.

4.2. CONTRATO VICIADO

Vicios o defectos del contrato. Los contratos pueden estar (a) viciados por irregularidades relevantes en su formación que afecten al consentimiento, bien por un defecto de capacidad (*v. gr.* menor edad, omisión

del consentimiento de ambos cónyuges cuando sea necesario) o por un vicio del consentimiento, o (b) viciados por un defecto relevante de forma. Debe matizarse que la ausencia (no el mero defecto) de capacidad natural de entender y querer hace inexistente el contrato y que algunas omisiones de forma pueden conllevar la nulidad en función de la finalidad de la norma que impone la forma.

Efectos del vicio contractual. El contrato viciado tiene remedios diversos como la confirmación, la anulación o la indemnización.

Confirmación. La *confirmación* purifica el contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración. La confirmación puede ser expresa o tácita. Se entiende que hay *confirmación tácita* cuando, con conocimiento del vicio, y habiendo éste cesado, el que tuviese derecho a invocarlo ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo. Por ejemplo, A compra a B una vivienda ignorando que carecía de cédula de habitabilidad (anulabilidad por error), mas la arrienda a un tercero X.

Anulación. La *anulación* es una ineficacia provocada por el contratante, a quien se confiere el derecho potestativo de hacer ineficaz el contrato. Mientras no se ejercita la pretensión de anulación, el contrato despliega una eficacia claudicante. La anulación tiene efecto retroactivo (coinciden sus efectos con los de la nulidad), prescindiendo del contrato o de la parte anulada, como si no se hubiera celebrado. Ahora bien, se cuentan significativas excepciones por las que el contratante no restituye el enriquecimiento bruto recibido sino en cuanto se hubiera enriquecido con el contrato (*v. gr.* el contratante incapaz solo restituye el enriquecimiento neto). Además, siguiendo el principio de conservación del contrato, lo anulado no puede viciar lo válido (*utile per inutile non vitiatur*), luego la anulación del contrato puede ser total o parcial. En efecto, si el motivo de la anulación solo afecta a ciertas cláusulas del contrato, el efecto de la anulación se limita a tales cláusulas a menos que, tomando debidamente en consideración todas las circunstancias del caso, sea irrazonable mantener la parte restante. La acción de anulación caduca a los cuatro años de la consumación del contrato (artículo 1301 CC).

Indemnización. El contratante con derecho a anular el contrato está legitimado, sea anulado o no el contrato, para reclamar los daños causados por la contraparte, por cualquier pérdida sufrida a consecuencia del error, dolo, violencia, intimidación o ventaja desleal, siempre que la otra parte conoció o es razonable pensar que conocía el motivo de la anulación. Los daños recuperables son aquellos que sitúan a la parte perjudicada tan

cerca como sea posible de la posición en que la parte hubiera estado de no haberse concluido el contrato (*interés negativo*); con el límite adicional, si la parte no anula el contrato, de la pérdida causada por el vicio anulatorio. Por ejemplo, A compra a B un vehículo de menor potencia a la publicitada solicitando un préstamo a X. A puede anular la compraventa y, además, solicitar a B el resarcimiento de los intereses y coste de cancelación del préstamo. A puede también confirmar la compraventa y solicitar a B una indemnización por la menor potencia del vehículo.

4.3. CONTRATO ILÍCITO

Ilícitud del contrato. Un contrato es ilícito cuando, por su finalidad o por su objeto, (4.3.1) infringe un principio jurídico fundamental o (4.3.2) contraviene una norma imperativa (*contrato ilegal*).

4.3.1. Infracción de principios fundamentales

Principios fundamentales. En la terminología tradicional, la infracción de principios fundamentales se viene expresando como (a) causa ilícita por torpe o inmoral (*contra bonos mores*) o (b) ilicitud por contravención del orden público.

(a) *Negocios inmorales.* La regla moral con relevancia civil es la conducta moral exigible y exigida en la normal convivencia de las personas estimadas honestas. Sin ánimo de exhaustividad, se encuentran los siguientes grupos de casos de negocios inmorales: contrariedad a derechos fundamentales, a la convivencia familiar, a la ética profesional, desconsideración de los principios de moral sexual, limitaciones ilícitas de la libertad (perturbación del equilibrio, abuso de poder, daño de tercero), usura, etc.

(b) *Negocios contrarios al orden público.* Los contratos contrarios al orden público violan un interés general de protección máxima, que excede de la protección de intereses privados y que, por ser materia indisponible, aun sin ser pedida la nulidad, ha de ser apreciada de oficio por operar automáticamente.

Efectos civiles de la infracción de principios fundamentales. Existe consenso en que la infracción de las buenas costumbres o el orden público, además de otros posibles remedios, determina la invalidez del contrato en la medida en que la nulidad se requiera para que el principio tenga efecto. Se trata de una nulidad (no mera anulabilidad), con efecto retroactivo, siendo irrelevante la intención o el conocimiento de las partes y sin que el tribunal o las partes tengan discrecionalidad para fijar los efectos del acto

pues no debe tener ninguno. No obstante la nulidad del contrato que conculca principios fundamentales, algunos Ordenamientos añaden, como sanción, la privación de la acción de restitución al contratante deshonesto o que provoca la ilicitud (*nemo auditur*). Por este camino, puede producirse una consolidación de algunos de los efectos contractuales, al igual que sucede con el contrato ilegal.

4.3.2. Ilegalidad

Contrato ilegal. El acto ilegal (*contra legem*) es el contrario a norma imperativa o prohibitiva que no infringe un principio fundamental. En otras palabras, son actos ilícitos con un menor grado de antijuridicidad por lo que es aconsejable un tratamiento más flexible.

Efectos de la ilegalidad. Cuando un acto jurídico infringe normas imperativas, los efectos de la violación serán los prescritos expresamente por la norma. Si la norma no prevé los efectos de la infracción, el contrato ilegal se sujeta a *control funcional* –para salvaguardar la finalidad de la norma (*ratio iuris*) que el contrato infringe–. Bajo esta consideración, el tribunal puede *a)* declarar que el contrato es válido, *b)* anular el contrato, con efectos retroactivos, en todo o en parte (invalidez parcial), o *c)* modificar el contrato o sus efectos. El poder de modificar el contrato incluye la liberación –dispensa de cumplimiento futuro–, dejando las cosas como están, sin restitución alguna. La decisión que alcance el tribunal debe ser una respuesta apropiada y proporcionada a la infracción, tomando en consideración todas las circunstancias relevantes.

4.4. CONTRATOS EN FRAUDE DE ACREEDORES

Fraude de acreedores. El *fraude* es un acto del deudor que deja al acreedor sin medio de cobrar lo que se le debe. Por ejemplo, el bien se pone a nombre de un testaferro o prestanombre (*v. gr.* familiar cercano) simulando una venta.

Rescisión. El remedio adecuado al fraude de acreedores es la rescisión. Particularmente, se denomina *acción pauliana* (o revocatoria) a la acción que la ley confiere al acreedor para impugnar los actos que el deudor realice en fraude de su derecho. Al igual que otras ineficacias retroactivas (nulidad, anulación), la rescisión obliga a tornar las cosas a su estado anterior (*i. e.* a restituir el bien al patrimonio de donde salió). En cambio, la rescisión no goza de eficacia real: no alcanza a los terceros subadquirientes que hubiesen adquirido de buena fe. A diferencia de la nulidad, la

rescisión es a veces compatible con la subsistencia total o parcial del nexo creado, y sus consecuencias, o no afectan a todos los interesados, o se traducen en una indemnización que compensa la lesión. La acción rescisoria común tiene un plazo de caducidad de cuatro años (artículo 1299 CC).

4.5. CONTRATOS LESIVOS

Lesión. En la mayoría de Ordenamientos no rige un principio de conmutatividad entendido como equivalencia objetiva de las prestaciones y ni siquiera un principio de intercambio de bienes porque se admiten incluso las atribuciones gratuitas y la creación de obligaciones unilaterales. Por ejemplo, el precio que paga el comprador no es necesario que sea un precio justo porque prevalece la autonomía de la voluntad libremente formada. No obstante, en algunos particulares supuestos se admite la rescisión a causa de la lesión que el contrato inflige a uno de los contratantes. Por ejemplo, son rescindibles los contratos celebrados en representación de los tutelados o de los ausentes que hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto del contrato.

Rescisión. El remedio adecuado al contrato lesivo, cuando la lesión sea jurídicamente relevante, es la rescisión. En este sentido, la rescisión es un remedio legal extraordinario para evitar consecuencias injustas de un contrato válido. El contrato se forma regularmente pero no se consolidan sus efectos. El supuesto más característico de rescisión por perjuicio es la *reintegración concursal* por la que se rescinden los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.

4.6. CONTRATOS ABUSIVOS

Cláusulas abusivas. Se consideran *cláusulas abusivas* todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato (artículo 82 RD Leg. 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios). En todo caso, son abusivas las cláusulas que: (a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario, (b) limiten los derechos del consumidor y usuario, (c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato, (d) impongan al

consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, (e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o (f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

Nulidad parcial. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

4.7. CONTRATOS CONDICIONALES

Prestaciones condicionales. La eficacia o ineficacia de una prestación condicional se somete a un evento futuro incierto (*condición*). Al acaecer el evento, el negocio despliega su eficacia (*condición suspensiva*) o la pierde (*condición resolutoria*).

Efectos del cumplimiento de la condición. Dependiendo del Ordenamiento aplicable, el cumplimiento de la condición puede tener dos clases de eficacia: (a) prospectiva (*idem*) si el derecho, obligación o relación relevante nace con el cumplimiento de la condición suspensiva o finaliza con la verificación de la condición resolutoria; (b) retroactiva (*ex tunc*) si los efectos del cumplimiento de la condición se retrotraen al día de constitución de la obligación, luego el derecho, obligación o relación se tiene por nacido desde el día de la perfección del negocio en la condición suspensiva o se eliminan sus efectos desde entonces en la condición resolutoria. La eficacia retroactiva es característica de los sistemas neolatinos como el español. Ahora bien, dada la dificultad de cancelar mutaciones sobrevenidas, el dogma de la retroactividad se aplica con suma cautela y queda sustancialmente recortado en numerosos casos.

4.8. CONTRATOS FRUSTRADOS

Contrato frustrado. Entendemos por *contrato frustrado* aquel dejado sin efecto contra la voluntad de los contratantes. Con prevenciones, por ser una excepción a la fuerza vinculante de lo pactado; se admite la posibilidad de resolver, revisar o suspender el cumplimiento del contrato por alteración de las circunstancias cuando esta alteración frustra su finalidad económica o altera significativamente la equivalencia entre prestación y contraprestación, al margen del riesgo inherente o normal asumido con el negocio. La relevancia de la alteración de circunstancias ha buscado

su fundamento en doctrinas generales (cláusula *rebus sic stantibus*, *implied condition*, base del negocio, excesiva onerosidad de la prestación, *impracticability*) o en la existencia de una cláusula contractual expresa de fuerza mayor (*force majeure clause*).

Teoría de los riesgos. La imposibilidad sobrevenida fortuita de ejecutar la prestación implica adentrarse en la teoría de los riesgos, esto es, determinar quién soporta el riesgo de la imposibilidad de cumplimiento en las relaciones obligatorias sinalagmáticas (*periculum obligationis*). El Derecho de contratos es un sistema de distribución de riesgos. Pues bien, (1º) el incumplimiento de una obligación por un deudor *se excusa* si es debido a un impedimento fuera del control del deudor y si no podía esperarse razonablemente que el deudor evitara o superara el impedimento o sus consecuencias. (2º) Sin embargo, el incumplimiento *no se excusa* si es razonable esperar que el deudor hubiera tenido en cuenta el impedimento en el momento en que asumió la obligación. (3º) Cuando el impedimento excusante sea solo *temporal*, la excusa tiene efecto por el período durante el cual exista el impedimento. (4º) Sin embargo, si la demora supone un *incumplimiento esencial*, el acreedor puede tratarlo como tal. (5º) Cuando el impedimento excusante sea *permanente*, la obligación se extingue. Cualquier obligación recíproca se extingue también.

Terminación. El remedio ante la frustración definitiva de la relación es la resolución por imposibilidad sobrevenida o terminación por incumplimiento excusable. Supuesto que la frustración no haya sido causada por el acreedor (que perdería el acceso a los remedios), los remedios son los mismos que los del incumplimiento imputable, salvo que el acreedor no podrá acudir a la acción de cumplimiento ni a la indemnizatoria.

4.9. CONTRATOS TERMINADOS

Terminación de las relaciones contractuales. La *terminación* o resolución en sentido amplio se produce en distintos supuestos: (a) la expiración del tiempo convenido o el lapso del término esencial; (b) la terminación por ley o por orden judicial; (c) la terminación convencional; (d) el desistimiento unilateral; (e) la terminación por un cambio de circunstancias que hacen el cumplimiento imposible (imposibilidad sobrevenida) o irrazonable (*v. gr.* por excesiva onerosidad); (f) la resolución por incumplimiento; así como (g) el incumplimiento de la condición suspensiva o la verificación de la condición resolutoria en los Ordenamientos (distintos al nuestro) que solo les reconocen efecto prospectivo.

Terminación convencional. La terminación convencional de los contratos (negocio cancelatorio o extintivo) puede provocarse (a) por una *novación* del contrato –nuevo contrato que reemplaza al primitivo–; (b) por *mutuo disenso* –resolución contractual por retractación bilateral–, expreso o implícito. El *mutuo disenso implícito* (o mutuo desinterés en la consumación) se revela por concurrencia de disentimientos unilaterales derivados de manifestaciones explícitas (*v. gr.* mutuos reproches de incumplimiento), declaraciones tácitas o de actos concluyentes (*facta concludentia*) –hechos de significación inequívoca consistentes en conductas o actitudes individuales de cada parte, incompatibles con la voluntad de cumplir y reveladoras del abandono del pacto–. Por ejemplo, es un hecho concluyente el incumplimiento muy prolongado sin que ninguna de las partes exija la ejecución del contrato.

Desistimiento unilateral. El desistimiento unilateral (o revocación) supone la desvinculación del contrato por el ejercicio de un derecho legal o convencional –derecho contractual de desistimiento–. Los supuestos de *derecho legal de desistimiento* son variados: el del comitente de una obra con indemnización del contratista, el del mandante, la revocación de donaciones en casos limitados (*v. gr.* por superveniencia de hijos del donante o por ingratitud del donatario), el desistimiento en contratos de duración indefinida, ejercido de buena fe y con un preaviso razonable, o el desistimiento del consumidor.

Desistimiento del consumidor. El consumidor tiene la facultad de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándose así a la otra parte contratante (*denuncia del contrato*) en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase. El consumidor dispone de un plazo mínimo de catorce días naturales para ejercer el derecho de desistimiento (artículo 71 RD Leg. 1/2007). El desistimiento del contrato principal implica el desistimiento sin penalización de un eventual contrato de financiación vinculado.

5. INCUMPLIMIENTO Y SUS EFECTOS

5.1. INCUMPLIMIENTO

Noción. El fin de la obligación es su cumplimiento. Una *obligación* es el deber de cumplir que una parte de la relación jurídica, el deudor, debe a la otra parte, el acreedor. En sentido amplio, el *cumplimiento* es la satisfacción del interés del acreedor. El cumplimiento de una obligación es la actuación por el deudor de lo que debe hacerse por mor de la

obligación o la no-actuación por el deudor de lo que no debe ser hecho. El *incumplimiento* es la contravención «de cualquier modo» del tenor de la obligación (artículo 1101 CC). El incumplimiento de una obligación (o falta de conformidad) es cualquier fallo en el cumplimiento de la obligación, sea o no excusable, incluyendo el cumplimiento retrasado y cualquier otro cumplimiento que no esté de acuerdo con los términos que regulan la obligación.

Concepción subjetiva/objetiva del incumplimiento. La *concepción subjetiva del incumplimiento*, inspirada en la idea *favor debitoris* y en concepciones pietistas, concibe el incumplimiento como una infracción de deberes contractuales que incluye como elemento la culpa del deudor. En la actualidad, domina la *concepción objetiva del incumplimiento*. La obligación no se reduce a un deber de diligencia y el Ordenamiento reacciona frente a los incumplimientos por razones de política jurídica. No es preciso un juicio de imputación subjetiva (*dolo* o *culpa*) para desencadenar los remedios jurídicos frente al incumplimiento. Lo decisivo es el juicio de comparación entre el programa de prestación y la ejecución de la obligación tal y como ha tenido lugar.

Tipología de incumplimientos. (a) Por el *grado de incumplimiento*, puede manifestarse como una omisión de prestación o como un cumplimiento inexacto o defectuoso de la obligación (*desviación del programa de prestación*). Por ejemplo, se incumple si no hay identidad e integridad del pago. (b) Otra distinción, *temporal*, relevante a efectos de la acción de subsanación, se da entre el incumplimiento definitivo y el no definitivo. Por ejemplo, es definitivo el cumplimiento intempestivo, en que la prestación omitida o inexacta es posible pero ya insatisfactiva, por ser el término esencial. Diversamente, el cumplimiento no es definitivo cuando la prestación es todavía posible e idónea para satisfacer el interés del acreedor, aunque suponga un retraso que puede llegar a constituir *mora*. (c) Por último, la distinción relevante a efectos de la acción resolutoria se da entre el incumplimiento esencial y el no esencial. Por ejemplo, es *esencial* el cumplimiento inexacto por prestación diversa (*v. gr.* entrega de cosa distinta [*aliud pro alio*]); o en forma inútil para la satisfacción del interés del acreedor, sea por la entrega de objeto inhábil o sea por la omisión de prestaciones accesorias necesarias para la utilidad de la prestación principal.

Incumplimiento excusable. El incumplimiento es excusable si es debido a un impedimento más allá del control del deudor y si no podía esperarse razonablemente que el deudor hubiera anulado o superado el impedimento o sus consecuencias.

5.2. EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO

Remedios disponibles. Cuando una obligación se incumple por el deudor, la parte cumplidora (*in bonis*) puede hacer uso, entre otros remedios, de las siguientes acciones: (1) pretensión de cumplimiento; (2) pretensión de resolución; (3) pretensión de reducción del precio o (4) pretensión indemnizatoria. Si el incumplimiento *no es excusable*, el acreedor puede utilizar cualquiera de estos remedios; pero si el incumplimiento es *excusable*, el acreedor no puede exigir el cumplimiento específico o la indemnización. Los remedios no incompatibles son acumulables; en particular, la pretensión indemnizatoria es compatible con todas las demás.

Derecho de subsanación del deudor. En el supuesto de cumplimiento inexacto, el deudor tiene derecho a realizar una nueva oferta de cumplimiento exacto, salvo excepciones. En principio, al deudor debe dársele la oportunidad de cumplir correctamente. Entre las *excepciones*, se comprenden los siguientes supuestos: *a)* si el término de la obligación es esencial, *b)* si el acreedor tiene razones para creer que la falta de conformidad de la prestación fue consciente y no fue conforme a la buena fe, o que el deudor será incapaz de subsanar en tiempo razonable y sin molestia significativa para el acreedor o sin otro perjuicio para sus intereses legítimos o, en fin, *c)* si la subsanación es inapropiada en las circunstancias. En todo caso, la oferta de subsanación debe efectuarse dentro del *tiempo* permitido para el cumplimiento o con prontitud después de haber sido notificado el deudor de la falta de conformidad.

Pretensión de cumplimiento. (a) En las *obligaciones pecuniarias*, el acreedor tiene derecho a exigir las vencidas e incluso a ejecutar su prestación para recibir el precio de las no vencidas, pese a la oposición de la contraparte, a menos que el acreedor pueda reemplazar sin gran esfuerzo o gasto la operación o que la prestación sea irrazonable en las circunstancias. Por ejemplo, A vende una motocicleta a B, cuya entrega y pago se pacta para la semana siguiente. Si B se arrepiente de la compra, A no puede imponerle la venta si A puede vendérsela inmediatamente a X por el mismo precio (venta de reemplazo) o si B sufre un accidente que le impide conducir motocicletas. (b) En las *obligaciones no pecuniarias*, el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento, bien como pretensión de cumplimiento en forma específica (*in natura*) o, en su caso, en la variante de pretensión de corrección o reparación de la prestación defectuosa. Ahora bien, el cumplimiento específico no es exigible en las siguientes circunstancias: (i) Cuando el cumplimiento específico sea ilegal o imposible (*impossibillum nulla est obligatio*), sea la imposibilidad jurídica o física.

(ii) Cuando el cumplimiento específico sea irrazonablemente gravoso u oneroso. (iii) Cuando la prestación sea de carácter tan personal que sea irrazonable su exigencia (prestación personal incoercible). Por ejemplo, A se compromete a dar un recital en la fiesta de cumpleaños de B. B deberá contentarse con una indemnización si A rehúsa cumplir su prestación.

Excepción de incumplimiento. A consecuencia lógica del *sinalagma funcional* en las obligaciones recíprocas –nexo entre prestación y contraprestación al tiempo de la ejecución–; una parte no puede exigir el cumplimiento a la contraria sin haber cumplido u ofrecido cumplir la obligación recíproca propia. La excepción de incumplimiento contractual es el derecho a retener el cumplimiento de la propia prestación en tanto la contraparte no cumpla u ofrezca cumplir, pudiendo ser la retención total o parcial, según sea razonable en las circunstancias. Concretamente, si la parte *in bonis* aún no hubiere cumplido, ante el incumplimiento antecedente de adverso, podrá oponer resistencia mediante las llamadas excepción de contrato incumplido (*exceptio non adimpleti contractus*) o su variante la excepción de contrato no cumplido debidamente (*exceptio non rite adimpleti contractus*) por la que el demandado a quien se le entrega u ofrece una prestación incompleta o defectuosa, podrá retener la que a él le incumbe en tanto la prestación del demandante no se complete o corrija.

Pretensión resolutoria. La resolución de la relación contractual es un remedio que el Ordenamiento previene ante una atribución patrimonial que no va a ser correspondida. El motivo más frecuente de resolución es el incumplimiento fundamental, aunque existen otros, como la resolución tras un preaviso concediendo un plazo adicional para el cumplimiento, el *incumplimiento anticipado* –el deudor declara que no cumplirá o está claro que acaecerá el incumplimiento– o cuando el deudor no asegura adecuadamente el cumplimiento. El incumplimiento de una obligación contractual es *fundamental* (o esencial) si: *a*) priva sustancialmente al acreedor de lo que el acreedor estaba legitimado a esperar bajo el contrato, aplicado a todo o a una parte relevante del cumplimiento, salvo que en el momento de conclusión del contrato el deudor no previera y no pudiera razonablemente esperarse que previera ese resultado; o *b*) si el incumplimiento es doloso o gravemente negligente y da al acreedor razón para creer que no puede confiarse en el cumplimiento futuro del deudor. La resolución unilateral por incumplimiento tiene varios *efectos*: (1º) Un efecto necesario, que es la liberación del vínculo entre los contratantes. (2º) Un efecto natural, que es la posibilidad de pretender la restitución de las prestaciones. Pero no es un efecto necesario de la resolución porque se condiciona

a que el demandado no hubiera experimentado un desenriquecimiento por la ejecución del contrato. Por ejemplo, A encarga un cuadro a B para una concreta exposición, adelantándole el dinero para la compra del material. La empresa transportista contratada por B extravía el cuadro. A puede resolver el contrato pero no podrá reclamar lo invertido por B en la compra de materiales. (3º) Adicionalmente, la resolución otorga al contratante perjudicado por el incumplimiento de adverso, un derecho de resarcimiento de daños, incluidos los intereses. (4º) En atención a las circunstancias y por excepción, los tribunales podrían ordenar la *rendición de los beneficios* obtenidos por el infractor, incluso en sustitución de los daños.

Pretensión de reducción del precio. La pretensión de reducción de precio (o estimatoria [*quanti minoris*]) es un derecho del acreedor que acepta una prestación no conforme con los términos que regulan la obligación. La reducción debe ser proporcionada a la minusvalía de lo recibido comparado con el valor de la prestación conforme. En su caso, el acreedor tiene derecho a recuperar el exceso del precio pagado sobre el valor de lo recibido. Lógicamente, la pretensión de reducción de precio es incompatible con la de indemnización en la medida de la cantidad reducida pero el acreedor podrá pedir una indemnización por pérdidas ulteriores. Por ejemplo, A come en el restaurante de B, pagando por un plato de una especie de pescado, habiéndosele servido un sucedáneo. No es compatible la petición de reducción de lo abonado con la indemnización por el valor del pescado no servido; lo que no obsta una indemnización por una eventual intoxicación.

Pretensión indemnizatoria. El acreedor tiene derecho a los daños causados por el incumplimiento del deudor de la obligación, a menos que el incumplimiento sea excusable. El daño recuperable es el daño emergente y el lucro cesante razonablemente probable. Las pérdidas pueden ser (a) económicas (*v. gr.* pérdida de ingresos o beneficios, cargas incurridas o la reducción en el valor de la propiedad) o (b) no-económicas, incluyendo el *daño moral contractual* –dolor, sufrimiento y quebranto de la calidad de vida– (*v. gr.* retraso de vuelo que impide llegar a la boda de una hija). La cantidad reclamable es el interés contractual positivo o *interés de cumplimiento* –expectativas razonables como si el contrato se hubiera cumplido debidamente–, salvo una eventual cláusula penal sustitutiva de la indemnización. En sentido opuesto, el acreedor tiene el *deber de mitigar* el daño tomando medidas razonables, sin perjuicio de que le indemnicen el coste de las medidas (*v. gr.* si el taller de vehículos se demora en la reparación, el cliente debe alquilar otro vehículo, pudiendo reembolsarse el alquiler).

Intereses moratorios. Los intereses contractuales pueden ser retributivos –renta (o «precio del dinero») por el uso del capital ajeno– o moratorios. El *interés moratorio* indemniza el cumplimiento retrasado, sea o no excusable. El interés moratorio compensa la privación al acreedor de un capital y, además, el interés moratorio que pudiera pactarse (*interés moratorio convencional*) normalmente será más elevado que el compensatorio, para sancionar y disuadir el incumplimiento. En España, a falta de convenio, el interés moratorio es el interés legal (artículo 1108 CC). El interés de demora en préstamos hipotecarios sobre vivienda habitual se limita por ley al triplo del interés legal (artículo 114 Ley Hipotecaria). En préstamos personales, la jurisprudencia reputa abusivo un interés de demora que incremente en más del 2% el interés remuneratorio (STS 1ª Pleno 265/2015, 22.4).

BIBLIOGRAFÍA

- BAR; CLIVE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, I, 2010.
- BERCOVITZ, R. (Dir.), *Tratado de contratos*, 2013.
- CARRASCO, A., *Derecho de contratos*, 2010.
- CASTÁN, J., *Derecho civil español, común y foral*, III, 2008.
- CASTRO, F., *El negocio jurídico*, 1971.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, 2007; II, 2008 y IV, 2010.
- FLUME, W., *El negocio jurídico*, 1992.
- MESSINEO, *Il contratto in genere*, en CICU; MESSINEO (Dir.), *Trattato*, 1972.
- PEEL, E., *Treitel. The Law of Contract*, 2011.
- TUHR, A., *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, 1942.

TEMA 6

**CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE
LAS OBLIGACIONES: LA RESPONSABILIDAD
EN EL DERECHO PRIVADO**

Daniel Prades Cutillas

SUMARIO: 1. FUENTES Y CLASES DE RESPONSABILIDAD. 1.1. *Responsabilidad Legal y Moral*. 1.2. *La responsabilidad en el Derecho privado*. 1.3. *Fuentes de las obligaciones*. 1.3.1. Obligaciones legales. 1.3.2. Obligaciones contractuales. 1.3.3. Obligaciones extracontractuales. 1.4. *Tipos de Responsabilidad*. 1.4.1. Naturaleza: resarcitoria o sancionadora. 1.4.2. Apreciación: causal u objetiva. 1.4.3. Responsabilidad directa y subsidiaria. 1.4.4. Fundamento de la Responsabilidad. 1.4.5. Integración de los diferentes supuestos. 1.5. *Responsabilidad ante la Administración pública*. 2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL INDIVIDUAL. EXIGENCIA Y ALCANCE PATRIMONIAL. 2.1. *Alcance personal de la responsabilidad*. 2.1.1. Reclamación Judicial. 2.1.2. Garantías del Acreedor. 3. RÉGIMEN GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO. 3.1. *La responsabilidad del empresario*. 3.2. *La responsabilidad del comerciante casado*. 3.2.1. La sociedad legal de gananciales. 3.2.2. El Régimen de separación absoluta de bienes. 3.2.3. El Régimen de Participación. 3.2.4. Nulidad, Separación y Divorcio. 3.2.5. El Comerciante casado. 3.3. *El emprendedor de Responsabilidad Limitada*. 3.4. *El empresario social: Extensión de la responsabilidad*. 3.4.1. Extensión a los socios. 3.4.2. Extensión a los Administradores. 4. RÉGIMEN ESPECIAL DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL. 4.1. *Regulación de la actividad empresarial en el Mercado*. 4.2. *Responsabilidad por bienes o servicios defectuosos*. 4.3. *Responsabilidad por morosidad*. 5. RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA. BIBLIOGRAFÍA.

1. FUENTES Y CLASES DE RESPONSABILIDAD

El término *responsabilidad* tiene diferentes significados, de entre los que ahora valoraremos dos específicamente. Según el primero de ellos, responsabilidad es «deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal». El segundo es algo más amplio y tiene el sentido de «cargo u obligación moral que resulta para uno del posible yerro en cosa o asunto determinado». A su vez está vinculado, pues de él deriva, del término *responder*, que tiene el valor de «estar uno obligado u obligarse a la pena y resarcimiento correspondientes al daño causado o a la culpa cometida», nótese que aquí el origen es doble:

estar uno obligado –por circunstancia o imposición externa a la persona– u obligarse –por propia voluntad o reconocimiento interno–.

1.1. RESPONSABILIDAD LEGAL Y MORAL

Cada uno de estos dos orígenes del compromiso de responder se vincula con una de las dos acepciones de responsabilidad que hemos citado anteriormente. «Estar obligado» es una imposición de origen externo, como se ratifica con la referencia a causa legal; presupone pues la coerción externa, la posibilidad de que desde fuera se nos exija e imponga el resarcimiento. De otro lado, «obligarse» es asumir personalmente el compromiso de resarcir, sin necesidad de la imposición exterior coercitiva.

Así pues, podemos establecer que en el término responsabilidad está implícita, como antecedente, la imputación externa o la aceptación personal de haber causado daño a otro, o al menos de no haber actuado correctamente. La actuación incorrecta o el daño producido son por lo tanto el fundamento de la responsabilidad, y ésta a su vez tiene dos sentidos: es por un lado la obligación legal de reparar y/o soportar la imposición de la pena o corrección oportuna; pero es además el cargo moral consecuente al error o acto inadecuado. En consecuencia podemos decir que Responsabilidad es obligación de soportar y asumir las consecuencias de los actos u omisiones propias, es decir reparar tanto el mal genérico como el daño específico causados, ya se hayan producido con intención específica de dañar o por simple comportamiento inadecuado o negligente.

La obligación de reparar, la responsabilidad, puede ser a su vez de dos tipos diferentes. Por el primero la reparación podrá ser una exigencia externa impuesta de forma coercitiva, supuesto en que hablamos de responsabilidad *legal*. Por el segundo la obligación no se nos impone externamente, sino que procede del fuero interno del individuo y tiene el valor de responsabilidad *moral*, carente de valor coercitivo y procedente «de la apreciación del entendimiento o de la conciencia» o bien, y más acorde con la diferencia que pretendemos establecer, «que no concierne al orden jurídico, sino al fuero interno o al respeto humano». Así, podemos determinar que las personas en general –y por ende la empresa, el empresario y el administrador social– están sometidas a dos órdenes de responsabilidad.

El primero la responsabilidad moral o de orden interno, no exigible coactivamente por tercero, pero que compromete el fuero interno y sentido propio de lo que es correcto, justo y conveniente, de lo que se puede o se debe hacer aún sin que nadie nos lo pueda exigir. El segundo orden

es la *Responsabilidad Legal*, establecida en su origen, fundamento y alcance por el ordenamiento jurídico en su conjunto y exigible por terceros con arreglo a lo dispuesto por las leyes. Por lo tanto este aspecto de la responsabilidad no es negociable ni prescindible, sino que mide y establece coactivamente el alcance personal y patrimonial de las consecuencias de los comportamientos no ajustados a derecho realizados por los individuos en la esfera personal, o por la empresa en el ámbito de su actividad y, en ambos casos, por aquéllos de cuyos actos se ha de responder.

1.2. LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO PRIVADO

En la estructura de las Obligaciones o Derechos de Crédito podemos distinguir dos elementos claramente diferenciados. De un lado está el Débito es decir la conducta o prestación que el deudor debe cumplir, y como sabemos por el artículo 1088 CC *toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa*, hay pues obligaciones positivas, de dar o de hacer, y obligaciones negativas, de abstenerse de la práctica de una conducta. El segundo elemento es la Responsabilidad, la consecuencia de no realizar adecuadamente la conducta exigible al deudor y su alcance patrimonial viene determinado en nuestro Derecho por la norma general establecida en el artículo 1911 CC: *Del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros*. Es decir que en virtud del débito el deudor está obligado a realizar la prestación a satisfacción del acreedor, y en virtud de la responsabilidad a restañar el perjuicio económico que se haya producido en el patrimonio del acreedor por incumplir el débito.

Las obligaciones han de cumplirse a tenor de lo dispuesto en los artículos 1094 y ss. del CC, según se ha expuesto en el capítulo anterior, y en virtud del artículo 1101 CC existe obligación de indemnizar los perjuicios causados por quien incurre en dolo, negligencia o morosidad, o contrae de cualquier modo el tenor original de la obligación. Así las consecuencias del dolo son exigibles en toda ocasión (artículo 1102) y las de la negligencia podrán moderarse por los tribunales (artículo 1103).

Significa esto que el deudor de una obligación puede ser compelido por su acreedor a reparar el daño causado si no lo hiciera voluntariamente; y que para la reparación del daño podrá realizarse, hasta donde fuere necesario, el patrimonio del deudor para lograr el resarcimiento íntegro del daño; y más allá, si no basta el patrimonio presente cabrá extender las consecuencias a los bienes que en el futuro obtenga el deudor.

Del enunciado se deduce también que no hay responsabilidad legalmente exigible sin previo incumplimiento de una obligación, sea esta de la naturaleza

que fuere, por lo que se deben tener presentes las fuentes y contenido de las obligaciones en el derecho privado, establecidas en el Código Civil.

Estamos pues genéricamente obligados a no transgredir los derechos de los demás, ni siquiera invocando los nuestros, y si entran en conflicto se habrá de recurrir a los medios legales establecidos para la resolución de los mismos, so pena de incurrir en responsabilidad en caso de actuar más allá del límite de los derechos ajenos.

Esta responsabilidad genérica se traduce jurídicamente en una exigencia de conducta que puede tener o no inicialmente carácter patrimonial, pero que necesariamente se patrimonializa, en caso de incumplimiento, a través de los medios procesales establecidos para su reclamación. Hablamos de responsabilidad legal cuando la consecuencia del incumplimiento de la obligación –reparar el daño causado o sufrir la sanción correspondiente– se nos puede exigir externamente, con valor coercitivo y con el auxilio de los medios dispuestos por el Ordenamiento Jurídico.

1.3. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

El origen de las diferentes obligaciones legales, y por lo tanto de la responsabilidad consecuente de su incumplimiento, se establece en el artículo 1089 CC, que establece que *las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia*.

Esta enumeración de las fuentes de las obligaciones nos permite a su vez clasificarlas, y por ende la responsabilidad que de ellas se deriva, en legales, contractuales y extracontractuales, dividiéndose éstas a su vez en penales y civiles por culpa o negligencia. Ciertamente cabe simplificar aún más la clasificación, estableciendo solo dos tipos básicos: obligaciones legales y contractuales; las segundas derivadas exclusivamente de vinculación contractual de las partes y las primeras establecidas por la ley, dentro de éstas estarían tanto los mandatos legales directos como las obligaciones habitualmente llamadas extracontractuales, derivadas de daños causados con dolo, culpa o negligencia, es decir las penales y las civiles. No obstante nos atenderemos a la clasificación más tradicional, que hemos citado en primer lugar.

1.3.1. Obligaciones legales

Son obligaciones legales las directamente impuestas por un texto legal, cuando nos ordena taxativamente una conducta positiva o negativa. La infracción de la norma acarreará como consecuencia una sanción que habrá de

determinarse en el propio texto legal. Esta sanción aparece en raramente en el orden privado, exclusivamente cuando la administración ejerce sus facultades reguladoras de las instituciones privadas para establecer obligaciones en defensa de su normal funcionamiento, en definitiva del orden público.

La sanción es normalmente pecuniaria, pero puede también consistir en una inhabilitación concreta para el ejercicio de determinadas actividades, así lo es por ejemplo cuando el ordenamiento considera «no fiable» al administrador que dilapida el patrimonio ajeno y consecuentemente le aparta temporalmente del ejercicio de tal actividad, para evitar reiteraciones de su conducta.

Su exigencia se regulará también por la norma que imponga la obligación o, en su defecto, entrará en función lo dispuesto por el Código Civil (CC, 1090). El contenido de estas obligaciones legales, normas imperativas y prohibitivas, atañe por lo general a cuestiones consideradas materia de orden público aún en la actividad privada, y marcan las líneas que jurídicamente no se pueden traspasar ni siquiera en virtud del acuerdo de las partes.

1.3.2. Obligaciones contractuales

Son obligaciones contractuales las asumidas voluntariamente por las partes como consecuencia del consentimiento prestado a la perfección de un contrato, al que la norma otorga fuerza de ley entre las partes (CC, 1091) y por ende las consecuentes a su incumplimiento.

A éstas se asimilan las que nacen como consecuencia de los cuasi contratos, o dicho de otra forma situaciones en las que las partes, aún no existiendo un acuerdo expreso de voluntades, se comportan como si existiera, asumiendo recíprocamente los derechos y obligaciones que son consecuencia natural y legal del contrato en cuestión, aún sin haberlo suscrito formalmente (CC, 1887).

Hay que añadir que las obligaciones contractuales proceden de la asunción personal del compromiso, pero su alcance vendrá determinado en ocasiones por los límites establecidos en la ley, normas imperativas o de obligado respeto por las partes; en otras por la voluntad expresa de las partes que las incluyen en el contrato y finalmente también por la omisión de pacto concreto, que reconducirá el contrato a la regulación establecida por las normas legales de carácter dispositivo.

1.3.3. Obligaciones extracontractuales

Son por último obligaciones extracontractuales las patrimoniales consecuentes a la comisión de delitos y faltas –actos y omisiones ilícitos– que

constituyen parte de la responsabilidad penal en el aspecto reparador de los daños específicos causados, se trata pues de la extensión patrimonial de las consecuencias de los delitos y faltas, es decir la responsabilidad civil subsidiaria del ilícito penal. El Derecho Privado se limita aquí a reconocer la primacía en la aplicación de las normas penales y la extensión de sus efectos patrimoniales (CC, 1092).

Son propiamente obligaciones civiles extracontractuales las consecuentes a la realización de actos u omisiones negligentes que no están previstas ni sancionadas por la ley penal ni son consecuentes o producidas dentro de la vinculación contractual de las partes, constituyen éstas la llamada responsabilidad civil extracontractual (CC, 1093) o *culpa aquiliana*.

A su vez la responsabilidad civil extracontractual viene definida inicialmente como la obligación de reparar el daño causado por culpa o negligencia (CC, 1902). Es decir la consecuencia de incumplir el mandato legal de actuar en todo momento de forma diligente contenido en los artículos 1101 y 1104 CC. Se trata de la pervivencia de los tres mandatos de conducta clásicos en el Derecho Romano como definitorios de la actuación del buen *paterfamilias*, del ciudadano cabal: *Honeste vivere, altere non laedere, suum cuique tribuere*; vivir honradamente, no herir a nadie, y dar a cada uno lo que le corresponda.

Además respondemos no sólo de la negligencia propia, sino también de aquéllas en que incurran las personas de las que estamos obligados a responder. Es el caso de los padres por los actos de los hijos que estén bajo su custodia, de los tutores por los actos de los menores o incapacitados bajo su tutela y finalmente de los empresarios por los actos que realicen sus empleados en la actividad empresarial y en ejercicio de las funciones encomendadas (CC, 1903).

En el caso de los empresarios, establece igualmente la ley (CC, 1904) su derecho a repetir del responsable del acto perjudicial, es decir a reclamar del empleado negligente el importe que la empresa se haya visto obligada a pagar al perjudicado. Se trata aquí de las definidas como culpas *in vigilando e eligendo*, cuyo fundamento está en la infracción del deber de vigilancia que tenemos sobre las personas que dependen de nosotros, en el primer caso, o, en el segundo, en la inadecuada elección de empleados y colaboradores insuficientemente capacitados para las funciones que se les encomiendan, lo que provoca un riesgo para los terceros que se relacionan con la empresa.

Las disposiciones generales del CC sobre la materia se complementan con las negligencias en mantenimiento de edificios (CC, 1907), objetos

caídos o arrojados desde estos (CC, 1910) y cuidado de animales por sus poseedores o *quien se sirve* de ellos (CC, 1905). En el caso de las actividades empresariales, al menos de las de producción, aparecen también como responsabilidades específicas las determinadas en el artículo 1908, deducidas de la explosión de máquinas, sustancias explosivas, humos nocivos y emanaciones de depósitos.

En resumen, en términos del derecho privado, hablaremos de responsabilidad legal, contractual y extracontractual, según cuál sea el origen o fuente de la misma. Se incurrirá en ella por infracción directa de una norma, por incumplimiento de lo acordado entre las partes, como consecuencia de actos negligentes –ya sean realizados directamente o por aquéllos de quienes debemos responder– y en general las derivadas del deficiente cuidado de animales y mantenimiento o funcionamiento de instalaciones y edificios.

1.4. TIPOS DE RESPONSABILIDAD

Atendiendo a diferentes criterios pueden establecerse distintas clases o tipos de responsabilidad, que son excluyentes entre sí pero pueden combinarse dando lugar a distintas consecuencias jurídicas y patrimoniales.

1.4.1. Naturaleza: resarcitoria o sancionadora

La naturaleza de la responsabilidad puede ser resarcitoria o sancionadora. En el primer caso se trata de indemnizar el daño que se haya producido a tercero; en el segundo lo dañado es el orden público y, secundaria pero no necesariamente, habrá o no además un daño particular a tercero, que será también indemnizable por su causante.

La responsabilidad resarcitoria, también llamada indemnizatoria o responsabilidad por daños, es consecuencia habitual en los casos de responsabilidad contractual, por incumplimiento de lo pactado, y extracontractual, por incumplimiento de la norma general de actuar en todo caso con la diligencia apropiada. Su presupuesto necesario es la producción de un daño a tercero como consecuencia de un acto u omisión propios del considerado responsable.

En la responsabilidad por daños es preciso valorar diferentes categorías de perjuicios ocasionados. El artículo 1106 CC establece directamente las de daño emergente y lucro cesante, siendo daño emergente el conjunto de los efectos directos e inmediatos de nuestra conducta y lucro cesante el rendimiento que el perjudicado habría podido obtener normalmente de no mediar la conducta desencadenante de la responsabilidad. El daño

moral aún siendo daño no es directamente patrimonial, sino que produce un menoscabo de la capacidad del perjudicado, limitándola física o psíquicamente, ya sea de forma temporal o definitiva; es decir que el daño moral consiste en la compensación de un sufrimiento que no habría existido sin la conducta perjudicial del responsable.

Así la clave de la responsabilidad resarcitoria, indemnizatoria o por daños es la producción de un daño, o conjunto de daños, a una o varias personas o a sus patrimonios, que ha de ser indemnizado o resarcido, y sin daño no hay responsabilidad resarcitoria.

Por el contrario, en la responsabilidad que llamamos sancionadora, consecuente de la responsabilidad legal, no se exige daño concreto. La clave, el fundamento de la responsabilidad en estos casos, es el quebrantamiento del orden público establecido por la Ley al realizar un acto indebido, cabe igualmente la omisión, por estar proscrito por la norma este comportamiento concreto.

El presupuesto de la responsabilidad sancionadora es el incumplimiento de una norma y su consecuencia primera es la sanción, no la indemnización, aún en el supuesto de no haber causado daño alguno a tercero. Lo dañado en primer lugar es el ordenamiento jurídico, es decir el concepto de orden público, de donde se sigue necesariamente una sanción o pena. Si además, y como consecuencia de la infracción, se hubiera producido daño específico a un interés, público o particular, cuyo perjuicio en tal caso habría de ser consecuentemente indemnizado, entraría en juego la responsabilidad resarcitoria. En la aplicación de la responsabilidad sancionadora en el Derecho privado, la iniciativa de la reclamación corresponde casi siempre al particular, y más raramente al propio Estado.

Tomemos como ejemplo el depósito obligatorio de las Cuentas Anuales de las sociedades ante el Registro Mercantil. Si lo omitimos, se producirá la multa correspondiente, y ello con independencia de que hayamos causado o no un daño a tercero. Lo dañado es el orden público, por infringir la obligación legal de depositar, y la consecuencia será la sanción económica establecida por la ley. En este caso el contenido de la responsabilidad no será la indemnización sino el cumplimiento puntual de la sanción pecuniaria impuesta a la sociedad infractora. De esta manera la responsabilidad sancionadora corrige las conductas consideradas impropias o inadecuadas mediante una multa económica, que no depende en su cuantía del principio de resarcimiento de un daño, sino de una gradación de cuantías preestablecidas, para garantizar el principio de seguridad jurídica, y en relación con la gravedad de la infracción.

Se puede hablar también, aunque impropia­mente, de responsabilidad sancionadora en la contractual cuando las partes han previsto para el caso de incumplimiento la sustitución –total o parcial– de la compensación de los daños consecuentes por el pago de una cantidad alzada y preestablecida, por ejemplo el pago de una determinada cantidad por cada día de retraso en la ejecución de lo pactado. Es el supuesto de las denominadas cláusulas penales, y en estos casos no será precisa la demostración de daño, sino simplemente la del incumplimiento, aplicándose automáticamente la condición penalizadora pactada, salvo su moderación judicial por considerarse excesiva o desproporcionada.

De lo dicho cabe deducir que la responsabilidad resarcitoria o por daños puede aparecer en el orden público o en el privado, y que su función es devolver la situación patrimonial a la que existía antes de producirse el daño, o compensar la imposibilidad de ello. Por su parte la sancionadora tiene por objeto la corrección del infractor, y por ello es típica del orden público, de modo que en el privado sólo aparece de forma excepcional y en situaciones en las que el ordenamiento establece principios u obligaciones que afectan al orden público, entendido como la correcta aplicación de la norma.

1.4.2. Apreciación: causal u objetiva

Dentro de la responsabilidad por daños, y tomando la forma de apreciación o prueba procesal de la responsabilidad como criterio de distinción, puede ser ésta de carácter causal u objetivo. Es decir que, para la determinación en tribunales de la existencia de responsabilidad en cada caso concreto, se recurrirá a un criterio de prueba causal o de consecuencia objetiva extraída a través de una presunción legal del nexo causal sin necesidad de prueba del mismo.

La apreciación causal va unida a la responsabilidad común u ordinaria por daños, mientras la apreciación objetiva está normalmente ligada a la previsión de situaciones de riesgo, por lo que es común hablar de responsabilidad ordinaria por daños, en la apreciación causal, y de responsabilidad por riesgo en la apreciación objetiva.

Si el criterio de apreciación es causal –supuesto de la responsabilidad que también llamamos ordinaria– será necesario probar la existencia del acto u omisión causante del daño, también será preciso probar el propio daño provocado así como su valoración patrimonial, y finalmente habrá de establecerse la existencia de una relación causa efecto entre el acto y el daño, de forma tal que se determine claramente que el daño no se habría producido de no mediar el acto, y que de éste se sigue necesariamente

aquél sin otra intervención. Se trata aquí de los tres elementos habitualmente exigidos por nuestra jurisprudencia para apreciar la existencia de la responsabilidad causal ordinaria.

Por su parte la apreciación objetiva se produce cuando la ley establece una presunción del nexo causal entre el acto y la consecuencia, de manera que, si se producen ambos, el nexo causal se deduce necesariamente porque la ley así lo establece, sin precisar de otra demostración. La presunción se legal establece como consecuencia del hecho tipificado como desencadenante de la responsabilidad objetiva. Será necesario probar el hecho y, probado éste y la aparición del daño, se nos eximirá de probar el nexo causal entre uno y otro y la responsabilidad aparecerá automáticamente como consecuencia y por mandato expreso de la ley.

En esta forma de apreciación objetiva se invierte en realidad la carga de la prueba: no será el perjudicado quien deba probar la negligencia causante del daño, sino que será el supuesto responsable quien habrá de probar la negligencia o culpa exclusiva de la víctima para evitar la imputación de responsabilidad. Lógicamente este supuesto no es común sino excepcional, y sólo resulta aplicable cuando la ley lo ordena expresamente y así lo tipifica.

En el orden privado la responsabilidad objetiva está asociada a las situaciones consideradas como de riesgo especial, que exigen la presencia de un mayor cuidado o diligencia por parte de los implicados. Son ejemplos típicos la conducción de vehículos, la caza o la manipulación de productos o residuos radiactivos, aunque encontramos otros supuestos cuando el ordenamiento pretende proteger especialmente alguna situación, por ejemplo es objetiva también la apreciación en muchos supuestos de competencia desleal, ya que se está protegiendo un interés común, el de los consumidores o el de la leal competencia como principio de obligado cumplimiento en la actuación mercantil.

Dicho de otra forma, la responsabilidad por riesgo o de apreciación objetiva aparece en el derecho privado cuando el estado quiere proteger especialmente a una de las partes en conflicto, cuando en la práctica el derecho administrativo se introduce en el derecho privado o se aproxima a éste.

En el caso de la responsabilidad sancionadora, la apreciación exige la demostración del incumplimiento y la constatación de existencia de la norma infringida, pero cabrá al presunto responsable defenderse de la imputación alegando la concurrencia de circunstancias atenuantes o eximentes de la responsabilidad. Por existir un criterio objetivo para su

determinación, el incumplimiento de la norma, se habla frecuentemente de su apreciación objetiva, pero sólo lo es en un sentido impropio, diferente del anteriormente expuesto. Se confunden aquí naturaleza y apreciación, pues en la sancionadora el fundamento es objetivo, la infracción, pero la apreciación es necesariamente directa: la demostración de incumplimiento de la norma, y no cabe aplicarla por presunción salvo si la propia norma lo determina específicamente.

A su vez existen en la ley dos tipos diferentes de presunciones: las absolutas o presunciones *iuris et de iure*, que no admiten prueba en contrario, y las relativas o presunciones *iuris tantum*, que sí la admiten. Ambas se basan necesariamente en la prueba previa del hecho desencadenante de la presunción, y siempre cabe al infractor la prueba de la inexistencia del hecho en sí. Sin embargo en las absolutas una vez probado el hecho la consecuencia presumida legalmente es inatacable –cabe hablar pues de apreciación directa de la responsabilidad, una vez probado el hecho que deviene injustificable por mandato legal– mientras que en las relativas puede el responsable probar que aún producido el hecho desencadenante o no existe vínculo entre éste y la consecuencia aparente, o ésta no se ha producido. Debe quedar claro en cualquier caso que lo presumido legalmente no será nunca el hecho desencadenante de la responsabilidad, sino el nexo causal entre éste y el daño consecucional, por lo tanto siempre cabrá al imputado de responsabilidad la prueba de la inexistencia del hecho determinante o del daño padecido, pues no cabe responsabilidad resarcitoria si no se dan ambos.

1.4.3. Responsabilidad directa y subsidiaria

Finalmente, y en cuanto a la determinación de la persona responsable de las consecuencias de la infracción, podemos hablar de responsabilidad por actos propios y de responsabilidad por actos de terceros.

En la responsabilidad por actos propios se nos deduce ésta como consecuencia de un hecho cuya realización directa se nos imputa, y que hemos podido realizar en solitario o en compañía de otros. La responsabilidad será entonces directa, y nos afectará en exclusiva por los actos u omisiones que nos sean imputables a título individual. Si en el acto u omisión –sea incumplimiento o negligencia simple– desencadenante de la responsabilidad han participado varias personas conjuntamente, la responsabilidad, además de directa, será solidaria, si cabe exigir el cumplimiento de la consecuencia íntegra a cualquiera de los responsables, o mancomunada si sólo cabe exigir parcialmente el cumplimiento a cada uno de los implicados.

El artículo 1903 del CC dispone, entre otros casos de responsabilidad por actos ajenos, la imputable al empresario por los actos realizados por sus empleados en el desempeño de los asuntos que les tienen encomendados.

En estos casos la responsabilidad puede ser directa, en la que se responde de las consecuencias solidariamente con el causante, o subsidiaria, en la que la responsabilidad sólo es exigible una vez agotado el patrimonio del infractor sin satisfacer íntegramente la responsabilidad patrimonial, ya sea resarcitoria o por sanción. Comúnmente será directa y solidaria la derivada de la culpa *in eligendo*, pero subsidiaria la consecuyente con la culpa *in vigilando*, aunque en ambos casos, y por disposición del artículo 1904 CC, que se ratifica y aclara expresamente en el artículo 297 CCo., el empresario podrá repetir de su empleado las cantidades que se hubiese visto compelido a satisfacer por los actos maliciosos o negligentes realizados por éste, así como por aquéllos en los que hubiese infringido las órdenes e instrucciones recibidas.

1.4.4. Fundamento de la Responsabilidad

Una vez establecidos los diferentes tipos de responsabilidad, podemos establecer sus correspondientes fundamentos legales, es decir las razones por las que el Derecho establece una consecuencia patrimonial para un hecho determinado.

Para la responsabilidad sancionadora el fundamento está en la infracción de la norma de conducta establecida por el Derecho, es decir la desviación de nuestra conducta de aquélla que se considera jurídicamente adecuada a la circunstancia, sin que necesariamente de ella se deduzca un daño personal o patrimonial concreto, lo dañado será idealmente el orden público. Por eso la consecuencia es la penalización o sanción, con valor de corrección de la conducta desviada para que se tome conciencia del error cometido y se evite su reiteración futura.

En el caso de la responsabilidad indemnizatoria el fundamento es el daño producido a tercero, que debe ser reparado, y sin daño no hay resarcimiento posible. A su vez, cuando la apreciación es causal, se establece sin lugar a dudas la vinculación entre conducta y daño, con lo que es indiscutible que la conducta causa el perjuicio y ello determina la obligación de reparar.

El fundamento de la apreciación objetiva es el riesgo, pero en un sentido a su vez doble. De un lado está en la situación de riesgo real personalmente asumida al realizar una actividad por sí misma susceptible de producir daño a tercero, por lo que requiere de una diligencia especial en

la actuación, es el caso de la caza, la conducción de vehículos y la manipulación de elementos radiactivos o contaminantes en general. Si el daño se produce la norma establece la presunción lógica de que la conducta no fue lo bastante diligente para evitarlo, por ello para su apreciación no se exige demostración del vínculo causal sino la de que el daño es imputable sólo al perjudicado para lograr la exoneración.

En el segundo sentido del riesgo se fundamenta en la obtención de lucro en la actividad: si se realiza constantemente una actividad que proporciona un beneficio, el riesgo patrimonial del producto deficiente debe recaer sobre quien se lucra con su producción o venta, y no sobre quien aleatoriamente se ve perjudicado por la disfunción ocasional, de aquí la responsabilidad especial de los comerciantes por productos o servicios defectuosos.

1.4.5. Integración de los diferentes supuestos

Las diferentes clases de responsabilidad establecidas se combinan en cada situación concreta, sin ser necesariamente excluyentes entre sí, salvo las procedentes de un mismo criterio clasificatorio. De la mezcla de los elementos de la naturaleza de la responsabilidad y la apreciación de su existencia surgen diferentes combinaciones para determinar si procede o no la declaración de responsabilidad. Hablamos por ejemplo de responsabilidad extracontractual resarcitoria y de apreciación causal, o de responsabilidad extracontractual resarcitoria de apreciación objetiva, o de responsabilidad legal sancionadora que además de la sanción puede acarrear o no resarcimiento por los daños si éstos se demuestran.

Así en la responsabilidad ordinaria por daños será preciso probar el daño, el acto negligente y la relación causal entre ambos, si no se produce esta prueba será imposible la estimación de la demanda interpuesta. En la responsabilidad objetiva por daños bastará con determinar la existencia del daño, pues la relación causal viene preestablecida por la ley, es decir presumida como consecuencia de la aceptación del riesgo y de la conciencia de la necesidad de aplicar una diligencia especial a la situación. En la sancionadora habrá de probarse la infracción para que se pueda imponer la corrección, y además y en su caso, también habrá de probarse el daño para que éste sea indemnizable.

1.5. RESPONSABILIDAD ANTE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Las distintas ramas del Derecho nos imponen obligaciones de diferente naturaleza, así en general podemos hablar de Responsabilidad en el

orden Privado y en el orden Público, según venga impuesta por normas de uno u otro carácter.

En el Derecho Público distinguimos responsabilidad de carácter administrativo, cuando se incumple una obligación impuesta por normas de ésta naturaleza entendidas como el desarrollo de la función estatal como organizadora del comportamiento social; responsabilidad en el orden fiscal, relativa al incumplimiento de las normas tributarias, y responsabilidad penal, atinente a las consecuencias de los actos ilícitos.

En general en el Derecho Público podemos distinguir dos tipos de consecuencias de la responsabilidad, que serán personales y patrimoniales. Las consecuencias personales alcanzan exclusivamente a la esfera personal del individuo responsable y no pueden extenderse más allá. Nos sirven como ejemplos la suspensión del permiso de conducción –o la retirada de puntos– el cumplimiento de una pena de prisión, la suspensión del derecho de sufragio o la prohibición de ejercicio de cargo o función pública. Estas consecuencias personales no son pues trasladables a persona distinta de aquella que cometió la infracción que la sanción castiga, y su estudio corresponde a las diferentes disciplinas jurídicas en que tienen su origen y fundamento.

Sin embargo las consecuencias patrimoniales no sólo afectan al infractor, sino que, en ocasiones, pueden extenderse a otras personas consideradas responsables de la infracción, pero sólo desde un punto de vista meramente patrimonial, es decir en cuanto a las consecuencias estrictamente económicas. En tales casos la Responsabilidad podrá ser a su vez directa o subsidiaria, según la exigencia y reclamación puedan realizarse en plano de igualdad con el infractor, y solidariamente con éste, o sólo una vez determinada la ausencia de patrimonio del mismo. En el momento en que la responsabilidad se patrimonializa, se convierte en exigible a través del ordenamiento privado, aunque no lo fuese en origen.

La patrimonialización de esta responsabilidad puede suponer que una empresa, individual o social, sea declarada responsable civil, esto es exclusivamente patrimonial, de una infracción administrativa o penal perpetrada por un empleado. Con independencia de la corrección personal del infractor, la multa o sanción pecuniaria correspondiente recaería sobre el patrimonio empresarial. De no ser éste suficiente, cabe incluso el que la responsabilidad por las deudas sociales se extienda a las personas encargadas de la administración social, que acabarían siendo responsables del pago con su propio patrimonio, hecha excusión del de la empresa.

Hay también otros supuestos en la Ley que establecen la extensión directa de la responsabilidad económica de una persona jurídica al patrimonio de sus administradores, es el caso de la extensión de la responsabilidad fiscal o tributaria a las personas que han actuado, o hubieran debido hacerlo, en representación de la entidad.

Así una fuente más de la responsabilidad patrimonial, tanto de carácter individual como en el caso de la actividad empresarial, procede del ordenamiento público, y se refleja tanto en las obligaciones patrimoniales que recaen directamente sobre la empresa como en aquellas que le son deducidas de la actuación de sus empleados y representantes. A su vez esta responsabilidad económica puede extenderse ocasionalmente a los administradores de la sociedad, en situaciones de insuficiencia del patrimonio de ésta. Otras, por último, recaen directamente sobre el administrador como causante de la infracción cometida por la sociedad, o como responsable directo cuando así lo determina la norma.

2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL INDIVIDUAL. EXIGENCIA Y ALCANCE PATRIMONIAL

Las personas responden de los actos que realizan y ante el incumplimiento de sus obligaciones con la totalidad de su patrimonio, tanto actual como futuro, según hemos indicado que dispone el Código Civil. Responden igualmente, ante los terceros perjudicados, por los actos que realizan quienes de ellos dependen, sea por estar bajo su cuidado o tutela o, en el caso del empresario, por estar sometidos a su organización y en el desarrollo de las funciones que les encomiendan.

Sin embargo esta formulación no es más que un principio general de actuación, el principio de responsabilidad patrimonial universal, que no supone en realidad garantía alguna del cumplimiento efectivo de las obligaciones, de aquí que sea común en el tráfico la exigencia y existencia de otras garantías de cumplimiento, más allá de del principio de afección patrimonial plena.

2.1. ALCANCE PERSONAL DE LA RESPONSABILIDAD

La responsabilidad personal implica la totalidad del patrimonio del deudor, que en el caso de no cumplir voluntariamente podrá verse compelido al cumplimiento forzoso o incluso a soportar patrimonialmente el cumplimiento por tercero, lo que implica una patrimonialización forzosa del incumplimiento de todas las obligaciones que facilite su exigencia en tribunales.

2.1.1. Reclamación Judicial

La exigencia del cumplimiento ante los tribunales se articula mediante diferentes procedimientos judiciales. Establece la Ley de Enjuiciamiento Civil dos tipos diferentes de proceso. Hablamos de procedimientos Declarativos cuando se trata de solicitar del Juzgado la declaración, mediante sentencia, de la existencia de un derecho o su negación. Básicamente, y sin entrar en detalles propios del Derecho Procesal, podemos distinguir el Juicio Ordinario, para cuantías superiores a 3.000€, y el Juicio Verbal, para cuantías inferiores, si bien y en lo que atañe específicamente a la materia mercantil se reservan expresamente para el Ordinario con independencia de su cuantía (LEC, 249, 3º, 4º y 5º) las impugnaciones de acuerdos sociales, los atinentes a competencia desleal, propiedad intelectual e industrial y publicidad (salvo las meras reclamaciones de cantidad) y las relativas a condiciones generales de la contratación.

El proceso de Ejecución es pertinente cuando no es precisa la previa declaración de existencia del derecho, bien porque éste ya ha sido declarado por sentencia judicial o porque la reclamación se basa en un reconocimiento por el obligado de la existencia de la obligación y sólo es necesario probar el incumplimiento (LEC, 517). La ejecución de pronunciamientos judiciales puede ser provisional o definitiva (LEC, 524), según se base en una sentencia todavía apelable o en otra que ya es firme. A su vez el reconocimiento de la obligación podrá constar en documento público o bien estar previamente incorporado a un título valor.

Así en los procesos de Ejecución, en el caso de obligaciones de dar los tribunales procurarán la traba mediante embargo de los bienes a entregar al acreedor, para ponerlos, en su caso, a disposición de éste ya se trate de obligaciones dinerarias (LEC, 571) o de la entrega de bienes concretos y especificados (LEC, 701). Sin embargo en las obligaciones de hacer y en las de abstenerse no existe la posibilidad, una vez incumplidas, de obligar al deudor a realizar directa y personalmente la prestación debida, ya sea de hacer o de abstenerse. Consecuentemente la ejecución se ciñe en estos casos a «hacer» la conducta o «deshacerla» por tercero, pero en ambos casos a expensas del obligado.

Por ello el cumplimiento forzoso de la obligación, en estos casos, requiere necesariamente una previa patrimonialización del contenido obligacional, consistente en su reducción a cantidad líquida recuperable del patrimonio deudor que permita y facilite la sustitución de la prestación por una cantidad de dinero, embargable ya sea directamente o bien a través de bienes que puedan hacerse líquidos mediante subasta judicial (LEC,

706 y ss.). De esta forma, en última instancia, el cumplimiento de cualquier obligación se patrimonializa, se convierte en dinero. Así la entrega voluntaria se puede sustituir por la acción judicial que en primer lugar traba los bienes mediante el embargo, en segundo lugar convierte éstos en cantidad líquida mediante subasta y finalmente desplaza la cuantía correspondiente desde el patrimonio del deudor al del acreedor.

El cumplimiento de la obligación desatendida se convierte, en su reclamación y ejecución judicial, en la determinación de una cantidad líquida que se corresponde con el valor de la prestación incumplida, seguida de la exigencia judicial de la cuantía así establecida, la posterior traba de los bienes necesarios para cubrir el montante resarcitorio, la liquidación de éstos y el pago final, proceso que en cualquier momento puede ser interrumpido por el deudor cumpliendo voluntariamente.

2.1.2. Garantías del Acreedor

De no obtenerse en el patrimonio del deudor bienes suficientes para atender el pago de la suma determinada, se pueden poner en marcha otros mecanismos legales que buscarán completar la cuantía. Hay que reseñar en primer lugar la posibilidad del acreedor de ejercitar las acciones que en puridad corresponden al deudor, pero que éste no ejercita voluntariamente. Son los casos de las acciones subrogatoria y directa, que permiten al acreedor, una vez ejecutados e insuficientes los bienes en posesión de su deudor, reclamar a los deudores de éste hasta completar la cuantía de la reclamación inicial.

La *acción subrogatoria* se dispone con carácter general en el artículo 1111 del Código Civil, y permite al acreedor tomar procesalmente la posición de su deudor en una obligación exigible por éste, de manera que, ejercitando la acción de reclamación en nombre de su deudor, obtenga satisfacción de su derecho directamente sobre el patrimonio del deudor de su deudor.

La *acción directa* no tiene carácter general, sino excepcional. No cabe su invocación procesal más que cuando la ley lo establece expresamente. Es, por ejemplo, el caso del subcontratista que, al no obtener pago del contratista vinculado con él contractualmente, reclama del propietario de la obra la cuantía que éste debe a su vez al contratista intermediario (CC, 1597).

Ejercitadas las anteriores acciones sin obtener la plena satisfacción, cabe aún la *acción revocatoria o pauliana*, también recogida en el artículo 1111. Esta acción legal permite la anulación de los actos realizados por el deudor

en fraude de sus acreedores, reponiendo en el patrimonio del deudor –para su ejecución a favor del acreedor– aquellos bienes que el deudor ha sacado fraudulentamente del mismo y con intención de hurtarlos a la acción de sus acreedores. En el mismo sentido de posibilitar la recuperación de bienes excluidos fraudulentamente del patrimonio del deudor, se establece en el artículo 1291.3º del CC el supuesto de rescisión contractual por fraude, y se refuerzan ambos supuestos mediante las acciones de reintegración en la masa pasiva establecidas en el artículo 71 de la Ley Concursal.

Establece también el ordenamiento la obligación del deudor, en caso de encontrarse en situación de insolvencia actual (LC. 5) y su derecho, si la insolvencia es previsible o futura (LC. 2.3), de constituirse en situación procesal de *Concurso de Acreedores*. Se prevé esta institución legal como tutela de los derechos del deudor –función protectora del concurso– facilitando la supervivencia de la actividad empresarial mediante el aplazamiento y/o la reducción de las deudas por convenio con sus acreedores. A la vez actúa el concurso, en caso de no ser posible el convenio o la supervivencia, como sistema de ejecución universal de los créditos, clasificando y ordenando los créditos para su atención en el grado que sea posible.

Agotados finalmente tanto los bienes como las acciones utilizables, puede aún el acreedor embargar bienes futuros pero ciertos, caso del embargo parcial de salarios y pensiones, dispuesto en el artículo 607 de la LEC, hasta completar en su día la cuantía determinada como equivalente al cumplimiento de la obligación inicialmente reclamada. Finalmente, si no se ha obtenido el cobro total, queda tan sólo la posibilidad de exigir el cumplimiento en el futuro si el incumplidor llegara a mejor fortuna.

Por ello en evitación de fallidos, cabe la búsqueda previa de garantías que aseguren desde el nacimiento de la obligación el cumplimiento de la misma. En este grupo de acciones preventivas se incluye el *derecho de retención* establecido con carácter general por el artículo 1600 del CC en favor de quien realice una obra en cosa mueble, que queda autorizado legalmente a retener como prenda el objeto hasta que se le abone el importe de la obra realizada. A su vez la legislación establece derechos de retención específicos en otros supuestos, como el del transportista sobre los objetos transportados o el del comisionista establecido en el artículo 276 del Código de Comercio.

Otros supuestos de prevención consisten en el establecimiento de *garantías personales o reales* del cumplimiento de las obligaciones. Entre las garantías reales cabe mencionar los casos de hipoteca, prenda y anticresis, concertados sobre bienes que pueden ser tanto propiedad del deudor

como de terceros. Entre las personales debe destacarse el contrato de aval, por el que un tercero se compromete a cumplir la obligación del deudor principal en caso de incumplimiento de éste.

3. RÉGIMEN GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO

3.1. LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO

La responsabilidad civil del empresario carece en nuestro Ordenamiento de una normativa *ad hoc*, por lo que su análisis se aborda a través de un conjunto de normas diversas, algunas de aplicación general en el Derecho Privado, como el Código Civil, o en el Derecho Público, Código Penal, y otras de aplicación específica a la actividad mercantil, entre las que se cuentan unas de carácter netamente administrativo y otras propiamente reguladoras del marco de las relaciones privadas.

De lo expuesto en los epígrafes anteriores, resumimos que existe un corpus disperso de normas relativas a la responsabilidad del empresario, en cuanto a sus fuentes y origen, compuesto por las normas relativas a la responsabilidad general de todo sujeto de derecho, a las que se añaden como específicas las extracontractuales correspondientes a la Fase de Producción, ya sean de apreciación causal u objetiva o por riesgo, y las derivadas del deficiente comportamiento y desarrollo de productos y servicios. La responsabilidad en que se pudiera incurrir, por infracción de norma o por daños causados, se patrimonializa en su exigencia, convirtiéndose antes o después en una cantidad de dinero reclamable y ejecutable con cargo al patrimonio empresarial, e incluso, agotado éste, cabe su extensión al de las personas que dirigen la actividad.

Todos estos extremos, reforzados con los delitos contra el medio ambiente (CP, artículos 325 a 331), componen un primer *Corpus* de Responsabilidad Civil Extracontractual del Empresario, que se completa con la ya citada responsabilidad por los actos de los dependientes, al que podríamos denominar como Responsabilidad extracontractual derivada de la Producción e Instalaciones. Esta responsabilidad de la fase productiva se completa, y se analizará más adelante, con las disposiciones de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, relativas a aquéllas en que se incurre en la fase postventa de los productos y servicios introducidos en el mercado, propiamente responsabilidad contractual por derivarse normativamente de los contratos establecidos con la clientela.

Por lo tanto, en términos del derecho privado, hablaremos de responsabilidad legal, contractual y extracontractual, según cuál sea el origen o fuente de la misma. Se incurrirá en ella por infracción directa de una norma, por incumplimiento de lo acordado entre las partes, por deficiente funcionamiento de los productos y servicios introducidos en el mercado, o, finalmente, por consecuencia de una actuación negligente, ya sea propia o de nuestros dependientes, y las derivadas del deficiente mantenimiento o funcionamiento de las instalaciones y edificios destinados al desarrollo de la actividad empresarial.

3.2. LA RESPONSABILIDAD DEL COMERCIANTE CASADO

Referida la sujeción del patrimonio del empresario al cumplimiento de sus obligaciones, cabe analizar como caso particular la incidencia del contrato matrimonial en la determinación de los bienes finalmente sujetos a persecución por los acreedores.

Debemos en primer lugar establecer las consecuencias legales del matrimonio, en cuanto a la atribución de titularidad de los bienes, para las personas en general que no ostentan la cualidad de comerciante, es decir para las personas en el ámbito estrictamente civil, para después analizar las consecuencias del ejercicio del comercio para el comerciante casado.

3.2.1. La sociedad legal de gananciales

La *sociedad de gananciales* es el régimen económico matrimonial legal general (a excepción de las Comunidades Autónomas de Cataluña, Aragón, Valencia y Baleares, donde el régimen general es el de separación de bienes). Por tanto, en ausencia de pacto en contrario entre los cónyuges –es decir, de otorgamiento de las llamadas capitulaciones matrimoniales– y salvo en esas Comunidades, será el régimen de aplicación general.

El sistema de sociedad de gananciales se configura como una comunidad de bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio a los que se le denominan *bienes gananciales*. Quedan excluidos de la comunidad de bienes gananciales los *bienes privativos*, que son aquellos bienes adquiridos por los cónyuges con anterioridad a la celebración del matrimonio (tanto los adquiridos a título oneroso como gratuito) y los bienes y derechos adquiridos a título gratuito durante el matrimonio.

Conforme al régimen de sociedad de gananciales, los bienes que se obtengan a título oneroso por los cónyuges durante el matrimonio se hacen comunes por mitad y entran a formar parte de la masa de bienes gananciales.

Entre los bienes gananciales, podemos destacar los siguientes: los ingresos obtenidos por el trabajo de los cónyuges durante el matrimonio, los frutos, rentas o intereses, los bienes adquiridos a costa del caudal común, los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, las empresas y establecimientos fundados con bienes comunes, y los ingresos obtenidos del juego, entre otros (*vid.* artículo 1347 CC).

Por su parte, entre los bienes privativos se encuentran: los adquiridos con anterioridad al matrimonio, los recibidos a título gratuito (por herencia o donación), los adquiridos con bienes privativos, etc. (*vid.* artículo 1346 CC). Debemos destacar que los cónyuges, si lo desean, pueden convertir bienes privativos en gananciales, de conformidad con lo previsto en los artículos 1353 y 1355 CC.

La *gestión, administración y disposición de los bienes gananciales* corresponde, con carácter general, a ambos cónyuges de conformidad con el principio de igualdad conyugal, si bien es posible que acuerden que corresponda a uno sólo de ellos con el consentimiento del otro o, incluso, con carácter excepcional, a la autoridad judicial.

Los bienes gananciales se encuentran afectos a las necesidades familiares. Así, el artículo 1362 CC determina que los bienes gananciales sufragarán los gastos relativos al sostenimiento de la familia, la adquisición y disfrute de bienes comunes, la gestión ordinaria de bienes privativos y el ejercicio regular de su profesión por cada cónyuge.

Como regla general, los acreedores de la sociedad conyugal (entendida como actuación conjunta de ambos cónyuges, o de uno de ellos en interés de la sociedad de gananciales) pueden satisfacer sus derechos de crédito sobre la totalidad de los bienes gananciales. Si bien, en caso de deudas privativas de uno de los cónyuges, los acreedores deberán dirigirse sobre los bienes privativos de dicho cónyuge, y sólo en ausencia de bienes suficientes, podrá intentar embargar los bienes gananciales. El artículo 1373 CC dispone que, en dicho caso, el otro cónyuge puede solicitar la disolución de la sociedad de gananciales.

Por tanto, el *régimen de responsabilidad* de la sociedad de gananciales previsto en el Código civil determina que de las deudas del matrimonio responderá la sociedad de gananciales, a excepción de aquellas obligaciones que sean anteriores al matrimonio o ajenas a la sociedad de gananciales, con las particularidades referidas anteriormente y, en especial, en lo que respecta a las deudas del cónyuge comerciante, cuyo régimen de responsabilidad será analizado más adelante.

Los artículos 1392 a 1395 del Código civil determinan cuales son las causas de *extinción de la sociedad de gananciales*, siendo éstas las siguientes:

a) De *pleno derecho*: por disolución del matrimonio; declaración de nulidad del matrimonio; separación judicial y sustitución de este régimen por otro.

b) Por *solicitud judicial* de uno de los cónyuges por incapacidad, prodigalidad, ausencia, concurso o condena por abandono familiar del otro cónyuge; fraude, engaño o peligro; separación de hecho de los cónyuges durante más de un año; y por incumplimiento grave y reiterado de uno de los cónyuges del deber de informar sobre la marcha y rendimiento de sus actividades económicas.

Disuelta la sociedad de gananciales por alguna de las causas anteriormente referidas, el artículo 1396 del Código civil establece que: «*se procederá a su liquidación, que comenzará con un inventario del activo y pasivo de la sociedad*». Posteriormente, se determinará el haber líquido, separando del inventario los bienes propios de cada cónyuge y el importe de las deudas de la sociedad, denominado haber líquido partible. Determinado el mismo, se procederá a su división por mitad, realizando las adjudicaciones de los bienes correspondientes a cada cónyuge.

3.2.2. El Régimen de separación absoluta de bienes

La *separación de bienes* es el régimen económico matrimonial aplicable en ausencia de capitulaciones matrimoniales en las comunidades autónomas de Cataluña, Aragón, Valencia y Baleares, y el régimen supletorio de segundo grado en el resto del territorio nacional.

Dicho régimen es, por tanto, de aplicación en caso de pacto expreso de los cónyuges en sus capitulaciones matrimoniales (salvo las excepciones territoriales antedichas) o en el caso de que hayan excluido el régimen de gananciales; y cuando se extinga la sociedad de gananciales si no se establece expresamente otro régimen.

El sistema de separación de bienes consiste en que cada uno de los consortes tiene sus propios bienes y su propio patrimonio. Así lo establece el artículo 1437 del Código civil, en los siguientes términos: «*En el régimen de separación pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiriera por cualquier título. Asimismo corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes*».

El *régimen de responsabilidad* es más sencillo que en el caso de la sociedad de gananciales ya que, al no existir, en principio, bienes comunes, cada cónyuge responderá de sus obligaciones únicamente con sus propios

bienes, o lo que es lo mismo, «*las obligaciones contraídas por cada cónyuge serán de su exclusiva responsabilidad*», tal y como prevé el párrafo primero del artículo 1440 del Código civil.

El artículo 1348 del Código civil determina el régimen de *sostenimiento de las cargas matrimoniales*. Dicho precepto establece que: «*Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación*». Por tanto, en primer lugar será de aplicación lo acordado por las partes respecto al sostenimiento de las cargas matrimoniales y, subsidiariamente, en ausencia de pacto, ambos cónyuges contribuirán proporcionalmente con sus respectivos recursos económicos.

El régimen de separación de bienes se extinguirá por la voluntad de los cónyuges o por la disolución del matrimonio, previendo el artículo 1441 que: «*cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad*».

3.2.3. El Régimen de Participación

El *régimen de participación* puede ser considerado un sistema híbrido entre los dos regímenes anteriormente estudiados, esto es, entre la sociedad de gananciales y la separación de bienes, consistente en que, mientras se encuentra vigente el matrimonio, rige el sistema de separación de bienes y, cuando éste se extingue, surge el derecho de los cónyuges a participar en el patrimonio del otro, operando en la liquidación como un sistema de sociedad de gananciales.

El artículo 1411 del Código civil establece que: «*en el régimen de participación cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente*». En todo lo no previsto expresamente en el Código Civil sobre dicho régimen, se aplicarán, durante la vigencia del mismo, las normas relativas al régimen de separación de bienes (*vid.* artículo 1413 CC), si bien, producida la extinción, se determinarán las ganancias por las diferencias entre el patrimonio inicial y el final de cada cónyuge (*vid.* Artículo 1417 CC).

Conforme prevé el artículo 1422: «*el patrimonio final de cada cónyuge estará formado por los bienes y derechos de que sea titular en el momento de la terminación del régimen, con deducción de las obligaciones todavía no satisfechas*». Cuando la diferencia entre el patrimonio final e inicial de uno y otro

cónyuge arroje resultado positivo, la regla de distribución de las ganancias es que corresponderá al cónyuge que no haya obtenido incremento patrimonial o que haya obtenido un menor incremento patrimonial, la mitad de las ganancias del otro cónyuge (*vid.* artículos 1427 y 1428 CC).

La extinción del régimen de partición se producirá por las mismas causas de extinción de la sociedad de gananciales y como consecuencia de una administración irregular.

3.2.4. Nulidad, Separación y Divorcio

Una vez celebrado el matrimonio, los contrayentes quedan ligados por el vínculo conyugal, en principio hasta que la muerte, el divorcio, o alguna otra causa excepcional que disuelva la unión, los separe.

Debemos diferenciar la disolución del matrimonio de los supuestos de *nulidad* del mismo. El matrimonio podrá ser declarado nulo si éste adoleció de algún defecto que destruya el vínculo del matrimonio, o la apariencia que del mismo se había creado, la consecuencia será que el matrimonio nunca existió, aunque se reconocerán algunos de sus efectos en favor de terceros, por ejemplo la presunción de filiación de los hijos. Por el contrario, el *divorcio* determina la disolución del matrimonio válidamente contraído por una causa sobrevenida, es decir que el matrimonio existió pero se ha roto.

El divorcio fue introducido en nuestro Ordenamiento jurídico con la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil. En esta Ley se regulaba el procedimiento a seguir en los casos de nulidad, separación y divorcio. Además, en dicha Ley se determinaban una serie de causas en las que se podía fundamentar la petición de divorcio por los cónyuges, produciéndose la disolución del matrimonio cuando el juez en sentencia firme acogía la causa de divorcio invocada y declaraba disuelto el matrimonio.

Actualmente, desde la entrada en vigor de la vigente Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, ya no es necesario que los cónyuges aleguen una causa para pedir el divorcio, sino que cualquiera de los cónyuges podrá solicitarlo pasados tres meses desde la celebración del matrimonio o, incluso antes, si se acredita la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física o moral, la libertad o identidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos o terceros. Si bien únicamente se entenderá que hay divorcio y que se ha disuelto el matrimonio, como hemos visto, cuando así lo determine el juez en sentencia firme.

Por último, podemos destacar una tercera figura distinta de las dos anteriores: la *separación*, que no implica ni la disolución del vínculo matrimonial ni la nulidad del casamiento. Por medio de la separación, el Juez, a petición de parte, podrá decretar la cesación de la vida matrimonial acordando la separación legal de los cónyuges, que siguen estando casados, pero que no viven como un matrimonio mientras que la separación dure.

3.2.5. El Comerciante casado

El Código de Comercio establece (artículo 6) la sujeción plena a las results de la actividad comercial tanto de la totalidad de los bienes propios del cónyuge comerciante como de todos los obtenidos por consecuencia de la actividad, quedando los demás bienes comunes fuera del alcance de la responsabilidad del comerciante salvo consentimiento de ambos cónyuges. Incide pues de forma determinante en el alcance de la responsabilidad del comerciante el régimen económico del matrimonio al que los cónyuges se hayan sometido, ya sea voluntariamente o por disposición legal en ausencia de pacto.

Debe destacarse que la norma mercantil, el citado artículo 6, hace una distinción expresa entre bienes propios y bienes comunes, y ya dentro de éstos entre los obtenidos como consecuencia de la actividad empresarial y *los demás*, distinción que ha de tenerse presente para determinar los bienes finalmente sujetos.

Lógicamente no existe dificultad alguna de interpretación en el supuesto de que los cónyuges estén sometidos al régimen de separación absoluta de bienes, obviamente no existirán bienes comunes a los que extender la responsabilidad de las operaciones mercantiles, y de éstas sólo responderán los bienes propios del comerciante. Sólo cabe, para implicar los bienes del no comerciante en la responsabilidad mercantil, la autorización expresa de éste, requerida por el artículo 9 del Código de Comercio.

Sin embargo en los casos de sumisión a la sociedad legal de gananciales, o cualquier otro sistema de reparto proporcional pactado, los bienes comunes pueden quedar sometidos, total o parcialmente a la responsabilidad de las operaciones realizadas por el comerciante si mediare autorización del otro cónyuge.

Esta autorización se entiende, según el Código de Comercio, prestada en dos supuestos diferentes. Distinguimos en primer lugar la *autorización presunta* establecida en el artículo 7, por la que se entiende que existe autorización cuando se inicia el ejercicio del comercio existente ya el

matrimonio, con el conocimiento y sin la oposición expresa del cónyuge no comerciante. En el segundo caso, *autorización tácita* del artículo 8, cuando el comerciante ya ejerciese como tal antes del matrimonio, sin que con posterioridad el cónyuge se oponga. En ambos casos y por disposición del artículo 10 podrá revocarse el consentimiento deducido por la ley, pero siempre, según dispone el artículo 11, de forma expresa y mediante escritura pública que habrá de inscribirse en el Registro Mercantil para su efecto frente a los terceros acreedores.

Así pues las dos presunciones legales invierten en la práctica probatoria el principio legal previamente sentado en el artículo 6, y lo que se debe entender del juego conjunto de todos los artículos enumerados es que, si hay bienes comunes, todos se verán afectados por la responsabilidad derivada del comercio salvo que conste oposición expresa del cónyuge no comerciante y ésta figure inscrita en el Registro Mercantil.

Este supuesto de revocación de las autorizaciones presumidas por la ley se convierte a su vez en excepción a la inscripción potestativa en el mismo para el comerciante individual, ya que el cónyuge, para proteger al menos parcialmente los bienes comunes, podrá forzar la inscripción del comerciante, contra la voluntad de éste, para a su vez inscribir la revocación expresa de los consentimientos presumidos legalmente.

Para completar el cuadro debemos regresar a la distinción establecida dentro de los bienes comunes por el artículo 6, entre los comunes procedentes del comercio y *los demás*, es decir los procedentes de otras fuentes de renta. Nótese que todos los procedentes de la actividad quedan a las resultas de ésta, con independencia de la autorización o la revocación del cónyuge, y sólo *los demás* pueden escapar a la reclamación de los acreedores. El principio establecido se ve reforzado por el artículo 77.2 de la Ley Concursal, que determina la inclusión en la masa activa *de los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de las obligaciones del concursado*, en remisión a lo que disponen los artículos 6 a 11 del Código de Comercio. El artículo 78 de la misma ley establece diversas presunciones de donación entre cónyuges, a las que cabría aplicar consecuentemente la *presunción muciana* de donación conyugal en fraude de acreedores en virtud del ya citado artículo 71 de la propia Ley Concursal, deshaciéndose tales donaciones e integrándose el resultante en el conjunto de bienes (*masa activa*) que habrán de responder de las obligaciones del concursado (*masa pasiva*).

3.3. EL EMPRENDEDOR DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

La crisis económica iniciada en 2008 ha provocado, como es sabido, graves consecuencias en la destrucción de empleo, afectando muy particularmente a los pequeños empresarios individuales y al autoempleo. En consecuencia, se ha intentado estimular el surgimiento de pequeñas empresas mediante la reducción del riesgo asumido por el empresario individual mediante la creación del emprendedor de responsabilidad limitada y de la «segunda oportunidad».

La Ley 14/2013 de Emprendedores ha introducido en nuestra legislación la figura del Emprendedor de Responsabilidad Limitada, que es en definitiva un empresario individual al que se le permite reducir su responsabilidad ante terceros como medio para hacer más asumible el riesgo de empresa. El artículo 8 de la indicada Ley permite al empresario individual limitar la responsabilidad deducida de la actividad empresarial de manera que ésta no alcance a la vivienda habitual del afectado si ésta queda por debajo de determinado valor.

Es decir que los acreedores no podrán ejecutar sus créditos sobre la vivienda habitual del emprendedor de responsabilidad limitada, cuando la vivienda no exceda del valor de 300.000€ o de 450.000€ según no llegue o supere el millón el número de habitantes de la población en que la misma se sitúe. Para ello habrán de inscribirse en el Registro Mercantil tanto el propio emprendedor como la vivienda que se pretende exonerar, que no podrá ser excluida en los supuestos de fraude o negligencia grave. Se obliga además al interesado a girar en el tráfico mercantil añadiendo a su nombre y NIF las siglas ERL para dar publicidad a la limitación de responsabilidad.

Por su parte, el RDL 1/2015 de Mecanismo de segunda oportunidad y otras medidas sociales, ha introducido la posibilidad de exoneración del pasivo insatisfecho en el Concurso de Acreedores para los concursados no culpables, permitiendo la exoneración de algunas de las deudas no cubiertas en la liquidación concursal.

3.4. EL EMPRESARIO SOCIAL: EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

Todo lo anteriormente expuesto es de aplicación, con la lógica salvedad de los bienes matrimoniales y del cónyuge del comerciante, a las sociedades mercantiles y a las personas jurídicas que sin tener naturaleza mercantil ejercen el comercio. Consecuentemente el patrimonio social es la primera garantía del pago de las deudas a los acreedores, siendo éste

patrimonio el afectado en su integridad por la disposición genérica del artículo 1911 del CC.

Sin embargo en estos casos se produce además una extensión de las deudas sociales al patrimonio de otras personas vinculadas con la sociedad deudora, siguiéndose el principio teórico de responsabilidad por los actos personalmente realizados. De aquí que la responsabilidad se extienda, con distinto alcance y rigor según el tipo de sociedad, al patrimonio de quienes legalmente tienen encomendada la gestión, la desempeñen efectivamente o no.

3.4.1. Extensión a los socios

En el caso de las sociedades de carácter personalista (sociedades colectivas y comanditarias) la extensión de la responsabilidad por las deudas sociales se produce hacia el patrimonio de los socios, ya que a ellos se les encomienda legalmente la gestión social o su cesión expresa a tercero.

Así en la sociedad colectiva los socios responden de las deudas sociales con responsabilidad personal, ilimitada, solidaria y subsidiaria (CCom., 127). Es decir que los socios responden personalmente cada uno de ellos por la totalidad de las deudas sociales y con su patrimonio íntegro, aunque podrán reclamar de sus consocios las cuantías que a cada uno correspondan en virtud del pacto social interno. Pero los acreedores deberán agotar el patrimonio social antes de reclamar a cualquiera de los socios personalmente, ya que la responsabilidad de estos es subsidiaria de la de la sociedad.

En las sociedades comanditarias los socios colectivos tendrán la misma responsabilidad expuesta más arriba, mientras que los socios comanditarios, apartados legalmente de la gestión de los asuntos sociales, no serán responsables de las deudas sociales, salvo que incurran en el supuesto de injerencia en la gestión social o al permitir la inclusión de su nombre en la razón social creen la apariencia ante terceros de ser socios colectivos y consecuentemente responsables de las deudas sociales (CCom. 147 y 148).

En cuanto a las sociedades de capital el principio general de actuación, por encomendarse la gestión específicamente al órgano de administración social, no será hacer a los socios responsables de las deudas sociales, pues no realizan actos de gestión; por ello tanto en anónimas como en limitadas el concepto legal excluye a los socios de la responsabilidad por las deudas sociales (LSC, 1). Esta responsabilidad recaerá con carácter general en los administradores sociales, aunque sometida a ciertas restricciones que analizaremos a continuación.

En las sociedades comanditarias por acciones se produce una situación híbrida, por la cual al menos uno de los socios será responsable de las deudas sociales, pudiendo quedar exentos los demás (LSC, 1) y encomendándose la administración precisamente al socio o socios colectivos, es decir a los socios administradores (LSC, 252).

Sin embargo existen determinados supuestos en la sociedad limitada en que los socios pueden ser responsables parcialmente de las deudas sociales. Se trata de los casos en que se produce devolución a los socios de parte o de la totalidad de lo aportado, es decir en los casos de liquidación de la sociedad, reducción de capital o ejercicio del derecho de separación por parte de los socios. En estas situaciones los socios serán responsables limitadamente de las deudas sociales, y los límites de esta responsabilidad serán tanto de cuantía –sólo responderá cada uno de ellos con el máximo de la cantidad que le haya sido devuelta– como de plazo, estableciéndose éste en cinco años desde la devolución efectiva (LSC, 331 y 357).

Además y a través del artículo 10 del *RDL 4/2014 de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*, se ha modificado la Ley Concursal para introducir un supuesto de extensión a los socios –en las sociedades anónimas o limitadas en situación de insolvencia– de la responsabilidad por las deudas sociales, en caso de que se nieguen injustificadamente a la conversión de deudas en capital social para obtener un convenio con los acreedores que hubiera evitado la liquidación de la empresa. Sobre este particular volveremos más extensamente en el capítulo 13 del presente texto.

3.4.2. Extensión a los Administradores

En cuanto a la extensión de la responsabilidad a los administradores, en el caso de las sociedades anónimas y limitadas, puede producirse en tres supuestos claramente establecidos en la Ley.

El primero de ellos es la llamada *Responsabilidad Ordinaria*, de carácter indemnizatorio o resarcitorio y establecida en la LSC 236. Se incurre en ella cuando se ha causado daño al patrimonio social como consecuencia de actos que hayan resultado contrarios a la ley o a los estatutos sociales, o bien se hayan infringido los deberes que la propia ley impone a los administradores sociales. Estos deberes aparecen recogidos en los artículos 225 a 232 de la LSC, y consisten en el desempeño diligente del cargo y la información diligente sobre los asuntos sociales (LSC. 225), la lealtad al interés social (LSC. 225), el secreto sobre los asuntos sociales (LSC. 232) y las prohibiciones específicas de competir con la sociedad (LSC. 230),

prevalerse del nombre social en sus asuntos o negocios personales (LSC. 227) y aprovechar en beneficio propio o de tercero las oportunidades de negocio surgidas de la actividad social (LSC. 228). La exigencia de esta responsabilidad, calificada como resarcitoria, se rige por el principio de causalidad más arriba expuesto.

El segundo supuesto de extensión a los administradores sociales de la responsabilidad por las deudas sociales, comúnmente referido en la doctrina como *Responsabilidad Extraordinaria o por Incumplimiento*, se produce por infracción de la obligación, en su caso, de los administradores de promover y procurar la disolución de la sociedad cuando ésta incurre en supuesto de disolución obligatoria de los enumerados en la LSC. 363. En estos casos, la ley ordena taxativamente al administrador poner en marcha el proceso de disolución y liquidación (LSC. 365 y 366); si el administrador incumpliese el mandato legal, la ley le hará responsable directo de todas las obligaciones sociales nacidas con posterioridad a la aparición de la causa de disolución probada (LSC. 367).

La exigencia de esta responsabilidad no se rige por el principio de causalidad, sino por la sola demostración del incumplimiento de la norma, por lo que frecuentemente se califica de objetiva tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. No tiene tampoco carácter propiamente resarcitorio, pues no se requiere la existencia de daño al acreedor sino simple impago de la deuda y puede reclamarse del administrador aun existiendo patrimonio social suficiente para atenderla, por lo que es también frecuente su calificación como sancionadora, e incluso según reciente jurisprudencia (STS de 28 de abril de 2006, R 4087/2006) como sanción impropia.

El último supuesto de extensión de la responsabilidad a los administradores de anónimas y limitadas es la *Responsabilidad Concursal*, viene establecido por la Ley Concursal, que extiende la responsabilidad de las deudas sociales a los administradores calificados como culpables del concurso, es decir a los que hubiesen causado o agravado la situación de insolvencia del patrimonio social (LC. 164). Sin embargo en este caso la extensión no es necesariamente por la totalidad de las deudas no cubiertas con el patrimonio social, sino que será competencia del juez concursal establecer en la sentencia de calificación el alcance exacto de la cuantía del fallido a cubrir por los administradores incursos en culpabilidad (LC. 172 y 172 bis).

En cuanto a las sociedades cooperativas, aunque por tratarse de sociedades de trabajo habrían de ser incluidas entre las personalistas, sin embargo, los socios no tienen encomendada directamente la gestión de

los asuntos sociales, por lo que no se extiende a éstos la responsabilidad por las deudas sociales, según disposición expresa del artículo 15.3 de la Ley de Cooperativas. La responsabilidad de los socios se limita a las aportaciones comprometidas al capital social, estén o no efectivamente desembolsadas, y esta responsabilidad se extiende a los socios salientes con un doble límite, por un lado el de la cuantía reembolsada por la cooperativa al socio a causar baja, por otro el transcurso cinco años desde la baja efectiva (L. Coop. 15.4).

En las sociedades cooperativas se sigue el modelo de extensión de la responsabilidad a los administradores sociales ya expuesto para las sociedades de capital, por remisión expresa a la regulación de las anónimas en el artículo 43 de su Ley reguladora.

4. RÉGIMEN ESPECIAL DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL

El *RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, TR de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (en adelante LGDCU) reunificó, organizó y resistemizó las normas que sobre la materia se encontraban dispersas en nuestro ordenamiento, creando así un corpus único de referencia que integra diferentes supuestos de responsabilidad del empresario en el ejercicio de su actividad (La Disposición Derogatoria Única del referido RD Legislativo, deroga expresamente la antigua *LGDCU de 16 de julio de 1984*, la *Ley 26/1991 sobre Contratos celebrados fuera de establecimiento mercantiles*, la *Ley 22/1994 sobre Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Productos Defectuosos*, la *Ley 21/1995 Reguladora de los Viajes Combinados* y la *Ley 23/2003 de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*, así como diversas normas (artículo 48 y 65 n y ñ y parte de la DF Única de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista).

La Ley presenta dos partes claramente diferenciadas, la una atañe a la regulación del mercado detallista en sí mismo –se inscribe pues en el conjunto de normas que habitualmente describimos como estatuto del comerciante– y comprende el Libro I de la Ley, Disposiciones Generales, y el Libro II, Contratos y Garantías. La segunda parte regula específicamente, Libro III, la Responsabilidad Civil por bienes o productos defectuosos, y queda como estrambote –y algo fuera de lugar– la regulación de los Viajes combinados.

4.1. REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL EN EL MERCADO

Ya entre los derechos básicos de los consumidores y usuarios se establecen específicamente en la Ley (LGDCU, 8 y c) la protección contra los riesgos que puedan afectar a su salud o seguridad y la indemnización de los daños y reparación de los perjuicios sufridos, así como la irrenunciabilidad de estos derechos básicos por parte de los consumidores (artículo 10). Se trata pues de un conjunto de obligaciones que se imponen para su efecto en la relación privada entre las partes, sin autonomía de la voluntad, pero cuya aceptación se produce mediante la del contrato entre las partes.

En las Disposiciones Generales de la Ley se consagran los deberes generales de seguridad (artículo 11), e información del consumidor (artículo 12) y las obligaciones específicas de protección de la salud y seguridad (artículo 13), todos ellos relativos a las obligaciones de los empresarios para con los consumidores. Más adelante se desarrolla el derecho a la información (artículos 17 y 18) y la protección específica de los intereses económicos de consumidores y usuarios (artículo 19). La normativa se complementa con el régimen sancionador de las infracciones en la materia, expuesto en los artículos 49 a 52.

El Libro II, de los Contratos y Garantías, desarrolla las obligaciones del empresario en desarrollo del proceso de formación de voluntad contractual del consumidor, en el sentido de facilitar a éste la información precisa con carácter previo a la firma (artículo 60), regulación del derecho de desistimiento a lo pactado, y de su ejercicio (arts. 68 a 79) y el concepto, modalidades y efectos de las cláusulas abusivas (artículo 82 a 90). Como derecho del consumidor en la fase de ejecución de los contratos aparece la garantía obligatoria sobre los productos de consumo, y la adecuación de éstos a las características ofrecidas en el contrato (artículos 114 a 116).

Se establece, como responsabilidad específica del vendedor, la reparación o sustitución del producto, como opción a favor del consumidor (artículo 119) salvo que una de las alternativas *resulte objetivamente imposible o desproporcionada*, es decir que imponga costes excesivos al comerciante en comparación con la otra, y se regula para en su caso el régimen jurídico de ambas alternativas, en lo referente a su gratuidad y los plazos de ejercicio de la reclamación (artículo 120), estableciéndose la rebaja de precio y la resolución del contrato como nueva posibilidad alternativa y última para los casos en que resulten imposibles reparación y sustitución (artículo 121), así como el derecho de reclamación al productor, si para el consumidor

resultase especialmente gravosa la reclamación al vendedor (artículo 124), derivando así las reclamaciones, en última instancia, a las disposiciones relativas a la Responsabilidad por bienes o servicios defectuosos, que se reglamenta en el Libro III de la LGDCU.

Se completa el cuadro de la disciplina de la operaciones mercantiles con la *Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación*, aplicable a las *cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes*, con la creación del Registro de las mismas, potestativo en principio pero abierto a la inscripción obligatoria en los sectores de actividad que se consideren pertinente. La Ley dispone a su vez de su propio régimen sancionador, establecido en el artículo 24 (La Ley fue desarrollada por su correspondiente Reglamento mediante RD 1828/1999, pero la STS de 12 de febrero de 2003 anuló diversos artículos del mismo).

A esta regulación de las condiciones y efecto de los intercambios comerciales, se unen, como normas especiales de organización de la actividad, las reguladoras de la competencia y publicidad, con sus propios regímenes sancionadores que forman parte igualmente de las fuentes especiales de responsabilidad empresarial. Por ser todas ellas objeto de análisis y estudio en otros capítulos del presente volumen, damos cuenta aquí tan sólo de las normas aplicables, dejando su desarrollo para el momento oportuno en cada caso.

Así la *Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia*, recoge las conductas prohibidas al empresario en sus artículos 1 a 6, fundamentalmente las prácticas colusorias y el abuso de posición dominante, el régimen de sanciones en los artículos 61 a 70 y el procedimiento sancionador en los artículos 36 a 60. Igualmente la *Ley 3/1991 de Competencia Desleal* y la *Ley 34/1988 General de Publicidad*, reformadas ambas por la *Ley 29/2009, de 30 de diciembre, en vigor desde el 1 de enero de 2010, se ocupan de las indicadas materias, completando la responsabilidad especial del empresario en el desarrollo de su actividad.*

4.2. RESPONSABILIDAD POR BIENES O SERVICIOS DEFECTUOSOS

Regulada en la LGDCU, conviene destacar que se trata aquí de una responsabilidad específica de carácter esencialmente contractual, que se desencadena por la deficiencia del producto o ineficiencia del servicio una vez adquirido éste por el consumidor o usuario, sin que su aplicación afecte a otros derechos indemnizables del consumidor procedentes de otras responsabilidades reclamables *como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes... o de la responsabilidad*

extracontractual a que hubiere lugar (artículo 128, párr. 2). Se trata pues de una responsabilidad independiente de cualquier otra que fundadamente sea reclamable.

Este carácter de específica y contractual se refuerza más adelante, ya que entre las causas de exoneración de esta responsabilidad está, precisamente, la de que *el producto no había sido fabricado para la venta... en el marco de una actividad profesional o empresarial* (LGDCU, 140.1.c), se trata por lo tanto de una responsabilidad derivada del ofrecimiento al mercado, y la aceptación en éste, de productos o servicios deficientes o inadecuados, pero que no se desencadena sin el requisito de la aceptación contractual de la oferta por el cliente.

Se prevé, en términos generales el derecho del consumidor a la indemnización de los daños o perjuicios que haya sufrido como consecuencia de la adquisición de un bien o servicio, y protege y comprende tanto los daños personales como los materiales que afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados (artículo 129.1). Como principio ineludible se dispone el carácter solidario de la responsabilidad entre los diversos responsables de un mismo daño, pero sólo ante el perjudicado, ya que el derecho de repetición entre los responsables se articula *según su participación en la causación del daño* (artículo 132).

Diferencia la Ley entre los daños causados por productos (artículos 135 a 146) y servicios (artículo 147 a 149), definiendo como producto cualquier bien mueble y como productor tanto al fabricante del bien o servicio, como al intermediario y al importador en la UE, tanto de los productos en sí como de las materias primas. Será defectuoso aquel producto que no *ofrezca la seguridad legítimamente esperable*, o bien que no ofrezca *la normal en los demás productos de la misma serie* (artículo 137).

Resulta elemento esencialísimo en esta responsabilidad la negación expresa de su carácter objetivo, y su reconducción a la demostración tanto del defecto como del daño y de la relación causal entre uno y otro (artículo 139), es decir de los elementos que más arriba hemos definido como característicos de la responsabilidad de apreciación causal, pudiendo incluso reducirse o suprimirse la responsabilidad de existir culpa concurrente del perjudicado (artículo 145).

La Ley establece dos diferentes plazos de tiempo con influencia en la responsabilidad. El primero de ellos es el clásico de la prescripción de la acción, que se prolonga hasta los tres años desde la fecha en que se haya padecido el daño efectivo. El segundo determina la extinción de la

responsabilidad a los diez años desde el momento en que se puso en circulación el producto, es decir desde su primera adquisición en el mercado.

4.3. RESPONSABILIDAD POR MOROSIDAD

Debemos al menos dejar aquí reseña de las medidas legales encaminadas a regular *los problemas de los plazos de pago excesivamente amplios y de la morosidad en el pago de deudas contractuales, debido a que deterioran la rentabilidad de las empresas, produciendo efectos especialmente negativos en la pequeña y mediana empresa* según reflejó la Exposición de motivos de la Ley 3/2004 de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, modificada parcialmente por la Ley 15/2010 en el sentido –según se expresa en su Preámbulo– *de reflejar y paliar los efectos de la crisis económica (que) se han traducido en un aumento de impagos, retrasos y prórrogas en la liquidación de facturas vencidas, que está afectando a todos los sectores.*

Es de reseñar en primer lugar que la Ley 3/2004 supone la preterición de la aplicación de los usos habituales del comercio en cuanto se refiere a los plazos habituales de pago, excesivamente dilatados, establecidos por la costumbre generalizada. Se fundamenta para ello el legislador en que si bien la exigibilidad de la deuda y el tipo de interés a aplicar por la demora corresponden a la esfera de la libertad contractual de las partes, no se debe por ello permitir la proliferación en el mercado de conductas claramente abusivas.

Se determinan en el texto legal plazos y tipos de interés de demora cuya contravención por la voluntad de las partes será en la interpretación judicial indicio de abuso en los pactos concretos alcanzados por las partes, en especial en cuanto se trate de *proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor o para que el contratista principal imponga a sus proveedores o subcontratistas unas condiciones de pago que no estén justificadas por razón de las obligaciones que asuma* (Exp. Motivos Ley 3/2004). Criterio y objetivo el anterior que se superan ampliamente en la Ley 15/2010, cuyo Preámbulo declara como objetivo que *resulta particularmente importante en la presente Ley, suprimir la posibilidad de «pacto entre las partes», la cual a menudo permitía alargar significativamente los plazos de pago, de tal manera que en adelante los plazos previstos en la norma no podrán ser ampliados por acuerdo entre las partes, con el fin de evitar posibles prácticas abusivas de grandes empresas sobre pequeños proveedores, que den lugar a aumentos injustificados del plazo de pago.*

Así, en su actual redacción, el artículo 4 de la Ley de Morosidad establece un retraso máximo del pago de sesenta días, cuya ampliación queda

expresa y taxativamente prohibida por la misma norma. Se establece en el artículo 5 que el derecho a percibir interés de demora nacerá automáticamente por incumplimiento del plazo previsto para el pago, con el máximo legal indicado, sin necesidad de posterior intimación o requerimiento y con los únicos requisitos (artículo 6) de que el acreedor haya cumplido sus propias obligaciones contractuales y que no haya recibido el pago, salvo prueba por el deudor de no ser responsable del retraso.

Igualmente se reconoce al acreedor (artículo 8) el derecho a percibir una indemnización –si el deudor es responsable del retraso– en concepto de *costes de cobro*, que incluye la totalidad de los que resulten acreditados como producidos por la mora. Esta indemnización se limita como máximo al 15% del importe de la deuda, excepto en el caso de que ésta sea inferior a los 30.000€ en cuyo caso el límite será el propio importe de la deuda principal.

Todas las expresadas medidas tienen aplicación exclusivamente (artículo 3) en las relaciones entre empresas, aunque en la misma norma se regulan los mismos aspectos en las relaciones entre empresas y Administración pública. Quedan expresamente fuera del ámbito de aplicación de la norma las relaciones en que intervengan consumidores; por su parte los intereses relacionados con cheques, pagarés y letras de cambio, las indemnizaciones por daños y las sometidas a procedimiento concursal se remiten a la legislación especial correspondiente.

5. RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA

Si bien al Derecho Mercantil le corresponde el estudio de la responsabilidad legal en que pueda incurrir el empresario en el ejercicio de su actividad, no es posible hoy hablar de responsabilidad en el mundo de la empresa sin una referencia a la llamada *Responsabilidad Social Corporativa*: conjunto de criterios autoimpuestos por el empresario en aras del mejor funcionamiento y aceptación de la actividad que desarrolla por parte del cuerpo social en que se incardina, pero nunca exigible de manera coercitiva. El grado de responsabilidad social asumido influirá en la imagen que la empresa proyecta al exterior, y en la aceptación del compromiso social con sus clientes reales y potenciales, se constituye en suma en un instrumento más de cara a la integración efectiva de la empresa en la sociedad. Ante todo se debe aclarar que estamos ante un supuesto de responsabilidad autoasumida, es decir un conjunto de normas de comportamiento de carácter ético o moral, pero absolutamente desprovistas del refrendo normativo y por lo tanto en absoluto exigibles por tercero.

Se trata en realidad de la respuesta del mundo empresarial y societario a la proliferación de escándalos, tanto económicos como políticos, que han salpicado en los últimos decenios el ambiente empresarial. Desde los escándalos de *Watergate* y *Lockheed* en los años setenta a los más reciente de *Enron-Arthur Andersen*, *Parmalat*, *World-Com*, *Mannesman* y *Xerox* y finalmente la caída en cadena de las entidades de crédito provocada por las malas prácticas empresariales –hipotecas *subprime* y bonos basura– previas a la actual crisis económica en las economías occidentales, ha existido todo un catálogo de pequeñas corruptelas y grandes corrupciones que han causado grave desprestigio para el mundo de la empresa.

Como reacción a los escándalos, nació el movimiento de Responsabilidad Corporativa y se desarrollaron los estudios sobre *Corporate Governance*, con objeto de disminuir las confrontaciones de intereses derivadas de los latentes conflictos de Agencia en el interior de las grandes empresas.

Según la Teoría de la Agencia, en el interior de toda gran organización empresarial subyacen los intereses enfrentados de los diversos grupos implicados en la propiedad, la gestión y el resultado obtenidos. Así cabe hablar de los intereses específicos de los *partícipes* o propietarios del capital social (*shareholders*), diferentes de los propios de los *gestores* o *administradores* de la entidad, de los *interesados* (*stakeholders*) en el resultado de la gestión –tales como acreedores, trabajadores y proveedores, entre otros– y de los simples *afectados* por la influencia social y medioambiental de la empresa, entre quienes se cuentan los consumidores, la sociedad civil, defensores del medio ambiente, etc., debiendo precisarse que no necesaria ni exclusivamente son económicos o patrimoniales todos los intereses vinculado que se han enumerado.

Se habla así de Conflictos Societarios, o internos de la organización y determinantes de su voluntad, entre los que se destacan los Conflictos de Propiedad, que se producen entre los diferentes grupos de control del capital social, y los Conflictos de Gestión, que resultan de la confrontación de intereses entre propietarios y gestores o administradores. Hay también conflictos externos, o de Actividad, que se producen en la vertiente de imagen y actuación exterior, entre ellos se destacan los Contractuales, que afectan a los interesados por relación contractual como proveedores, trabajadores y clientes; son conflictos Extracontractuales los que se producen con los afectados por la actividad empresarial, también llamados normativos por ceñirse en su solución jurídica a la aplicación de la normativa legal; finalmente son de Expectativa los que se proyectan sobre la sociedad civil, como los relativos a gestión de medio ambiente, discriminación positiva en la contratación, etc.

La interinfluencia de todos ellos determina de algún modo el concepto del *interés social*, como manifestación de los objetivos conjuntamente perseguidos por la organización empresarial. De hecho la existencia de un interés propio de la sociedad, diferente de la suma de todos sus componentes parciales, justifica la posibilidad arriba analizada de que la persona jurídica pueda cometer delito «en su provecho», pues si sólo existieran los intereses particulares de cada grupo el delito sería cometido por el grupo en cuestión y no por la persona jurídica.

De aquí que el esfuerzo se haya dirigido, en la teoría, a arbitrar sistemas que permitan mantener el equilibrio de los diversos intereses implicados, pues se considera pernicioso para la organización empresarial, y por ende para la sociedad civil en que se asienta, el que algunos de estos intereses se impongan sobre el común, desviando el interés social en beneficio de alguno de los grupos indicados, que supone –en un teórico juego de suma cero– el perjuicio correspondiente a los intereses del resto.

Así se han presentado como objetivos a conseguir diversos instrumentos de gobierno social que, integrándose en Códigos de Buen Gobierno para asegurar la limpieza del interés social y consecuentemente del resultado de la gestión, se agrupan en torno a tres grandes aspectos fundamentales en la imagen exterior de la empresa: Fiabilidad, Transparencia y Eficiencia.

La consecución del óptimo de estas «virtudes societarias» se convierte así en un desiderátum de la gestión y actividad de empresa, que se pretende obtener mediante instrumentos de Control, que inciden sobre el de la gestión y actuación de los administradores; instrumentos Asociativos, que preconizan la agrupación del capital en torno a líderes desinteresados; instrumentos de Salida, cuya virtualidad estriba en facilitar la desinversión, salida de la sociedad, de quienes no estén conformes con los principios del interés definido como social; y finalmente instrumentos Disciplinarios, consistentes en la determinación y exigencia de la responsabilidad personal y directa de quienes desvían el interés social en beneficio propio.

La importancia de esta responsabilidad social o moral, como opuesta a la patrimonial o jurídica, y de los Códigos de Buen Gobierno estriba en que a pesar de su inexigibilidad legal, se convierten en una punta de lanza del progreso normativo, al permitir, por la vía experimental no jurídica, la posterior introducción legal de aquellos instrumentos que se revelan como realmente efectivos, evitando el avance ciego y la ingeniería social a los que los legisladores son tan proclives en muchas ocasiones.

Se evitaría así el caer, desde el extremo de la libertad absoluta de actuación sin control, en la nada deseable sobrerregulación de la materia que convierta la actividad empresarial en una actividad cuasi tutelada por la administración.

Práctica 1: El conductor de la empresa de mensajería Agrupación de Conductores de Motocicletas Especializados (ACME) SL, dirigiéndose a realizar una entrega, circula a 50 Km/h en ciudad y atropella a un peatón, con resultado de lesiones graves que tardan 180 días en curar, quedando una secuela irrecuperable que limita la capacidad de movimiento del atropellado, mecánico de profesión, en un 20%.

Determinar las responsabilidades consecuentes, sus características y el alcance y extensión de las mismas.

Práctica 2: Las anteriores lesiones en conjunto resultan valoradas judicialmente en la cantidad de 60.000 Euros. La cuantía de la condena excede del patrimonio del conductor. El perjudicado reclama de la empresa, poniéndose de manifiesto que el patrimonio neto de ésta sólo alcanza los 1.000 euros.

¿A quién podrá dirigir su reclamación el perjudicado y por qué motivo?

RESUMEN

I. TIPOS DE RESPONSABILIDAD

Moral: Asumida voluntariamente y no exigible por tercero.

Legal: Exigible por tercero ante Administración o Tribunales

- | | | |
|-----------------------|--------------------|---|
| 1. Origen: | D° Público: | <i>Administrativa:</i> Relación con el Estado y Orden Público
<i>Fiscal:</i> Especialidad materiatributaria
<i>Criminal:</i> Sanción personal por acto ilícito tipificado |
| | D° Privado: | <i>Legal:</i> Infracción de norma imperativa o prohibitiva
<i>Contractual:</i> Incumplimiento de pacto contractual
<i>Penal:</i> Reparación de daños causados por acto ilícito
<i>Extracontractual:</i> Actuación- Propia
negligente: Dependientes
Mantenimiento negligente
Funcionamiento inadecuado |
| 2. Naturaleza: | | <i>Sancionadora:</i> Corrige infracción, con o sin daño consecuencial
<i>Resarcitoria:</i> Repara el resultado, el dañocausado |

3. Apreciación Procesal:		<i>Directa:</i> Constatación de la infracción de norma	
		<i>Causal:</i> Demostración de vínculo entre acto y daño	
		<i>Objetiva:</i> Presunción legal del vínculo causal:	Absoluta: <i>iuris et de iure</i> Relativa: <i>iuris tantum</i>
4. Exigencia:	Propia:	<i>Directa:</i> Exigible directamente del responsable	
	Compartida:	<i>Subsidiaria:</i> Exigible sólo agotada la directa <i>Solidaria:</i> Exigible íntegra a cualquier implicado <i>Mancomunada:</i> Exigencia parcial a cada implicado	
II. EXIGENCIA DE LA RESPONSABILIDAD			
1. Prevención:		<i>Garantías:</i>	Personales: Aval, caución y fianzamiento Reales: Hipoteca, Prenda y Anticresis
		<i>Cláusula Penal:</i> Evita demostración del daño <i>Derecho de retención</i>	
2. Acción de reclamación:		<i>Juicio Declarativo:</i>	Ordinario
		<i>Juicio Ejecución:</i>	Verbal Provisional Definitiva
3. Alcance:		<i>Principio de universalidad:</i>	Embargo patrimonio personal actual Embargo de futuros: salarios y pensiones
4. El Empresario casado:		<i>Compromete:</i>	Bienes propios Bienes comunes procedentes del negocio Resto de gananciales salvo revocación inscrita Propios del cónyuge si hay autorización expresa
5. Acciones complementarias:		<i>Presunción Muciana</i> <i>Subrogatoria</i> <i>Directa</i> <i>Revocatoria o Pauliana</i> <i>Rescisión por fraude</i>	
6. Insolvencia:		<i>Concurso Acreedores:</i>	Reintegración Convenio

Ejecución Universal:
Liquidación

III. EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

- 1. Sociedad atípica:** *Intervinientes en el acto y administradores*
- 2. Sociedad típica:** *Personalista:* Socios colectivos
Capitalista o Cooperativa: Administradores
- 3. Administradores:** *Ordinaria:* Resarcitoria y causal
Extraordinaria: Sancionadora y de apreciación directa
Concursal: Cautelar: Embargo preventivo
Declarada: Calificación Causal
Culpable: Objetiva

IV. LA RESPONSABILIDAD ESPECIAL MERCANTIL

1. La regulación de la actividad empresarial en el Mercado

Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios
Ley de Condiciones Generales de la Contratación
Ley de Defensa de la Competencia
Ley de Competencia Desleal
Ley General de Publicidad

2. Responsabilidad por Bienes o Servicios defectuosos

Responsables: Productor, intermediario e importador
Fundamento: Productos no seguros
Origen contractual
Apreciación causal
Naturaleza resarcitoria
Exigencia solidaria
Prescripción: Tres años desde el perjuicio
Extinción: Diez años desde introducción producto

BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ, A., *Apuntes de derecho mercantil: derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial*, 11ª ed., Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2010.
- BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual De Derecho Mercantil*. 6ª ed. Madrid. 2006.
- GONDRA ROMERO, J. M.^a, *Derecho Mercantil, T. I, Vol., Introducción (concepto, sistema, fuentes)*, Madrid 1992, 185-195.
- REGLERO CAMPOS, L. F. (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Pamplona, 2ª ed., 2003.
- RUIZ DE VELASCO y DEL VALLE, A., *Manual de Derecho Mercantil*. 3ª Ed. Madrid, 2007.

SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de derecho mercantil*, 33^a ed., Aranzadi 2010.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad cotizada». *RDM* núm. 246, octubre-diciembre 2002, pp. 1653 y ss.

URÍA, R. y MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil*, 2^a Ed. Madrid, 2006.

TEMA 7 LAS SOCIEDADES MERCANTILES

Rafael Budi Hurtado
Profesor de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas

SUMARIO: 1. TIPOS SOCIETARIOS. SISTEMA LEGAL. 1.1. *Sociedades civiles y mercantiles.* 1.2. *Sociedades mercantiles personalistas y de capital.* 1.3. *La sociedad irregular.* 1.4. *Sociedades típicas y atípicas.* 2. LA SOCIEDAD COLECTIVA. 2.1. *Función económica de la sociedad colectiva.* 2.2. *Concepto y características de la sociedad colectiva.* 2.3. *Constitución de la sociedad colectiva.* 2.4. *Estatuto jurídico de los socios.* 2.4.1. *Obligaciones y derechos de los socios.* 2.4.1.1. *Obligaciones de los socios.* 2.4.1.2. *Derechos de los socios.* 2.4.2. *Adquisición y pérdida de la cualidad de socio.* 2.5. *La administración de la sociedad colectiva.* 2.5.1. *Gestión y representación.* 2.5.2. *Ámbito material y formal de la administración.* 2.6. *Disolución y liquidación de la sociedad colectiva.* 2.6.1. *Disolución.* 2.6.2. *Liquidación.* 3. LA SOCIEDAD COMANDITARIA SIMPLE. 3.1. *Función económica de la sociedad comanditaria.* 3.2. *Concepto y características de la sociedad comanditaria.* 3.3. *Constitución de la sociedad comanditaria.* 3.4. *Referencia comparada de la sociedad comanditaria con la sociedad colectiva, en lo relativo al estatuto jurídico de los socios, cambio de socios, administración, disolución y liquidación de la sociedad.* 4. LAS SOCIEDADES DE CAPITAL. ASPECTOS GENERALES. DENOMINACIÓN Y OBJETO. 4.1. *Concepto, carácter mercantil y personalidad jurídica de las sociedades de capital.* 4.2. *Clases de sociedades de capital y diferencias básicas.* 4.3. *Referencia particular a la sociedad comanditaria por acciones.* 4.4. *Denominación y objeto de las sociedades de capital.* 4.4.1. *La denominación de las sociedades de capital.* 4.4.2. *El objeto de las sociedades de capital.* 5. ENTIDADES DE BASE MUTUALISTA. LA SOCIEDAD COOPERATIVA. 5.1. *Entidades de base mutualista.* 5.2. *La sociedad cooperativa.* 5.2.1. *Clases de cooperativas.* 5.2.2. *Órganos de las sociedades cooperativas.* 5.2.3. *Constitución, modificaciones estatutarias, estructurales, y disolución y liquidación de las sociedades cooperativas.* 5.2.4. *Obligaciones y Derechos de los socios.* 5.2.5. *Obligaciones de las sociedades cooperativas en materia económica y contable.* 6. SOCIEDADES MERCANTILES CON UN RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL. 6.1. *Preliminar.* 6.2. *La sociedad unipersonal de capital.* 6.2.1. *Tipos de sociedades unipersonales de capital y función económica.* 6.2.2. *Régimen jurídico de las sociedades unipersonales de capital.* 6.3. *La sociedad anónima cotizada.* 6.3.1. *Finalidad económica de la cotización de las acciones.* 6.3.2. *Trasparencia y supervisión de las sociedades anónimas cotizadas.* 6.3.3. *Régimen jurídico de las sociedades anónimas cotizadas.* 6.3.3.1. *Especialidades en materia del capital, de las acciones representativas de éste y de las obligaciones emitidas por la Sociedad.* 6.3.3.2. *Especialidades referidas a la Junta general de accionistas.* 6.3.3.3. *Especialidades en materia de administración de la sociedad.* 6.3.3.4. *Especialidades en materia de contabilidad e información societaria.* 6.4. *La sociedad profesional.* 6.4.1. *Características y función económica.* 6.4.2. *Régimen jurídico de la sociedad profesional.* 6.5. *Las sociedades con capital público.*

6.5.1. El Estado como empresario social. 6.5.2. Características y clases de sociedades mercantiles con capital público. 6.5.3. Régimen jurídico de la sociedad anónima con capital público. 6.6. *La sociedad anónima europea (SE)*. 6.6.1. Referencia a la normativa jurídica de la Unión Europea en materia de sociedades mercantiles. 6.6.2. Función económica y modalidades de constitución de la SE. 6.6.3. Régimen jurídico de la SE. CASO PRÁCTICO. BIBLIOGRAFÍA.

1. TIPOS SOCIETARIOS. SISTEMA LEGAL

1.1. SOCIEDADES CIVILES Y MERCANTILES

Desde un punto de vista jurídico, la sociedad es un contrato, y como tal lo define el Código Civil español en su artículo 1.665: «La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias». En esta definición concurren los tres elementos que según el artículo 1.261 del mismo Código son esenciales para la validez de los contratos: a) el consentimiento de los contratantes que se manifiesta por la declaración de voluntad de los socios de la sociedad para asociarse; b) el objeto cierto que sea materia del contrato, que sería la aportación que hacen los socios a la sociedad a cambio de ser partícipes en la misma y por ende en la actividad que desarrolla; y c) la causa, que es el fin común que se persigue con la firma del contrato de sociedad.

La definición que acabamos de dar y los artículos que tratan del contrato de sociedad en el Código Civil (artículos 1665 a 1708), enmarcan cualquier tipo de sociedad, pero en particular constituyen el marco legal de las denominadas sociedades civiles.

Por su parte el Código de Comercio aprobado por el RD de 22 de agosto de 1885, (CCom), determina que es mercantil cualquier contrato de sociedad contraído con arreglo a sus disposiciones (artículo 116 CCom).

En cuanto a la más reciente Ley de sociedades de capital, aprobada por RDLeg 1/2010, de 2 de julio, señala en su artículo 2 que: «las sociedades de capital, cualquiera que sea su objeto, tendrán carácter mercantil».

De lo anterior y en lo que conviene a la diferencia entre sociedades civiles y mercantiles, se puede afirmar que la distinción entre unas y otras se deduce en lo esencial de un aspecto subjetivo, de tal manera que será examinando el tipo subjetivo de la sociedad donde se encuentra fácilmente su encuadre en una u otra categoría, así, serán siempre mercantiles las sociedades que por ley se definan como tales, lo que sucede con las colectivas

o comanditarias reguladas en el Código de Comercio, y con las limitadas, anónimas y comanditarias por acciones, cuya mercantilidad se establece por la Ley de sociedades de capital.

Desde un punto de vista práctico, debe decirse que las sociedades civiles tienen un papel residual si las comparamos con las mercantiles, en tanto que su objeto debe ser ajeno a una actividad mercantil, (en la práctica se encuentran, por ejemplo, en actividades económicas como la tenencia y gestión de bienes en común, o también para el ejercicio de actividades artesanales, o de menor importancia). La distinción externa entre sociedades civiles y mercantiles se manifiesta en aspectos fiscales y obligaciones de índole contable y registral, de tal manera que las sociedades civiles no están sujetas al estatuto de los empresarios y por tanto no están sometidos a las normas propias de estos en materia de contabilidad, fiscalidad o publicidad, *v. gr.* están excluidas del pago de impuesto de sociedades (artículo 7.1.a) de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre del Impuesto de Sociedades), y tampoco son inscribibles en el Registro Mercantil (sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000).

1.2. SOCIEDADES MERCANTILES PERSONALISTAS Y DE CAPITAL

Una vez establecida la diferencia entre sociedades civiles y mercantiles, conviene ahora detenernos en diferenciar, dentro de las sociedades mercantiles, entre las denominadas personalistas y las capitalistas.

El empresario social o sociedad mercantil puede ser clasificado atendiendo a un criterio que distingue entre sociedades personalistas y sociedades de capital. Esta clasificación examina la causa por la que las personas que participan en un contrato de sociedad deciden unirse a otras para la realización de una actividad económica con fin de lucro. Sin duda, la causa última por la que las personas deciden suscribir un contrato de sociedad mercantil, cualquiera que sea el tipo de sociedad que se cree, es la obtención de un beneficio económico. Ahora bien, si nos fijamos en el elemento causal más inmediato a la voluntad de los socios que deciden constituir una sociedad mercantil, podemos afirmar que en las sociedades personalistas sus partícipes tienen especialmente en cuenta las otras personas que participan como socios en la misma, de tal forma que configuran y suscriben el contrato de sociedad considerando especialmente quienes son los otros socios, por lo que la confianza entre los socios es un elemento esencial a la hora de crear una sociedad personalistas. Sin embargo, en el caso de las sociedades de capital, la aportación que cada socio hace a la

sociedad –el capital–, es lo esencial y configura la decisión de cada uno a la hora de crear la sociedad o participar en ella.

La anterior clasificación no significa necesariamente que los socios de una sociedad de capital no tengan en cuenta con quien van a asociarse cuando la crean, o que a los socios de una sociedad personalista no les importe lo que otros socios aporten; en ambos casos esos elementos pueden ser también considerados en el momento de crear la sociedad o adquirir la condición de socio, si bien, su régimen jurídico respectivo está configurado, como se verá al desarrollar su estudio, considerando de manera especial cada uno de ellos: con quien se asocian los socios, en las sociedades personalistas, y que aportan, en el caso de las sociedades de capital.

Dentro de las sociedades personalistas podemos distinguir dos tipos: la sociedad colectiva (en abreviatura SC o SRC) y la sociedad comanditaria (en abreviatura SCom). A su vez, dentro de las sociedades de capital podemos distinguir dos tipos principales: la sociedad anónima, también llamada sociedad por acciones (en abreviatura SA), y la sociedad de responsabilidad limitada, también conocida simplemente como sociedad limitada (en abreviatura SRL o SL), y un tercer tipo, de menor importancia, la sociedad comanditaria por acciones (en abreviatura SCom por A).

1.3. LA SOCIEDAD IRREGULAR

Se denomina sociedad devenida irregular aquella que no se inscribe en el registro mercantil por falta de voluntad de los socios fundadores de hacerlo y, en todo caso, transcurrido un año desde que se firmó la escritura de constitución.

Esta sociedad presenta, pues, una patología distinta de la denominada sociedad en formación, ya que ésta última se refiere a las actuaciones realizadas por una sociedad en el ínterin entre la constitución y la inscripción de la misma.

Los efectos de la sociedad irregular vienen determinados en los artículos 39 y 40 de la Ley de sociedades de capital, y son los siguientes: a) devenida la sociedad irregular se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil si la sociedad en formación hubiera iniciado o continuado sus operaciones; y b) cualquier socio podrá instar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil del lugar del domicilio social y exigir, previa liquidación del patrimonio social, la cuota correspondiente, que se satisfará, siempre que sea posible, con la restitución de sus aportaciones.

Como consecuencia de lo anterior, debe señalarse que los actos realizados por la sociedad devenida irregular tienen efectos frente a terceros, quienes podrán exigir responsabilidad personal a los socios en virtud de la aplicación a las obligaciones contraídas por la sociedad devenida irregular del sistema de responsabilidad aplicable a la sociedad colectiva.

1.4. SOCIEDADES TÍPICAS Y ATÍPICAS

Una vez enunciados sucintamente, los tipos legales posibles en el sistema español de derecho de sociedades mercantiles, surge la pregunta de si cabe crear una clase de sociedad distinta que nazca de la voluntad de sus fundadores fuera de los tipos sociales que el derecho mercantil contempla, estos últimos denominados típicos, en tanto tienen una regulación legal específica. El Código de Comercio español de 1885, determina en su artículo 122 que: «Por regla general, las sociedades mercantiles se constituirán adoptando algunas de las formas siguientes...». Pues bien, a pesar de la posible interpretación que de los términos «por regla general» pudiera hacerse, entendiéndolo como permiso para crear tipos sociales distintos de los legalmente establecidos, la realidad es que no se vienen admitiendo otros tipos fuera de los tipos sociales que las leyes establezcan. Por tanto, la autonomía de la voluntad de las partes puede optar por los tipos sociales típicos o que tienen regulación en una ley, pero no puede crear tipos sociales atípicos. Dicho con otras palabras, los tipos sociales actúan como un *numerus clausus* y no como un *numerus apertus*, y por tanto se exige que los contratantes elijan uno dentro de los que la leyes regulan.

2. LA SOCIEDAD COLECTIVA

2.1. FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA SOCIEDAD COLECTIVA

Desde un punto de vista económico, la sociedad colectiva (SC), o compañía colectiva en la denominación dada por el Código de Comercio, tiene actualmente escasa importancia práctica¹. Sin embargo, a pesar de esa escasa importancia, no conviene desdeñar su estudio, por las siguientes razones:

1. El número de sociedades colectivas constituidas en los últimos años es insignificante, si se compara con el de número de sociedades limitadas (SL). En el año 2011 fueron constituidas en España 3 sociedades colectivas, frente a 81.027 SL; en 2012, 11 sociedades colectivas, frente a 84.399 SL; en 2013, 1 sociedad colectiva, frente a 90.373 SL, y en 2014, 10 sociedades colectivas frente a 91.544 SL. Fuente: estadística societaria del Registro mercantil central; *www.rmc.es*.

a) Una primera y fundamental, en tanto que su régimen jurídico es de aplicación a la situación de las sociedades de capital devenidas irregulares, por no haber sido inscritas en el Registro Mercantil, lo que permite calificar a la SC como sociedad mercantil general (artículo 39 del RDLeg 1/2010, de 2 de julio, por la que se aprobó el TR de la Ley de Sociedades de Capital (LSC).

b) Una segunda razón, es debido a que su régimen jurídico es también de aplicación directa, por remisión, a otras situaciones y formas de asociación empresarial; en este sentido mencionamos su aplicación a las Agrupaciones de Interés Económico (AIE). (Artículo 1 de la Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico).

c) Una tercera razón que justifica el estudio de la SC, es que permite conocer mejor todos los tipos de sociedades mercantiles y su régimen jurídico, encuadrándola en el esquema general de las mismas, pudiendo así establecerse elementos de comparación entre los distintos tipos.

En cuanto a las causas por las que la SC ha perdido importancia, se puede destacar la exigencia legal de la obligación de los socios de asumir personalmente las deudas sociales, como se expondrá al examinar su concepto y características. En efecto, si se analiza esta exigencia desde una perspectiva histórica y económica, puede señalarse que la noción de riesgo, inherente a toda actividad empresarial, era menor en otro momento histórico de desarrollo de la economía en el que no era necesario una gran acumulación de capital y por tanto el elemento personal primaba sobre el del capital para el desarrollo de una actividad mercantil. El origen histórico de la sociedad colectiva se encuentra en la Edad Media, en sociedades que explotaban un negocio entre los miembros de la misma familia. Posteriormente se permitió la entrada en la Compañía a otras personas con quienes se tenía confianza, llamándose compañeros a los socios y regulándose por primera vez como compañías generales en distintas Ordenanzas de finales del siglo XVII y principios del XVIII. Hasta principios del siglo XX era la forma mayoritaria para crear una sociedad, si bien a partir de mediados de ese siglo fueron cayendo en desuso. En consecuencia, se puede afirmar que en la medida que con el desarrollo de la economía fue necesaria una mayor acumulación de capital, por exigencia de una nueva realidad económica que demandaba más recursos, la personalidad de los socios fue perdiendo importancia a la hora de asociarse, con la consiguiente caída en desuso de las sociedades colectivas, y advenimiento de las sociedades de capital en las que se incorporó el principio de limitación de responsabilidad por las deudas sociales a las aportaciones que cada socio realizaba a la sociedad, lo que facilitó la acumulación de capital.

2.2. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA SOCIEDAD COLECTIVA

La sociedad colectiva es una sociedad mercantil de carácter personalista, en la que todos los socios, en nombre colectivo y bajo una misma denominación o razón social, se comprometen a desarrollar conjuntamente una actividad mercantil, participando en ella con trabajo y/o capital, en la proporción que establezcan, y respondiendo cada socio de manera personal, solidaria, subsidiaria e ilimitada de las deudas sociales. La regulación legal básica de la SC está en el Código de Comercio (artículo 125 a 144 del RD de 22 de agosto de 1885, por el que se publicó el Código de Comercio (CCom), y en el Reglamento del Registro Mercantil (artículo 209 a 212 del RD 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (RRM).

A la vista del concepto indicado, la SC, como prototipo de sociedad personalista, se caracteriza porque prima en ella la personalidad de los socios, hasta el punto que, todos o alguno de ellos, están presentes en la denominación de la sociedad, en su administración y, sobre todo, porque responden personalmente de las deudas de la sociedad.

Esta responsabilidad de los socios (artículo 127 CCom), se entiende que abarca las obligaciones no cumplidas por la sociedad, tanto las que se derivan de la ley, de los contratos, e incluso las extracontractuales que nacen de la culpa o negligencia. La configuración de esta responsabilidad de los socios se caracteriza, como hemos indicado al exponer el concepto, por lo siguiente:

– La responsabilidad es personal, lo que significa que todos los socios responden individual e ilimitadamente con todos sus bienes presentes y futuros por las deudas de la Sociedad. Esta responsabilidad frente a terceras personas que son acreedores de la sociedad, es imperativa, es decir no puede excluirse por acuerdo entre los socios.

– En cuanto a la responsabilidad subsidiaria, consiste en que los socios son responsables en segundo grado, es decir los socios responderán solo cuando la sociedad colectiva no pueda hacerlo. Así, los socios, antes de responder con sus bienes personales de las deudas no satisfechas por la sociedad, pueden indicar a los acreedores de esta, el dinero, los bienes o derechos que la misma tenga, con los que poder satisfacer la deuda pendiente, excusando de esta forma su responsabilidad.

– Finalmente, la responsabilidad de los socios es solidaria, lo que supone que cada uno responde por la totalidad de las deudas de la sociedad

frente a los acreedores de esta, lo que implica una relación de responsabilidad compartida.

2.3. CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD COLECTIVA

La constitución de la SC exige la existencia de un contrato de sociedad, que debe formalizarse en escritura pública, es decir ante notario, e inscribirse en el Registro Mercantil. En cuanto a la exigencia de la escritura pública e inscripción registral, se deriva de la exigencia general de estos requisitos formales para todas las sociedades mercantiles (artículo 119 del CCom. y 5 del RRM). De esta forma se garantiza la publicidad o posibilidad de conocimiento público a través de la consulta en el Registro del contrato de sociedad y de sus posteriores modificaciones por cualquier persona interesada en ello. Ahora bien, en la sociedad colectiva estos requisitos de forma, que por lo demás deben ser cumplidos, no tienen efectos constitutivos, lo que significa que si no se cumplen debidamente, ello no impide que la sociedad tenga personalidad jurídica, aunque se la califique como irregular. La consecuencia de la irregularidad de la sociedad colectiva es que los socios pasan a tener responsabilidad directa y no solo subsidiaria o de segundo grado por las deudas de la sociedad y, además, los pactos sociales lícitos que no estén inscritos en el Registro Mercantil, no podrán nunca oponerse frente a terceras personas.

Independientemente de lo indicado acerca de la SC irregular, el doble requisito mencionado: escritura pública e inscripción registral, debe cumplirse y supone que para constituir la sociedad tendrá que superarse un doble control de legalidad, común a la constitución de los distintos tipos de sociedades mercantiles: por una parte el notario, que asesora a los socios e interviene en la redacción del contrato, suscribiéndose este en su presencia, de ahí que se formalice en escritura pública y, por otra, el registrador mercantil, que no solo se limita a registrar la escritura, sino que verifica nuevamente el cumplimiento por esta de los requisitos legales cuando se le presenta para su inscripción y, caso en que encuentre defectos formales o materiales, deniega la misma.

El contenido de la escritura deberá expresar obligatoriamente los siguientes extremos (artículo 125 CCom. y 209 del RRM):

1. Nombre, apellidos, documento de identificación, y domicilio de los socios.
2. La denominación de la sociedad, también llamada razón social; que deberá ser distinta a la de otras sociedades ya constituidas.

En la denominación de la SC se exige que aparezca el nombre de todos o de alguno/s de los socios, añadiendo las palabras «y Compañía».

3. El objeto social, si estuviese determinado.
4. El domicilio social.
5. La fecha de comienzo de las operaciones mercantiles.
6. El capital de la sociedad, con expresión de las aportaciones de cada socio, el valor de las mismas o los criterios para su valoración. Las aportaciones pueden ser en forma de capital y/o trabajo.
7. Los socios que van a gestionar y representar a la sociedad, es decir sus administradores, así como la cantidad que anualmente se va a dar a cada uno para sus gastos por la gestión.
8. La duración de la sociedad, que puede ser indefinida.
9. Cualquier otro pacto lícito que los socios fundadores tengan por conveniente.

La modificación de la escritura de constitución requiere que se realice también en escritura pública y su posterior inscripción en el Registro Mercantil. Como regla general, la modificación exige el consentimiento de todos los socios, salvo pacto en contrario, si bien, caso en que la modificación se refiera a la transmisión del interés del socio en la sociedad o la sustitución de los administradores o gestores se exige el consentimiento de todos de los socios, sin que en estos supuestos sea posible el pacto en contrario (artículo 212 RRM).

2.4. ESTATUTO JURÍDICO DE LOS SOCIOS

En la SC pueden distinguirse dos tipos de socios colectivos, los socios de capital y los socios de trabajo o industriales. Su diferencia fundamental reside en la aportación que hagan a la sociedad, de tal manera que los socios de capital aportan dinero, bienes, o derechos cuantificables en dinero, y los socios industriales aportan trabajo, si bien, esto último, en un sentido amplio, lo que permitiría una aportación equivalente al trabajo, como por ejemplo el «saber hacer» (know how), o simples conocimientos profesionales o técnicos, que en todo caso deberán concretarse con suficiente precisión en la escritura de constitución. Es posible que haya socios que realicen aportaciones de las dos clases, en cuyo caso pueden tener la cualidad de socios de capital y de trabajo.

El denominado estatuto jurídico de los socios está integrado por las obligaciones y derechos de los mismos, que pasamos a describir en lo que son las reglas generales aplicables a la SC.

2.4.1. Obligaciones y derechos de los socios

2.4.1.1. Obligaciones de los socios

1ª Realizar la aportación. Como ya hemos visto, el tipo de aportación configura el tipo de socio, y en ello consiste la primera obligación de los mismos.

2ª Prohibición de competencia (artículos 136 a 138 CCom). La obligación de no competencia es dispositiva, es decir puede establecerse en la escritura de constitución un régimen distinto al del Código de comercio. De no existir un régimen particular en la escritura, las reglas a aplicar en esta materia son distintas para los socios que aportan solo capital y los que aportan trabajo.

En cuanto a los socios que aportan trabajo o socios industriales, como regla general tienen prohibido realizar cualquier actividad empresarial, salvo que la sociedad expresamente se lo autorice.

En cuanto a los socios de capital, hay que distinguir:

– Si la sociedad tiene un objeto determinado en su escritura, pueden realizar cualquier otra actividad mercantil, siempre que no entre en competencia con la de la sociedad, a no ser, claro está, que se haya pactado otra cosa.

– Si la sociedad no tiene un objeto determinado, es necesaria la autorización de la sociedad, pero esta no puede negarla salvo que justifique que esa actividad del socio perjudica a la sociedad.

3ª Participar en las pérdidas. Puede determinarse la forma y proporción de participar en las pérdidas en la escritura de constitución de la sociedad. Como regla general, las pérdidas de la sociedad son imputables a los socios de capital en la proporción en la que participan en la misma, excluyendo a los socios industriales. Si bien lo anterior, es posible que por acuerdo se determine que los socios industriales participen también en las pérdidas (artículo 141 CCom).

4ª Responder de las deudas sociales. Como indicamos al describir las características de la sociedad, esa responsabilidad personal es común a todos los socios, sean socios de trabajo o de capital.

5ª Finalmente en cuanto a las obligaciones de los socios, además de las que acaban de indicarse, estos tiene una obligación que podemos calificar

de lealtad genérica cuyo incumplimiento adquiere especial relevancia dado el carácter personalista de la sociedad. En este sentido, los socios deben abstenerse de realizar conductas tales como: utilizar el capital de la sociedad en beneficio propio, realizar funciones de administrador cuando estas estén atribuidas a otros socios, y, en general, actuar en fraude de los intereses sociales o incumplir los compromisos que se derivan de la escritura de constitución.

Respecto de las obligaciones que acaban de enumerarse, debe señalarse que el incumplimiento grave de las mismas puede llevar aparejado la exclusión del socio incumplidor de la sociedad (artículo 218 CCom). La exclusión significa la expulsión o cese por sanción del socio incumplidor, y el Código de Comercio la denomina rescisión parcial, en la medida que supone amortizar la participación del socio expulsado, a quien se le liquida su cuota, desvinculándosele de la sociedad. Para llevarla a cabo debe acordarse por los demás socios en escritura pública o por resolución judicial, y debe estar inscrita en el Registro Mercantil para que produzca efectos frente a terceras personas (artículo 219 y 220 CCom).

2.4.1.2. *Derechos de los socios*

1º Participar en las ganancias. La participación en las ganancias se puede determinar con libertad en la escritura de constitución. Si no se dice nada en esta, los beneficios se dividirán en proporción a la participación que cada socio tenga en la sociedad, en cuyo caso los socios industriales participan en la misma proporción que el socio de capital que tuviera menor participación (artículo 140 CCom).

2º Separación de la sociedad. El derecho de separación se produce cuando un socio quiere abandonar la sociedad, incluso sin mediar causa que lo justifique cuando esta se haya constituido por tiempo indefinido, o por causa justificada en el caso de sociedades constituidas por tiempo limitado (artículo 225 CCom). Este derecho se configura como una posible causa de disolución de la sociedad, supuesto en que no haya una previsión en otro sentido en la escritura de constitución o en que los socios no llegasen a un acuerdo.

3º Solicitar la disolución de la sociedad. En este caso el socio puede solicitar la denuncia unilateral del contrato de sociedad, a lo que los demás socios no podrán oponerse, a no ser que el que lo solicite actúe de mala fe (artículo 224 CCom). Por tanto, el ejercicio de este derecho se configura, al igual que, en última instancia, el de separación, como una posible causa de disolución de la sociedad.

4º Participar en la cuota de liquidación de la sociedad. En el supuesto de disolución y liquidación de la sociedad, los socios participaran del reparto resultante de la liquidación conforme a lo determinado en la escritura de constitución o, de no decirse otra cosa en esta, en la proporción de su participación.

5º Derecho de información. Este derecho se concreta en que cualquier socio tiene derecho a examinar el estado de la administración y contabilidad de la sociedad según se haya dispuesto en la escritura de constitución y, supuesto en que se le denegase ese examen, reclamarlo ante el Juez de lo Mercantil que corresponda al domicilio de la sociedad (artículo 133 CCom).

6º Participar en la administración y gestión de la sociedad. Como luego diremos, salvo pacto en contrario, todos los socios tienen la facultad de gestionar o administrar la sociedad.

7º Cobrar de la sociedad los gastos que se le produzcan como consecuencia de su actividad en beneficio de esta.

8º Finalmente y también configurado como un posible derecho, los socios pueden transmitir a otras personas su participación en la sociedad, si bien ateniéndose a lo que a continuación se indica.

2.4.2. Adquisición y pérdida de la cualidad de socio

La entrada de un nuevo socio distinto de los que constituyeron la sociedad, por actos *inter vivos*, bien por transmisión mediante venta o donación de la participación en la sociedad de alguno de los socios, o bien por entrada de un nuevo socio mediante una nueva aportación social, requiere el consentimiento de todos los socios, sin que pueda contemplarse el pacto en contrario (artículos 143 LSC y 212.2. RRM).

En cuanto a la transmisión de la participación de algún socio por muerte de este, se puede pactar en la escritura de constitución que sean los herederos del socio fallecido quienes continúen como socios de la sociedad o el procedimiento de transmisión de las participaciones entre los socios sobrevivientes. En otro caso, es decir, de no haberse pactado nada, sería causa de disolución de la sociedad (artículo 222.1ª CCom).

2.5. LA ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD COLECTIVA

2.5.1. Gestión y representación

La administración de las sociedades mercantiles en general tiene un doble ámbito material. Por una parte comprende la facultad de gestionar y

dirigir la sociedad, es decir organizar y disponer de los medios materiales, inmateriales y recursos humanos que constituyen la empresa para el desarrollo del objeto social. Por otra parte, la administración también se refiere a la denominada esfera externa de la sociedad mercantil que comprende el ejercicio de la representación de la misma en sus relaciones con terceras personas, en particular actuar y constituir obligaciones en nombre de la sociedad. Ambas facetas, gestión y representación, se ejercen por los administradores en lo que sería el escalón superior de organización de la sociedad mercantil.

En la SC rige el principio de que son los propios socios quienes deben ejercer la función de gestión y representación de la misma. Como regla general, la administración en la SC esta atribuida a todos los socios, salvo que se pacte que la administración la ejercite solo alguno o algunos de ellos (artículo 129 CCom).

2.5.2. Ámbito material y formal de la administración

El ámbito material o asuntos sobre los que los administradores de la sociedad colectiva pueden actuar, en particular en la función de representación, tiene un contenido típico, que se refiere al conjunto de actos propios del tráfico mercantil de la sociedad y solo limitado por el objeto social que, en su caso, la misma haya determinado en la escritura de constitución.

En cuanto a lo que denominamos ámbito formal, que se refiere a cómo deben actuar los administradores para gestionar y representar a la sociedad colectiva, habrá de estarse a quienes son los socios que administran la misma. En el supuesto del principio general de que fuesen todos los socios quienes ejerciesen la administración, se entiende que todos tienen la facultad de representarla, debiendo los que estén presentes actuar por acuerdo. Ahora bien, como hemos dicho, si en la escritura de constitución se pacta un sistema distinto, habrá que estar al que se establezca, de tal manera que, si la administración se atribuye a algunos socios, pero no a todos, puede hacerse en forma solidaria, en cuyo caso cualquiera de los administradores actuará en nombre de la sociedad sin que seas necesario el concurso de los demás, o en forma mancomunada, en cuyo caso todos los que son administradores deberán actuar conjuntamente.

2.6. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD COLECTIVA

La extinción de la SC o pérdida de su personalidad jurídica se desarrolla, al igual que en las demás sociedades mercantiles, a través de dos fases,

llamadas disolución y liquidación. En la primera, es decir la disolución, se constata o se acuerda la causa por la que la sociedad va a terminar su vida, y en la segunda, la liquidación, se procede a las operaciones de enajenación de los activos de la sociedad y extinción de las obligaciones en que consista su pasivo, hasta llegar a la extinción definitiva de la misma. Pasamos a continuación a exponer las causas de disolución de la SC y el procedimiento de liquidación de la misma.

2.6.1. Disolución

Respecto de la disolución, las causas de disolución de la SC son las comunes a cualquier sociedad mercantil y, además, tiene algunas causas específicas de disolución.

Como causas comunes de disolución señalamos las siguientes (artículo 221 CCom):

1. La finalización del plazo pactado en la escritura de la sociedad.
2. La conclusión de la empresa que constituya el objeto social, cuando este se haya concretado de tal manera que haga imposible su continuación.
3. El concurso de acreedores de la sociedad, si ello supone la apertura de la fase de liquidación.
4. La pérdida del capital social.
5. El acuerdo de los socios.
6. Otras causas pactadas en la escritura de constitución.

Como causas específicas de disolución señalamos las siguientes (artículo 222 y 224 CCom):

1. La muerte de uno de los socios, salvo pacto en contrario según ya indicamos al examinar la adquisición y pérdida de la cualidad de socio.
2. La incapacidad psíquica de un socio administrador, que deberá ser declarada judicialmente.
3. El concurso de acreedores de uno de los socios, si ello supone la apertura de la fase de liquidación.
4. La exigencia de disolución de la sociedad por alguno de los socios, o de separación, de no haber en este caso previsión en la escritura o acuerdo entre los socios, a las que ya nos referimos al examinar los derechos de estos.

En cuanto a la forma de realizar la inscripción de la disolución en el Registro Mercantil, dependerá de su causa. Como regla general será necesaria una escritura pública para su inscripción en la que conste la causa, excepto en los supuestos en que esta deba ser declarada judicialmente, *v. gr.* apertura de la liquidación en el concurso de acreedores, o incapacidad psíquica de un socio administrador, en cuyo caso será la resolución judicial del Juzgado lo que se inscriba.

2.6.2. Liquidación

Una vez que se produce una causa de disolución, la SC debe liquidarse (artículo 227 a 237 CCom). Los encargados de liquidar la sociedad son los administradores, que cesan en este cargo y pasan a ser liquidadores, a no ser que en la escritura de constitución se hubiera dispuesto otra cosa. La ejecución de la liquidación consiste en la realización de los bienes y derechos de la sociedad y cumplimiento de las obligaciones pendientes de satisfacer por la misma. En cuanto al procedimiento de la liquidación, se seguirá lo dispuesto en la escritura de constitución, siendo muy exiguas las reglas del Código de Comercio al respecto. En cualquier caso, la ejecución de la liquidación deberá pasar por la formación de un inventario al inicio de la misma que integré los bienes y derechos de la sociedad y, a falta de otra indicación en la escritura, deberá comunicarse mensualmente el estado de la liquidación a los socios. La liquidación concluye con la división y adjudicación a los socios del patrimonio neto resultante una vez cumplidas todas las obligaciones pendientes de satisfacer por la sociedad, realizándose esta división según lo establecido en la escritura de constitución y, a falta de mención, en proporción a la aportación de cada socio.

Finalmente, concluida la liquidación, la SC se extingue con la cancelación de la misma en el Registro Mercantil.

3. LA SOCIEDAD COMANDITARIA SIMPLE

3.1. FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA SOCIEDAD COMANDITARIA

Desde un punto de vista económico, la sociedad comanditaria o comanditaria simple (SCom), tiene, al igual que la sociedad colectiva, escasa implantación en nuestros días². La causa de que haya caído en desuso,

2. Bajo esta modalidad social, tan solo se constituyeron en el año 2011, 5 sociedades; en 2012, 6 sociedades; en 2013, 3 sociedades; y en 2014, 6 sociedades. Fuente: estadística societaria del Registro mercantil central; *www.rmc.es*.

reside en que, a pesar de que convivan en ella socios comanditarios que son socios de capital y, como a continuación veremos, limitan su responsabilidad a la aportación que hagan, la prohibición expresa de que estos participen en la administración de la sociedad la hace poco atractiva, por lo que se opta mayoritariamente por constituir sociedades, como la SL, en las que, además de extenderse a todos los socios el principio de limitación de responsabilidad, son estos quienes decidan con libertad quien o quienes las administran.

El origen histórico de la sociedad comanditaria se encuentra en el contrato medieval llamado de *commenda*, a través del cual una persona participaba en los negocios de otra aportando bienes o dinero, a cambio de participar en los beneficios que este obtuviese; (el equivalente actual de la *commenda* puede ser el contrato de cuenta en participación, regulado en los artículos 239 a 243 del CCom). Más próximo en el tiempo, la sociedad comanditaria se desarrolló a finales del siglo XVIII y principios del XIX, con la incorporación de la aportación al capital de la sociedad propiamente dicho, lo que permitió que, sin necesidad de ser comerciante, se participase directamente en la sociedad como socio capitalista (comanditario), pero sin ser gestor del negocio ni exteriorizar su participación en el mismo: no debe olvidarse que en esa época el ejercicio del comercio no era especialmente bien visto en determinados países, por razones de orden ético-religioso hoy superadas.

3.2. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA SOCIEDAD COMANDITARIA

La sociedad comanditaria, es una sociedad mercantil, de carácter personalista, en la que los socios, bajo una misma denominación o razón social, se comprometen a desarrollar conjuntamente una actividad económica, participando en ella, con trabajo y/o capital, y en la proporción que establezcan, y respondiendo unos socios, llamados colectivos, de manera personal, solidaria, subsidiaria e ilimitada de las deudas sociales y, otros socios, llamados comanditarios, solo de manera limitada a la participación que tienen en la sociedad.

A la vista de la anterior definición, la SCom es un tipo de sociedad que aunque se la califica dentro de las personalistas, por primar el elemento personal sobre el capitalista, tiene un aspecto propio de sociedad capitalista, habida cuenta de la existencia de socios comanditarios que se limitan a aportar capital y su responsabilidad es limitada a la aportación que hacen

(artículo 148 CCom). Lo anterior caracteriza a la SCom, de tal manera que las características predicables para la sociedad colectiva (*cf.* 2.2), son aplicables también a esta, en lo que se refiere a los socios colectivos.

Al igual que ocurre en el caso de la Sociedad Colectiva, la regulación legal básica de la Sociedad Comanditaria está en el Código de Comercio y en el Reglamento del Registro Mercantil (artículo 145 a 150 CCom y 209 a 212 RRM).

3.3. CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD COMANDITARIA

Como ya dijimos para el resto de las sociedades mercantiles, y expusimos para la sociedad colectiva, la constitución de la SCom, debe hacerse en un contrato mediante escritura pública ante notario e inscribirse en el Registro Mercantil. Quienes se propongan crear una SCom deberán expresar en el contrato las mismas circunstancias que ya vimos para la sociedad colectiva (artículo 145 CCom) (*cf.* 2.3), y además se exige la indicación de los socios comanditarios, las aportaciones de estos, su valoración, y el régimen de adopción de acuerdos sociales (artículo 210 RRM), debiendo expresarse en la denominación o razón social, además del nombre de alguno o algunos de los socios colectivos y las palabras «y Compañía», las de «Sociedad en comandita» (artículo 146 CCom).

En cuanto a la modificación de la escritura de constitución de la sociedad comanditaria, requiere que se realice también en escritura pública y su posterior inscripción en el Registro Mercantil, rigiendo para los socios colectivos lo que es de aplicación en la sociedad colectiva, y para los comanditarios deberá estarse a los que se hubiera pactado en la escritura de constitución (artículo 212 RRM).

3.4. REFERENCIA COMPARADA DE LA SOCIEDAD COMANDITARIA CON LA SOCIEDAD COLECTIVA, EN LO RELATIVO AL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS SOCIOS, CAMBIO DE SOCIOS, ADMINISTRACIÓN, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD

En materia de obligaciones y derechos de los socios, debe señalarse que para los socios colectivos rige lo ya indicado en el caso de la sociedad colectiva (*cf.* 2.4.1).

Respecto de las obligaciones y derechos de los socios comanditarios, les es de aplicación lo dispuesto para los socios colectivos, a salvo las especialidades que se deducen de su especial estatuto, que en última instancia

se deriva de su naturaleza como socios de capital y de la limitación de responsabilidad que tienen frente a las deudas sociales, lo que se concreta en lo que a continuación se expone.

Como obligación específica más relevante, está prohibido a los socios comanditarios participar en la administración de los intereses de la sociedad, incluso como simples apoderados de la misma (artículo 148 CCom). Tampoco pueden los socios comanditarios incluir su nombre en la denominación o razón social de la sociedad, hasta el punto en que, si así lo hicieran, asumirían de manera personal e ilimitada la responsabilidad por las deudas de la misma (artículo 147 CCom). Como regla general los socios comanditarios no tienen la obligación de no hacer la competencia a la sociedad dada su cualidad de socio capitalista que no participa en la administración.

En lo que concierne a los derechos, los socios comanditarios tienen derecho a participar en las ganancias de la sociedad y en la cuota de liquidación de la misma, conforme a lo dispuesto en la escritura de constitución, y si no se dispusiese otra cosa en esta, en la proporción de la participación que cada uno tenga en la sociedad. Asimismo los socios comanditarios tienen derecho a obtener información sobre la marcha de la gestión de la sociedad en los términos pactados en la escritura de constitución (artículo 150 CCom), sin que nada impida que en esta esfera interna se fije un ámbito en el que los socios comanditarios puedan participar estableciendo un derecho de consulta respecto de determinadas decisiones que los socios colectivos puedan tomar.

Finalmente, en materia de cambio de socios y disolución y liquidación de la sociedad comanditaria rige en lo sustancial lo dispuesto para las sociedades colectivas, con las lógicas particularidades de los socios comanditarios en tanto que socios capitalistas.

4. LAS SOCIEDADES DE CAPITAL. ASPECTOS GENERALES. DENOMINACIÓN Y OBJETO

4.1. CONCEPTO, CARÁCTER MERCANTIL Y PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Las sociedades de capital son personas jurídicas que tienen carácter mercantil y en las que el capital está dividido en partes alícuotas, respondiendo los socios de manera limitada con la aportación realizada a la sociedad.

El carácter mercantil les está atribuido por razón de la forma, y cualquiera que sea su objeto (artículo 2 LSC), es decir todas las sociedades de

capital son siempre sociedades mercantiles y, por tanto, son siempre empresarios que están sujetos al estatuto jurídico propio de estos, no solo en las normas mercantiles propiamente dichas, sino también en las de otro orden: fiscal, penal, laboral o administrativo, en lo que sean de específica aplicación a los empresarios.

La adquisición de la personalidad jurídica de las sociedades de capital exige que el contrato de sociedad se realice en escritura pública ante notario que la autorice y la inscripción en el Registro Mercantil (artículo 20 LSC), conforme indicamos para el caso de la sociedad colectiva. En el caso de las sociedades de capital estos requisitos de forma: escritura pública e inscripción registral, se entienden constitutivos y necesarios para el nacimiento pleno de su personalidad jurídica (artículo 33 LSC).

4.2. CLASES DE SOCIEDADES DE CAPITAL Y DIFERENCIAS BÁSICAS

La LSC señala que son sociedades de capital las sociedades anónimas, las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades comanditarias por acciones (artículo 1 LSC).

Conviene en este apartado enmarcar los elementos más relevantes, referidos al capital y a la transmisión de este, que diferencian los dos principales tipos de sociedades de capital: la sociedad anónima (SA) y la sociedad de responsabilidad limitada o sociedad limitada (SRL o SL), dejando para un epígrafe posterior el examen de la sociedad comanditaria por acciones por su carácter residual en la práctica mercantil. Esta descripción marco de las diferencias entre la SA y la SL se hace como simple enunciado diferencial en los aspectos generales indicados, sin perjuicio de la existencia de múltiples diferencias de detalle en su régimen jurídico, que se estudiarán en cada caso en los Temas correspondientes.

a) En primer lugar, mientras que en la SA es un tipo de sociedad más abierta, la SL es una sociedad más cerrada³. Cuando hablamos de sociedades abiertas nos referimos a que en estas hay una mayor vocación y facilidad para la entrada de nuevos socios, frente a las sociedades más cerradas en las que hay mayor restricción en esta materia. Esta característica de ser las sociedades anónimas sociedades más abiertas adquiere un relieve especial en la sociedad anónima cotizada a la que luego nos referiremos. La manifestación más relevante de lo que acabamos de indicar, es que el capital en la SA se divide en acciones y en la SL en participaciones sociales,

3. En la propia Exposición de motivos de la LSC, se hace referencia a esta clasificación de sociedades abiertas y cerradas.

siendo así que, en las acciones el principio general es el de su libre transmisión, mientras que en las participaciones la transmisibilidad está más limitada con la finalidad de dificultarla.

b) En segundo lugar, el capital en la SA tiene una cuantía mínima de 60.000 euros, mientras que en la SL la cuantía mínima es de 3.000 euros (artículo 4 LCS), lo que permite afirmar que, en principio, la importancia económica de la actividad mercantil que se desarrolla a través de una SA es mayor que a través de una SL. Debe señalarse al respecto que la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que modifica la LCS, permite que las SL operen con un capital real incluso inferior a la cifra de 3.000 euros, estableciendo un posible procedimiento de formación sucesiva⁴. En efecto, debe señalarse que la Ley 14/2013, crea una nueva figura de sociedad, la Sociedad Limitada de Formación Sucesiva (SLFS), que ya no exige dicho capital mínimo aunque su régimen es similar al de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, excepto ciertas obligaciones específicas tendentes a garantizar una adecuada protección de terceros. El objetivo de esta figura es abaratar el coste inicial de constituir una sociedad. Si bien, para garantizar una adecuada protección de terceros, se prevé un régimen especial para este subtipo societario, hasta que la sociedad no alcance voluntariamente el capital social mínimo para la constitución de una Sociedad de Responsabilidad Limitada.

c) En tercer lugar se puede afirmar que mientras que la SA es un tipo de sociedad con un rígido sistema de defensa del capital en el plano formal, como cifra de retención y por tanto de garantía de los derechos de los acreedores, en la SL se sustituye en ocasiones ese sistema por el de la exigencia de responsabilidad, caso en que la aportación del capital no respondiese a la realidad.

4.3. REFERENCIA PARTICULAR A LA SOCIEDAD COMANDITARIA POR ACCIONES

Desde un punto de vista económico, la sociedad comanditaria por acciones (SCom por A), ha caído prácticamente en desuso en España⁵. Funcionalmente podría pensarse en ellas, por ejemplo, como posibilidad adecuada en empresas familiares que exigen financiación exterior

4. Artículo 12 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013. *www.boe.es*.

5. Bajo esta modalidad social, no se constituyeron sociedades en España entre los años 2007 a 2010, en 2011 y 2012 tan solo se constituyeron dos, y en 2013 y 2014 ninguna. Fuente: estadística societaria del Registro mercantil central; *www.rmc.es*.

mediante aportación de capital en forma de acciones y quieren reservar la administración a los socios colectivos que se identifican con el núcleo familiar originario.

Dado el carácter residual en la práctica mercantil de este tipo de sociedad de capital, su estudio en este epígrafe se ciñe a lo que la caracteriza, sin dedicarle, por tanto, la mayor atención que requieren las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. En cuanto a su consideración como sociedades de capital, viene determinada en la propia LSC (artículo 1.1 LSC).

La sociedad comanditaria por acciones es una sociedad mercantil cuyo capital está dividido en acciones, que se integra por las aportaciones de los socios, uno de los cuales, cuando menos, tiene que responder de las deudas sociales como socio colectivo (artículo 1.4 LSC). En consecuencia todos sus socios son accionistas, si bien dentro de estos hay socios colectivos (cuando menos uno), y socios comanditarios, a los que nos referimos al examinar la sociedad comanditaria simple. Por tanto, la SCom por A., más que una especie de la sociedad comanditaria simple, se debe entender como una sociedad anónima *sui generis*, más próxima a la SA, en tanto que la diferencia con esta reside fundamentalmente en el estatuto de sus administradores (artículo 252 LSC). En efecto, los administradores de la SCom por A. están conceptuados como socios colectivos y responden como tales, es decir de la manera personal e ilimitada que ya vimos al estudiar la sociedad colectiva, en tanto ejercen su cargo. Su separación sin causa justa puede dar lugar a que exijan a la sociedad una indemnización por los daños y perjuicios que la separación les produzca. Por lo demás, los administradores tienen las facultades, derechos y deberes de los administradores en la sociedad anónima (*cf.* Tema 9).

4.4. DENOMINACIÓN Y OBJETO DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Examinamos en este epígrafe el régimen jurídico propio de las sociedades de capital, referido a la denominación y al objeto de las mismas.

4.4.1. La denominación de las sociedades de capital

El régimen legal de la denominación de las sociedades de capital se encuentra en los artículos 6 y 7 LSC y 398 a 419 RRM.

La denominación de las sociedades de capital puede referirse a un sujeto, a un objeto o estar integrada por una denominación imaginaria, y consistir en letras, números o la combinación de ambos, estando prohibidas las

denominaciones contrarias a la ley, al orden público o a las buenas costumbres, así como las denominaciones oficiales o las idénticas a otras sociedades o que induzcan a error con otras ya inscritas. A fin de dar cumplimiento a estos principios, es necesario en el momento de constituir la sociedad se acredite ante el notario, mediante una certificación negativa del Registro mercantil, que no figura registrada la denominación que se quiere dar a la misma. La expedición de esa certificación garantiza la reserva de uso de la denominación por el solicitante por un plazo de seis meses.

En la denominación deberá figurar el tipo social elegido o, cuando menos, su abreviatura: para la sociedad anónima, SA, para la limitada, SRL o SL, y para la comanditaria por acciones, SCom por A., debiendo también tenerse en cuenta que para esta última deberá figurar en la denominación cuando menos el nombre de uno de los socios colectivos.

La denominación aparecerá en los Estatutos de la sociedad, que están incluidos en la escritura de constitución (*cf.* Tema 8), y su cambio requerirá una modificación de los mismos (*cf.* Tema 10).

4.4.2. El objeto de las sociedades de capital

El objeto de las sociedades de capital es una exigencia legal recogida como tal en los artículos 23 b) de la LSC y 178 RRM.

El objeto lo constituirá una actividad económica mercantil lícita y, dentro de estas, cabe pensar en cualquiera que consista en la producción, distribución, intermediación o venta de bienes o servicios, en el más amplio sentido de estos términos.

En la redacción del objeto se exige legalmente la determinación precisa y sumaria de las actividades que lo integran. Por tanto, se procurará abarcar en la redacción, las actividades principales, accesorias o auxiliares que comprenda, utilizando términos generales pero suficientemente claros que eviten una redacción excesivamente exhaustiva que sería innecesaria, pero sin emplear formulas generales, tales como: «la realización de cualquier actividad de lícito comercio». La importancia práctica de la determinación del objeto se entiende si se tiene en cuenta que mediante la descripción del objeto en los Estatutos de la sociedad se fija el ámbito material de su actividad mercantil y, por tanto, se delimita también la actuación de sus representantes.

La descripción del objeto aparecerá en los Estatutos de la sociedad, que están incluidos en la escritura de constitución y, al igual que para la denominación, su cambio requerirá una modificación de los mismos.

5. ENTIDADES DE BASE MUTUALISTA. LA SOCIEDAD COOPERATIVA

5.1. ENTIDADES DE BASE MUTUALISTA

En la actualidad, estas entidades de base mutualista o similar, están integradas en el concepto de economía social de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, cuyo propósito es favorecer a estas entidades en atención a la finalidad que persiguen.

Las entidades de base mutualista se caracterizan por tener un contenido social, siendo su finalidad la de satisfacer determinadas necesidades comunes de los socios, de tal manera que la personas que las integran y su objeto revisten especial importancia por encima del capital, de ahí que sus reglas de funcionamiento consideren especialmente ese elemento social. Entre ellas podemos distinguir las siguientes: (i) las sociedades cooperativas, regidas por la Ley 27/1999, de 16 de julio, si bien cada Comunidad Autónoma tiene su propia Ley de cooperativas al tener atribuidas las competencias en materia de cooperativas y en el ámbito que es propio de aquellas; (ii) las mutuas de seguros y mutualidades de previsión, reguladas en la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobada por RDLeg 6/2004, de 29 de octubre; (iii) las sociedades de garantía recíproca, reguladas en Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca, y RD 2345/1996, de 8 de noviembre); y, finalmente, mencionamos en esta categoría (iv) las sociedades anónimas laborales, cuya regulación está en la Ley 4/1997, de 24 de marzo, de Sociedades laborales que, aunque no sean propiamente sociedades de base mutualista, se citan aquí por responder también a una finalidad de promoción social de sus socios laborales.

5.2. LA SOCIEDAD COOPERATIVA

Las sociedades cooperativas son empresarios sociales. La Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas (LCo) las define en su artículo 1 como sociedades constituidas por personas que se asocian en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y actividades económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático.

Si bien la legislación propiamente mercantil tiene un ámbito estatal, las comunidades autónomas han legislado en el ámbito administrativo, económico y organizativo en materia de cooperativas, de ahí que cuenten

con leyes de cooperativas que hacen que la Ley estatal pueda considerarse de aplicación supletoria respecto de las leyes de las Comunidades autónomas en sus respectivos territorios y en aquello que no se disponga en estas, además de ser en todo caso aplicable a aquellas sociedades cooperativas que desarrollen su actividad cooperativizada en el territorio de varias Comunidades autónomas, excepto cuando en una de ellas se desarrolle con carácter principal (artículo 2 LCo).

Debe hacerse aquí, siquiera brevemente, una referencia a que en el ámbito de las sociedades cooperativas, la Unión Europea promulgó un Reglamento (CE núm. 1.435/2003, del Consejo de 22 de julio de 2003) que regula la denominada sociedad cooperativa europea, y una Directiva (2003/72/CE, del Consejo, de igual fecha) en la que se desarrolla la implicación de los trabajadores en la sociedad cooperativa europea. El propósito de esta normativa comunitaria es establecer mecanismos legales que permitan desarrollar actividades en varios estados de la Unión mediante actividades transfronterizas y bajo la forma de sociedad cooperativa.

5.2.1. Clases de cooperativas

La LCo establece, en su artículo 1.4, que las sociedades cooperativas podrán revestir la forma de cooperativa de primero y segundo grado, de acuerdo con las especificidades previstas en esta Ley. Según el artículo 77 de la Ley de Cooperativas, las de segundo grado son las que se constituyen por, al menos, dos cooperativas, aunque también pueden integrarse en calidad de socios otras personas jurídicas, públicas o privadas y empresarios individuales, hasta un máximo del cuarenta y cinco por ciento del total de los socios, así como los socios de trabajo. Su objeto es promover, coordinar y desarrollar fines económicos comunes de sus socios, y reforzar e integrar la actividad económica de los mismos.

En cuanto a la clasificación atendiendo al ámbito material o de actividad económica que desarrolla la cooperativa, debe señalarse que el criterio clásico de clasificación ha diferenciado entre las cooperativas de consumo, cuya objeto es el suministro a los socios de bienes o servicios, y las cooperativas de producción, cuyo objeto consiste en remunerar a sus socios los bienes o servicios que producen. Con esta clasificación se aprecia el auténtico sentido de las cooperativas desde un punto de vista económico empresarial, que no es otro que buscar la asociación para obtener un beneficio o mejora respecto de lo que obtendrían los socios de no estar asociados.

Además de las clasificaciones anteriores, el artículo 6 de la LCo, clasifica a las cooperativas atendiendo también al ámbito material de estas, así

distingue: cooperativas de trabajo asociado, consumidores y usuarios, viviendas, agroalimentarias, explotación de la tierra, servicios, del mar, transportistas, de seguros, sanitarias, enseñanza y de crédito; dedicando los artículos 80 a 104 al desarrollo pormenorizado de cada uno de estos tipos.

5.2.2. Órganos de las sociedades cooperativas

Los órganos de la sociedad cooperativa son los siguientes:

Asamblea general. Es la reunión de los socios debidamente constituida para deliberar y adoptar los acuerdos sobre las materias que legal y estatutariamente sean de su competencia. Sus acuerdos vinculan a todos los socios, como regla general (artículo 20 LCo). La LCo regula con detalle en los artículos 20 a 31, su convocatoria, forma de constitución, celebración, y, en particular, el derecho de voto, adopción de acuerdos, y la forma de impugnación de estos.

Consejo rector. Es el órgano de gobierno o administración que tiene competencia en el ámbito de alta gestión, supervisión y representación de la cooperativa. La LCo regula su composición, elección, competencias, funcionamiento, acuerdos y su impugnación, en los artículos 32 a 37.

Interventores. Es el órgano encargado de fiscalizar la cooperativa, no solo en sus cuentas sino también en todos los actos que se realicen en su nombre. La LCo regula su composición, elección, competencias, funcionamiento, e incompatibilidades, en los artículos 38 y 39.

Comité de Recursos. Finalmente la LCo, en el artículo 44, establece que, facultativamente, los Estatutos de las cooperativas pueden constituir un Comité de Recursos al objeto de dirimir los recursos que puedan interponer los socios contra los órganos de las mismas.

5.2.3. Constitución, modificaciones estatutarias, estructurales, y disolución y liquidación de las sociedades cooperativas

Las sociedades cooperativas deben constituirse mediante escritura pública que deberá contener los Estatutos, y que tendrá que inscribirse en el Registro de sociedades cooperativas, dependiente del Ministerio de Empleo y Seguridad Social⁶.

En cuanto al contenido de la escritura de constitución y Estatutos, está regulado en los artículos 10 y 11 de la LCo. Se exige al menos tres socios si es de primer grado, y dos sociedades cooperativas si es de segundo grado.

6. Sobre el funcionamiento del Registro y tramites de inscripción: www.empleo.gob.es.

En cuanto a la modificación de los Estatutos la LCo determina que deberá aprobarse en Asamblea por mayoría de dos tercios de los socios presentes o representados, (artículo 28.2 LCo), debiendo inscribirse en el Registro de sociedades cooperativas, a salvo el acuerdo de cambio de domicilio en la misma localidad que podrá tomarlo el Consejo Rector.

En lo que concierne a las modificaciones estructurales destacamos aquí que la LCo permite en el artículo 63 la fusión entre cooperativas, bien por creación de una nueva o por absorción, permitiéndose en estos casos la separación del socio. Respecto de la transformación, el artículo 69 LCo permite tanto la transformación de una sociedad de naturaleza distinta en cooperativa, como la transformación de una cooperativa en otro tipo social.

Respecto de la disolución, sus causas están reguladas en el artículo 70 LCo, siguiendo un esquema similar al de la disolución en las sociedades de capital, si bien adaptándose las causas a las peculiaridades de estas sociedades. Otro tanto cabe decir respecto del proceso de liquidación, regulado en los artículos 71 a 76 LCo, concluyendo este proceso con la extinción que debe constar en escritura pública y posterior cancelación de la sociedad cooperativa en el Registro.

5.2.4. Obligaciones y Derechos de los socios

Obligaciones de los socios. Están regulados en el artículo 15 de la LSC. Así, los socios: a) tienen que cumplir los deberes legales y estatutarios, y los acuerdos de los órganos de la cooperativa; b) deben aportar el capital y las prestaciones comprometidas en el momento de adquirir la cualidad de socio, y las que se determinen por los órganos de la cooperativa; c) no pueden realizar actividades competitivas con las de la cooperativa, salvo autorización del Consejo Rector; d) tienen que participar en las actividades de la cooperativa y contribuir a las mismas en la forma estatutariamente determinada; y e) deben guardar secreto de los asuntos y datos cuya revelación perjudique a la cooperativa. En cuanto al capítulo importante de la responsabilidad de los socios frente a terceros, está limitada con carácter general a las aportaciones que hayan realizado o deban realizar al capital de la cooperativa.

Derechos de los socios. Están regulados en el artículo 16 de la LSC. Destacamos los siguientes: a) los socios tienen derecho a participar en las actividades de la cooperativa y en particular en las Asambleas de la misma mediante su asistencia y voto, así como presentarse a la elección para los cargos de los órganos de la misma; b) percibir en su caso la remuneración del capital aportado, que recibe el nombre de retorno cooperativo

y los intereses que le correspondan, y participar en los excedentes que se acuerden, una vez dotados los fondos obligatorios; c) tienen un derecho de información sobre la marcha de la cooperativa; d) a obtener la formación adecuada para el ejercicio de su trabajo; y e) a darse de baja como socio en los términos que señalen los estatutos de la cooperativa, este último está regulado exhaustivamente en la ley (artículo 17 LCo).

Junto a los socios cooperativistas la LCo prevé que los Estatutos permitan la existencia de socios colaboradores, que pueden contribuir a la consecución de las actividades de cooperativa, pero no pueden participar en las actividades propias de su objeto social.

5.2.5. Obligaciones de las sociedades cooperativas en materia económica y contable

La circunstancia de que prime en las sociedades cooperativas el elemento personal y finalista sobre el capital, no impide que éste exista, exigiéndose en las cooperativas un capital que deberá estar íntegramente desembolsado.

Se exige a las cooperativas que lleven una contabilidad ordenada y adecuada a su actividad, con arreglo al Código de comercio, al Plan general de contabilidad (RD 1514/2007, de 16 de diciembre) y a las exigencias de la propia LCo. Los libros contables y de actas de las cooperativas deberán diligenciarse en el Registro de sociedades cooperativas, que dependerá del ámbito territorial en el que actúen.

En cuanto a las cuentas anuales, deben ser presentadas por el Consejo rector a la Asamblea para su aprobación, (artículo 61 LCo), debiendo inscribirse en el Registro de cooperativas correspondiente. Los beneficios excedentes deberán destinarse a la dotación de los fondos de reserva y de educación y promoción que la ley establece (artículos 55 y 56 LCo), tras lo cual podrá repartirse entre los socios el beneficio resultante en proporción a las actividades cooperativizadas realizadas por cada socio con la cooperativa, y atendiendo a lo que los Estatutos dispongan, (artículo 58 LCo).

6. SOCIEDADES MERCANTILES CON UN RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL

6.1. PRELIMINAR

Se examina en los distintos epígrafes que integran el enunciado precedente, cinco sociedades mercantiles que presentan algunas características

especiales en su régimen jurídico, frente al régimen jurídico general que para las demás sociedades de capital se expone en los Temas correspondientes. Estas cinco sociedades son: la denominada sociedad unipersonal, la sociedad anónima cotizada, la sociedad profesional, la sociedad con capital público y la sociedad anónima europea.

El criterio de selección de estos tipos de sociedades mercantiles objeto de este epígrafe, atiende a la importancia económica, práctica o doctrinal de las mismas. El estudio de estas sociedades se realiza deteniéndonos en las peculiaridades más significativas de su régimen jurídico, sin perjuicio de las disposiciones generales y comunes a las sociedades de capital que a todas ellas les sean de aplicación. Estas peculiaridades difieren en la estructura de la exposición que haremos para cada una de ellas, dado que las causas por las que cuentan con un régimen jurídico especial son también distintas. En el caso de la denominada sociedad unipersonal, su singularidad radica en contar con un solo socio, lo que hace que se aparte del concepto general del contrato de sociedad. En el caso de la sociedad anónima cotizada su régimen especial obedece a que son sociedades muy abiertas y la personalidad de los accionistas se difumina por la facilidad de transmisión de las acciones en un mercado abierto. En el caso de las sociedades profesionales las particularidades atienden a su objeto y socios. En el caso de las sociedades con capital público, su especialidad tiene que ver con el sujeto que participa en ellas como socio, al ser este un organismo público cuya finalidad debe ser la defensa del interés general. Finalmente, en el caso de la sociedad anónima europea, la causa de su especialidad obedece al ámbito territorial supranacional en el que estas sociedades desarrollan su actividad.

Debe precisarse que, junto a estos tres tipos de sociedades existen otros instrumentos jurídicos de tipo societario que también pueden estar dentro de la categoría de sociedades especiales, como pueden ser: (i) La Sociedad limitada nueva empresa (SLNE) (artículos 434 a 454 LSC) Esta es una modalidad de la sociedad de responsabilidad limitada dirigida a determinadas actividades económicas en la que se facilitan los trámites de constitución, y en cuya denominación tienen que aparecer los dos apellidos y el nombre de uno de los socios; o (ii) La Sociedad anónima deportiva (SAD), regidas por el RD 1251/1999, de 16 de julio sobre sociedades anónimas deportivas, cuyo objeto es la participación en competiciones deportivas profesionales y otras actividades relacionadas con las mismas. Finalmente, cabe mencionar aquí la existencia otras modalidades societarias como las que representan las Agrupaciones de Interés Económico (AIE) de la Ley

12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico, que puede servir de instrumento para realizar conjuntamente entre varios empresarios actividades auxiliares al objeto social propio de cada uno.

6.2. LA SOCIEDAD UNIPERSONAL DE CAPITAL

6.2.1. Tipos de sociedades unipersonales de capital y función económica

La característica fundamental, de la que toma su denominación, es la de que la sociedad unipersonal cuenta con un solo socio. Las sociedades unipersonales de capital pueden ser limitadas o anónimas, y se las debe identificar como tales, normalmente mediante las siglas SLU o SAU.

Por razón del momento en el que se atribuye a la sociedad el carácter de unipersonal, podemos distinguir entre la sociedad unipersonal originaria y la sobrevenida. Las primeras se constituyen por un solo socio, y las segundas son las que se constituyen por dos o más socios y luego devienen unipersonales a lo largo de su vida por adquirir un solo socio todas las participaciones o acciones que representan el capital de la sociedad (artículo 12 LSC).

La unipersonalidad de las sociedades de capital fue discutida en nuestra doctrina y jurisprudencia por considerarse que a la propia naturaleza del contrato de sociedad se le imponía el requisito legal de la concurrencia de dos o más socios. Sin embargo, la normativa comunitaria implantó esta modalidad de sociedades de capital, hoy vigente por la directiva 2009/102/CE, de 16 de septiembre de 2009, cuyo contenido fue incorporado a la actual Ley de sociedades de capital.

En cuanto a la función económica de la sociedad unipersonal de capital, debe señalarse que su uso no solo se desarrolla en el ámbito propio de los pequeños empresarios y en la idea de que estos tengan un instrumento que les permita ejercer su actividad eludiendo el principio general de responsabilidad personal frente a sus acreedores, sino también la sociedad unipersonal sirve a la exigencias de cualquier empresa incluso de las de grandes dimensiones como ocurre en el caso de los grandes grupos de sociedades.

6.2.2. Régimen jurídico de las sociedades unipersonales de capital

La Ley de sociedades de capital regula las especialidades de las sociedades unipersonales en los artículos 12 a 17. Las especialidades más relevantes de su régimen jurídico se centran en primer lugar en regular

los efectos que produce la unipersonalidad en el ámbito orgánico de la sociedad; en segundo lugar en establecer mecanismos que permitan conocer por terceros la circunstancia de la unipersonalidad; y en tercer lugar en lo referente a la responsabilidad del socio único por los contratos celebrados entre él y la sociedad.

– *Órganos sociales.* En primer lugar y en cuanto al ámbito orgánico de la sociedad, la Junta General de socios o accionistas queda suplida por las decisiones del socio único, quien ejerce las funciones propias de ésta y las consigna en un Acta que deberá ejecutar él mismo o los administradores de la sociedad (artículo 15 LSC).

– *Publicidad.* En segundo lugar, en cuanto a la publicidad de la unipersonalidad de la sociedad, la LSC exige que se inscriba en el Registro Mercantil tanto la circunstancia de la unipersonalidad como la persona que es socio único, así como la de que figure la unipersonalidad también en toda su documentación mercantil y anuncios públicos, (artículo 13 LSC). Como sanción por incumplimiento ante la falta de inscripción en el Registro se establece que, una vez transcurran seis meses desde que se produjese la unipersonalidad sobrevinida sin que se haya inscrito, el socio único responde personal solidaria e ilimitadamente de las deudas sociales contraídas durante el periodo de unipersonalidad, si bien, una vez inscrita la unipersonalidad el socio único no responderá por las deudas contraídas con posterioridad a la inscripción (artículo 14 LSC).

– *El socio único y los contratos con la sociedad.* En tercer lugar y respecto de las relaciones contractuales entre el socio único y la sociedad, la LSC quiere también que haya publicidad y determinar la responsabilidad del socio, en la idea de que el socio único puede prevalerse de su condición de tal para obtener beneficio personal en perjuicio de la sociedad. En este sentido además de la exigencia de forma escrita, se determina que la Sociedad debe llevar un Libro registro de estos contratos debidamente legalizado, y que deberán hacerse constar en la Memoria anual de la Sociedad que se deposita en el Registro Mercantil. La responsabilidad del socio único frente a la sociedad por los contratos hechos con la misma se mantiene durante el plazo de dos años a contar desde la fecha de su celebración, y por las ventajas que directa o indirectamente haya obtenido en perjuicio de ésta como consecuencia de esos contratos. En caso de concurso del socio único o de la sociedad, no serán oponibles a la masa aquellos contratos comprendidos en el apartado anterior que no hayan sido transcritos al libro-registro y no se hallen referenciados en la memoria anual depositada con arreglo a la ley. (Artículo 16 LSC).

6.3. LA SOCIEDAD ANÓNIMA COTIZADA

Son sociedades anónimas cotizadas las sociedades anónimas cuyas acciones están admitidas a cotización en un mercado secundario oficial de valores, (artículo 495 LSC). Mercado secundario de valores es aquel en el que los propietarios de valores ya emitidos los intercambian con nuevos compradores, habitualmente, en las denominadas Bolsas de Valores⁷.

El régimen jurídico de las sociedades anónimas cotizadas es el propio de las sociedades anónimas en general, sin perjuicio de sus especialidades legales. La regulación legal básica de este tipo de sociedades, se contiene por una parte en la propia LSC, que tiene un Título específico dedicado a ellas (Título XIV LSC), y, por otra parte, en la Ley del Mercado de Valores: Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV). Esta dualidad se explica ya que los aspectos legales eminentemente societarios se regulan en la LSC, y los aspectos legales en su vertiente más financiera y de control en la LMV⁸.

Debe señalarse que en esta materia la LSC ha sufrido desde su promulgación distintas modificaciones, debiendo destacarse por su importancia la última contenida en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo⁹.

6.3.1. Finalidad económica de la cotización de las acciones

Desde un punto de vista económico la admisión a cotización en un mercado de valores de las acciones de una SA, puede suponer una importante vía de obtención de recursos para la misma, es decir financiación, caso en que se opte por una ampliación de capital con desembolso del valor de las acciones, o puede suponer un medio ideal para desinvertir y facilitar

7. Las Bolsas de Valores en España son los mercados secundarios oficiales destinados a la negociación en exclusiva de las acciones y valores convertibles o que otorguen derecho de adquisición o suscripción (hay bolsas de valores en Madrid, Bilbao, Barcelona y Valencia). En la práctica, los emisores de renta variable acuden a la Bolsa, que opera también como mercado primario, donde formalizan sus ofertas de venta de acciones o ampliaciones de capital. Asimismo, también se contrata en Bolsa la renta fija, tanto deuda pública como privada. La organización y funcionamiento de cada Bolsa depende de su correspondiente Sociedad Rectora. Por último, hay una Sociedad de Bolsas, participada por las cuatro Bolsas, como entidad responsable de la gestión técnica del Sistema de Interconexión Bursátil Español (SIBE).

8. A ello hace expresa referencia la Exposición de Motivos de la LSC.

9. Se recomienda la lectura de la Exposición de Motivos de la Ley 31/2014, para la mejora del gobierno corporativo. BOE núm. 293, de 4 de diciembre de 2014. www.boe.es.

liquidez a los accionistas de la sociedad, si se opta por una oferta pública de venta de las acciones ya existentes. Es frecuente que la salida a bolsa de una sociedad anónima suponga la venta de un porcentaje minoritario de sus acciones, de tal forma que no se cuestione el control de la misma.

Además de las ventajas financieras propiamente dichas, la cotización en Bolsa proporciona a la empresa otros beneficios que mejoran su desarrollo, como pueden ser:

- Notoriedad de la sociedad. La cotización en un mercado de valores puede otorgar una imagen y prestigio a estas sociedades anónimas.
- Disponibilidad de una valoración permanente de la sociedad, a través del precio en que cotizan las acciones mediante el juego de la oferta y la demanda en el mercado donde se intercambian.
- Disciplina en la gestión. Propiciada por la mayor exigencia legal, como luego veremos al analizar las especialidades legales de las mismas.
- Liquidez de las acciones, lo que favorece una mayor entrada de accionistas en su capital.

6.3.2. Transparencia y supervisión de las sociedades anónimas cotizadas

Como ya indicamos, las sociedades anónimas cotizadas son sociedades cuyo régimen jurídico general es el propio de las sociedades anónimas y a las que por tanto les es de aplicación ese régimen cuyo estudio se realiza detenidamente en los Temas correspondientes. Ahora bien, estas sociedades responden al principio de ser sociedades anónimas de naturaleza especialmente abierta, dado que sus acciones pueden ser transmitidas en un mercado de valores que mediante el juego de la oferta y la demanda puede fijar de manera continuada el precio de las mismas. Además, son sociedades que cuentan con un gran número de accionistas, los cuales tienen una escasa o nula implicación en la actividad y gestión de la sociedad, de tal manera que son los administradores quienes pueden tender a ejercer un control efectivo sobre la sociedad en detrimento de los intereses de aquellos. Por ello la legislación tiende a exigir mecanismos de transparencia y publicidad que permitan el conocimiento por los accionistas y terceros interesados de determinados datos que pueden ser de su interés.

Las circunstancias expuestas hacen que las sociedades anónimas cotizadas estén también sujetas, en determinados aspectos de su régimen jurídico, a un control por la Comisión Nacional del Mercado de Valores

(CNMV)¹⁰, que tiene, entre otras funciones, la básica, en la materia que aquí nos interesa, de supervisar e inspeccionar los mercados de valores y la actividad de cuantas personas físicas y jurídicas se relacionan en dichos mercados, entre ellas las propias sociedades cotizadas. Esa función está dirigida a asegurar la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores (artículo 13 LMV).

Es precisamente en aras de la búsqueda de esa mayor transparencia y protección de los intereses de los accionistas, de los posibles inversores y de las reglas del mercado, por lo que el régimen jurídico de las sociedades anónimas cotizadas contiene especialidades.

6.3.3. Régimen jurídico de las sociedades anónimas cotizadas

Describimos a continuación determinadas especialidades que se consideran relevantes en el régimen jurídico de las sociedades anónimas cotizadas, en lo concerniente a cada uno de los enunciados que se indican.

6.3.3.1. Especialidades en materia del capital, de las acciones representativas de éste y de las obligaciones emitidas por la Sociedad

Estas especialidades se regulan en los artículos 496 a 511 de la LSC. Respecto de las mismas destacamos las siguientes:

– Las sociedades cotizadas son sociedades anónimas y, en consecuencia, su capital está siempre dividido en acciones. En cuanto a los requisitos para que las acciones sean admitidas a cotización en Bolsa en el mercado primario, nos remitimos por su extensión, a los artículos 25 y ss. LMV; y al RD 1310/2005, de 4 de noviembre por el que se desarrolla la LMV en materia de admisión de negociación de valores en mercados secundarios oficiales.

– Las acciones cotizadas deben ser libremente transmisibles. Por ello, resultan inadmisibles las restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de

10. La CNMV (www.cnmv.es), está legalmente configurada como un Ente de derecho público con personalidad jurídica propia, que tiene autonomía en el cumplimiento de sus funciones, si bien a determinados efectos orgánicos depende del Ministerio de Economía y competitividad (www.mineco.es). Resaltar que la CNMV conserva su independencia respecto de otros reguladores (Banco de España, Dirección general de Seguros y Comisión Nacional de Mercados y Competencia (CNMC)). Esta última aglutina a otros organismos reguladores que de manera dispersa han venido actuando en distintas actividades económicas que exigen un regulador, dada la singularidad de su objeto o por actuar en mercados monopolísticos u oligopolísticos. Para más información sobre la CNMC: www.cnmc.es.

las acciones o de los derechos derivados de aquéllas. Cosa distinta es la posibilidad de que, al margen de los Estatutos de la sociedad, y mediante pactos parasociales, que luego mencionaremos, se puedan acordar restricciones.

– Las acciones tienen que estar representadas por medio de anotaciones en cuenta (*cf.* Tema 8). Estas anotaciones en cuenta deben constar en un registro en el que están identificados en todo momento los accionistas de la sociedad. Este registro lo debe llevar una de las Sociedades de valores que tiene autorización para operar como tales por el Ministerio de economía y competitividad, las cuales tienen además que estar inscritas en la CNMV. Estas Sociedades de valores son un tipo de empresas de servicios de inversión (empresas autorizadas para realizar actividades relacionadas con los mercados de valores), que deben tener también la forma de SA (Respecto del concepto y clases de empresas de servicios de inversión, *cf.* artículos 62 y 64 de la LMV).

– La sociedad anónima cotizada tiene derecho a conocer de la entidad que lleve el registro de sus acciones los datos de los accionistas, para poderse comunicarse con ellos. Este mismo derecho lo tienen las asociaciones de accionistas que estén constituidas en la sociedad emisora y que represente al menos el 1% del capital social, así como accionistas que tengan al menos el 3% del capital, exclusivamente a efectos de comunicarse con los accionistas para la defensa de sus derechos.

– Como regla general, se limitan las acciones propias que puede adquirir la propia sociedad directa o indirectamente (autocartera), cuyo valor nominal no podrá ser superior al 10% del capital suscrito por la sociedad (artículo 509 LSC).

– Las obligaciones que emita la sociedad cotizada no están sujetas al límite legal máximo, (artículo 510 LSC) y, caso en que sean convertibles en acciones, se puede delegar por la Junta de accionistas en los Administradores esa facultad de emisión y atribuir a estos la posibilidad de excluir el derecho de suscripción preferente, si el interés de la sociedad así lo exige.

– Supuesto de acciones con el privilegio que consista en un derecho a obtener un dividendo preferente, la sociedad debe acordar el reparto del dividendo si hay beneficios distribuibles, sin que los estatutos puedan disponer otra cosa, (artículo 498 LSC); y el régimen legal de ese dividendo preferente será el establecido en la LSC para las acciones sin voto.

– En cuanto a la emisión de acciones rescatables, su importe no podrá ser superior a la cuarta parte del capital social, y deberán estar totalmente desembolsadas en el momento de la suscripción. En el acuerdo de emisión

deberán fijarse las condiciones para el ejercicio del derecho de rescate. Caso en que en la emisión de estas acciones se acuerde que el derecho al rescate solo lo pueda ejercitar la sociedad, habrán de transcurrir por lo menos tres años desde la emisión para ejercitarlo (artículo 500 LSC).

– En materia de suscripción de acciones, se puede delegar por la Junta de accionistas en el Consejo de administración la facultad de aumentar capital (*cf.* Tema 9), y otorgar también a éste la facultad de excluir el derecho de suscripción preferente de los socios, si el interés de la sociedad lo exige, con sujeción al régimen especial de exclusión de ese derecho y delegación de la facultad de excluir, que determinan los artículos 505 a 508 LSC.

6.3.3.2. *Especialidades referidas a la Junta general de accionistas*

La LSC ha incorporado la normativa de la UE sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas en la materia de las Juntas generales de accionistas, reforzando los derechos de estos sobre los que son propios y de aplicación general en cualquier SA (*cf.* Tema 9), y estableciendo unos principios que pasamos a describir en lo que son más relevantes. Esta normativa está recogida en los artículos 511 bis a 527 de la LSC, que se introducen por la Ley 25/2011, de 1 de agosto de reforma de la LSC, que incorpora la Directiva 2007/36/CE, de 11 de julio sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas; así como por la Ley 31/2014, ya citada, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo. Respecto de estas especialidades destacamos las siguientes:

– Obligatoriedad de un reglamento que regule el funcionamiento de la junta general de accionistas. Ese reglamento regula todos los aspectos de desarrollo de la misma, con respeto a lo dispuesto en la LSC y en los Estatutos de la sociedad. Este reglamento tiene que comunicarse a la CNMV e inscribirse en el Registro Mercantil.

– Ampliación de las competencias propias de la Junta más allá de las generales establecidas en el artículo 160 de la LSC, a otros ámbitos, a fin de favorecer la transparencia. El detalle de esa ampliación se recoge en el artículo 511 bis LSC.

– Igualdad de trato de todos los accionistas que se hallen en la misma posición, en lo que se refiere a la información, la participación y el ejercicio del derecho de voto en la junta general.

– Reforzamiento del principio de publicidad de la convocatoria de la Junta general ordinaria o extraordinaria. La difusión del anuncio de la

convocatoria deberá realizarse, cuando menos, mediante anuncio a través de los siguientes medios: a) Boletín Oficial del Registro Mercantil, o uno de los diarios de mayor circulación en España, b) página web de la CNMV, y c) página web de la sociedad convocante de la Junta, en la cual deberá aparecer también otra información relevante sobre la misma. Respecto del detalle de la información relevante previa a la Junta, está contenido en el artículo 518 LSC.

– Mayor exigencia en el contenido del anuncio de la convocatoria de la Junta y en la información general previa a la Junta, que la que se establece con carácter general para las sociedades anónimas. En cuanto al detalle del contenido del anuncio, se indica en el artículo 517 LSC.

– Derecho de los accionistas que representen el 3% del capital social a completar el orden del día de la Junta y a presentar nuevas propuestas de acuerdo.

– Posibilidad de ejercicio del derecho de participación en la Junta y voto a distancia y por medios electrónicos, conforme a lo que dispongan los Estatutos y el reglamento de la Junta.

– Posibilidad de que los accionistas participen y voten en la Junta por medio de representantes. Los representantes de los accionistas tienen un deber de información a los accionistas a quienes vayan a representar caso de existir un conflicto de intereses. Si la representación para asistir a las Junta se hubiere solicitado públicamente por los Administradores a los accionistas, los Administradores no podrán votar en nombre de estos en aquellos asuntos en los que se encuentren en conflicto de intereses.

6.3.3.3. Especialidades en materia de administración de la sociedad

Debe señalarse que estas especialidades están recogidas en los artículos 528 y 529 de la LSC, este último integrado por diecinueve subartículos, de los cuales del bis al novodécimo han sido incluidos por la Ley 31/2014, para la mejora del Gobierno Corporativo. De estas especialidades destacamos las siguientes:

– El órgano de administración tiene que tener la forma de Consejo de administración (*cf.* Tema 9).

– Obligatoriedad de un reglamento que regule el funcionamiento del Consejo de administración. Este reglamento tiene que comunicarse a la CNMV e inscribirse en el Registro Mercantil.

– Extensión de las facultades indelegables del Consejo de administración, delimitándose estas para reforzar la responsabilidad directa de los

miembros del Consejo en las que le son propias por ley. En cuanto al detalle de las facultades indelegables, se contiene en el artículo 529 ter LSC.

– Regulación pormenorizada de los cargos del Consejo de administración, designación y separación, funciones, responsabilidades y duración del cargo (artículo 529 sexies a 529 undecies LSC).

– Obligatoriedad de que los consejeros asistan a las reuniones del Consejo, sin perjuicio de que puedan delegar su representación en otros consejeros, aunque los consejeros no ejecutivos solo pueden hacerlo en otros no ejecutivos.

– Clasificación de los Consejeros por categorías. Se establecen las siguientes categorías de consejeros:

- i. Consejeros ejecutivos. Desempeñan funciones de dirección en la Sociedad o en su Grupo.
- ii. Consejeros no ejecutivos. Son los restantes. Estos se dividen a su vez en:
 - Consejeros dominicales. Son los que pertenecen al consejo por su participación significativa en el capital de la sociedad, o por su condición de accionistas.
 - Consejeros independientes. Son los que pertenecen al Consejo en atención a sus condiciones personales o profesionales, para que desempeñen su función sin verse condicionados por la relación con la Sociedad o su Grupo, sus accionistas significativos o sus directivos. La LSC determina pormenorizadamente su régimen imperativo de exclusiones e incompatibilidades en el artículo 529 duodecies. 4 LSC).

– Comisiones del Consejo de Administración. La LSC regula las comisiones que obligatoria o facultativamente se pueden constituir en el seno del Consejo de Administración. La LSC exige obligatoriamente que haya una comisión de auditoría y una comisión, o dos comisiones separadas, de nombramientos y retribuciones, con la composición y funciones mínimas que señala, en el artículo 529 quaterdecies, para la de auditoría, y quindecies para la de nombramientos y retribuciones. Cabe resaltar que estas comisiones obligatorias se dirigen a establecer sistemas de autocontrol interno en la Sociedad Anónima cotizada en el ámbito material que a cada una corresponde.

– Remuneración de los Consejeros. El principio general en esta, materia es el de que el cargo de consejero de las sociedades cotizadas es

retribuido, salvo disposición contraria de los Estatutos. Dentro del sistema de remuneración previsto en los Estatutos de la Sociedad, la LSC determina reglas para favorecer la transparencia en esta materia. Así, se señala que deberá establecerse el importe de la remuneración anual máxima a satisfacer al conjunto de los Consejeros en su condición de tales, sin perjuicio de que luego el Consejo determine la remuneración de cada consejero teniendo en cuenta sus funciones, responsabilidades y demás circunstancias objetivas relevantes. En cuanto a la aprobación de la política de remuneraciones, la LSC establece que dentro de lo que dispongan los Estatutos deberá ser aprobada por la Junta General de accionistas al menos cada tres años como punto separado del orden del día (artículo 529 novodecies LSC).

– Obligación de veracidad en la información que faciliten. En particular en lo referente a la información económica y financiera pública que den en los folletos para colocar las emisiones que realicen en un mercado de valores. Al respecto debe decirse que el Código Penal español, aprobado por Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, sanciona penalmente el incumplimiento de esa obligación, en su artículo 282 *bis*.

– Obligación de permitir la actuación de los servicios de inspección de la CNMV. El Código Penal español, también sanciona penalmente el incumplimiento de esta obligación en su artículo 294.

– Finalmente, debe tenerse en cuenta que corresponde también a los administradores cumplir las obligaciones que tienen las sociedades anónimas cotizadas en materia de contabilidad e información, que les son propias, y que a continuación se indican.

6.3.3.4. *Especialidades en materia de contabilidad e información societaria*

Estas especialidades se regulan en particular en los artículos 536 a 541 de la LSC. De ellas destacamos las siguientes:

– Las cuentas anuales no pueden ser abreviadas, y en la Memoria tienen que especificarse los criterios de valoración adoptados.

– Las cuentas tienen que estar auditadas.

– En el Informe de gestión se tiene que incluir el Informe anual de gobierno corporativo.

– Informe anual de gobierno corporativo. Como se ha dicho este informe se incluye en el Informe de gestión de la Sociedad y su contenido y estructura se describen en el artículo 540 de la LSC, redactado conforme a la Ley 31/2014, para la mejora del Gobierno Corporativo, en los mínimos legales imperativos exigidos. La finalidad de este Informe es favorecer la

transparencia y publicidad de hechos relevantes de la Sociedad cuyo interés deba ser conocido por accionistas o terceros interesados.

Como datos a destacar del contenido del Informe de gobierno corporativo, cabe señalar los siguientes:

- i. La estructura de la propiedad de la sociedad en sus participaciones más significativas, cualquier restricción a la transmisión de valores y al derecho de voto, así como los pactos parasociales de los que hayan tenido conocimiento. Los pactos parasociales son los acuerdos entre accionistas que regulen el ejercicio del derecho de voto en la Juntas Generales, o restrinjan o condicionen la libre transmisibilidad de las acciones o de las obligaciones de la sociedad cotizada. Estos pactos tienen que comunicarse a la CNMV y depositarse en el Registro mercantil, y están regulados en los artículos 530 a 535 LSC.
- ii. La estructura del Consejo de administración, indicando la identidad de los administradores, los cargos que estos ocupan, su porcentaje de participación en la sociedad, sus normas de funcionamiento y de sus comisiones, los contratos y operaciones vinculadas con la sociedad, el detalle de sus retribuciones y los pactos con la misma sobre extinción de sus contratos.

– Informe anual sobre remuneraciones de los consejeros. En aras también del principio de transparencia, el artículo 541 de la LSC, redactado conforme a la Ley 31/2014, exige elaborar y publicar un Informe sobre remuneraciones de los consejeros, cuyo contenido debe ser aprobado expresamente por la Junta de accionistas.

– Cuando la sociedad cotizada sea una sociedad anónima europea domiciliada en España que haya optado por el sistema dual (*cf.* 6.6.3), junto al informe anual de gobierno corporativo elaborado por la dirección, se acompañará un informe elaborado por el Consejo de control sobre el ejercicio de sus funciones (artículo 540.6 LSC).

– Los deberes generales de información tienen que cumplirse por medios técnicos, informáticos o telemáticos, sin perjuicio de que los accionistas puedan solicitar la información impresa (artículo 539.1 LSC).

– La sociedad tiene que tener una página web para atender el derecho de información y habilitar en ella un Foro electrónico, en el que los accionistas puedan comunicar e intercambiar propuestas para las Juntas de accionistas, lo que estos podrán hacer también a través de la constitución

de asociaciones voluntarias que deberán inscribirse en un registro de la CNMV (artículo 539.2 LSC).

– La ley faculta que los accionistas constituyan asociaciones voluntarias para el ejercicio de sus derechos y para que los representen en las Juntas de accionistas (artículo 539.4 LSC).

6.4. LA SOCIEDAD PROFESIONAL

6.4.1. Características y función económica

Hasta la promulgación de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, en España no era posible ejercer una actividad profesional conjuntamente mediante la forma jurídica de sociedad mercantil, ante la negativa registral de inscribir sociedades cuyo objeto fuese la prestación de servicios profesionales. Sin embargo, la evolución de las actividades profesionales exigía un instrumento jurídico específico que adaptase a la realidad profesional moderna ese anacronismo, teniendo en cuenta que las actividades profesionales se practican en nuestros días generalmente de manera colectiva dada la creciente complejidad de las mismas y la creciente especialización que requieren.

Siguiendo las palabras de la Exposición de Motivos de la Ley de sociedades profesionales (LSP), esta forma social tiene precisamente por objeto posibilitar la aparición de una nueva clase de profesional colegiado, que es la propia sociedad profesional, mediante su constitución con arreglo a esa Ley e inscripción en el Registro de sociedades profesionales del Colegio profesional correspondiente. Para ello, se establece una disciplina general de las sociedades profesionales que facilite el desarrollo de este tipo de sociedades en una actividad económicamente pujante como es la profesional, ofreciendo, además, certidumbre jurídica sobre las relaciones jurídico-societarias que tienen lugar en el ámbito profesional.

6.4.2. Régimen jurídico de la sociedad profesional

La Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales establece especialidades en su régimen jurídico, entre las que interesa destacar las siguientes:

– *Denominación y objeto.* La sociedad profesional podrá tener una denominación objetiva o subjetiva. Cuando la denominación sea subjetiva se formará con el nombre de todos, de varios o de alguno de los socios profesionales. En la denominación social deberá figurar, junto a la indicación de

la forma social de que se trate, la expresión «profesional». Ambas indicaciones podrán incluirse de forma desarrollada o abreviada (artículo 6 LSP).

En cuanto al objeto, el artículo 1 de la LSP determina que las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional deberán constituirse como sociedades profesionales obligatoriamente. Ese objeto debe ser exclusivo, (artículo 2 LSP) y estar desarrollado por personas colegiadas en el Colegio Profesional correspondiente para el ejercicio de las mismas.

– *Constitución e inscripción.* El contrato de sociedad profesional deberá formalizarse en escritura pública, que tendrá que recoger las menciones y requisitos contemplados en la normativa que regule la forma social adoptada (artículo 7 LSP). En cuanto a la inscripción de la escritura se exige que se inscriba, además de en el Registro mercantil, en el Registro de sociedades profesionales del Colegio profesional que corresponda a su domicilio, a los efectos de su incorporación al mismo y de que el Colegio profesional pueda ejercer sobre aquélla las competencias que le otorga el ordenamiento jurídico sobre los profesionales colegiados, (artículo 8 LSP), en particular las facultades disciplinarias por incumplimiento de normas internas propias de la profesión de que se trate.

– *Estatuto de los socios.* La LSP permite que concurren en la sociedad profesional socios profesionales con otros que no lo sean, si bien, como mínimo, la mayoría del capital y de los derechos de voto, o la mayoría del patrimonio social y del número de socios en las sociedades no capitalistas, habrán de pertenecer a socios profesionales. Igualmente habrán de ser socios profesionales como mínimo la mitad más uno de los miembros de los órganos de administración. Si el órgano de administración fuese unipersonal, o si existieran consejeros delegados, dichas funciones habrán de ser desempeñadas necesariamente por un socio profesional. En todo caso, las decisiones de los órganos de administración colegiados requerirán el voto favorable de la mayoría de socios profesionales, con independencia del número de miembros concurrentes (artículo 4 LSP).

Respecto de la transmisión de la condición de socio profesional, el artículo 12 de la LSP determina que es intransmisible por actos inter vivos, salvo que medie el consentimiento de todos los socios profesionales; no obstante, podrá establecerse en el contrato social que la transmisión pueda ser autorizada por la mayoría de dichos socios. En cuanto a la transmisión mortis causa, el artículo 15 LSP prevé la posibilidad de prohibir la transmisión a los herederos del socio profesional, en cuyo caso tendría que abonarse la cuota de liquidación correspondiente.

En lo relativo a la separación y exclusión de los socios, la LSP regula estos supuestos en los artículos 13 y 14. En estos casos el efecto es el reembolso de la cuota liquidación que corresponda y, en su caso, consiguiente amortización de las participaciones del socio separado o excluido, dejando un amplio margen de libertad de pacto sobre este extremo al contrato fundacional.

En cuanto a la responsabilidad de los socios habrá de estarse al régimen que sea aplicable a la sociedad profesional dependiendo de la clase a la que pertenezca, personalista o de capital, y dentro de cada clase el régimen de responsabilidad de los socios que corresponda a cada una. No obstante, y según dispone el artículo 11.2 LSP, de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos responderán solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado, siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan. La ley exige también el que la sociedad contrate un seguro de responsabilidad para cubrir los daños que se puedan ocasionar en el ejercicio de la actividad profesional de que se trate.

Respecto de la participación de los socios en los beneficios y pérdidas, la LSP establece en su artículo 10, la regla general de participación en proporción al capital que cada socio tenga. Sin embargo la ley permite que este principio se vea alterado en función de otros criterios que contemple el contrato de constitución de la sociedad y en razón de la contribución efectuada por cada socio a la buena marcha de la sociedad, siendo necesario en estos supuestos que el contrato recoja los criterios cualitativos y/o cuantitativos aplicables.

6.5. LAS SOCIEDADES CON CAPITAL PÚBLICO

6.5.1. El Estado como empresario social

La constitución española de 1978 reconoce en el artículo 38 el principio de libertad de empresa en el marco de una económica de mercado, y en el artículo 128 el principio de iniciativa pública en la actividad económica. Nuestra constitución contiene incluso un principio general de planificación de la economía en su artículo 131.

Esos principios generales de contenido programático enmarcan la posible intervención del Estado como agente económico en el mercado. La concepción de la intervención pública en la economía tuvo que ser readaptada ante la entrada de España en la Comunidad Europea en 1986. A partir de ese momento, el sector público inició una adaptación progresiva

al derecho comunitario, cuyos ejes son: la mejora de la gestión y la adaptación a un entorno más competitivo y menos intervencionista que el que había en el régimen anterior a nuestra vigente Constitución.

Desde un punto de vista instrumental, por Ley 5/1996 de 10 de enero, de creación de determinadas entidades de derecho público, se creó la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), y se suprimió el antiguo Instituto Nacional de Industria (INI) que databa de 1941. La SEPI¹¹ es una Entidad de Derecho Público, que se rige en sus actuaciones por el ordenamiento jurídico privado, civil, mercantil y laboral, sin perjuicio de las materias en las que le es aplicable la Ley General Presupuestaria, estando adscrita, en la estructura orgánica del Estado, al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Como consecuencia de la creación de la SEPI se transmitieron a esta las participaciones que tenía la Administración General del Estado en distintas sociedades mercantiles, y se estableció un objetivo de racionalización y mejora de la gestión de dichas participaciones. Debe precisarse que la SEPI aglutina participaciones accionariales de distintas sociedades anónimas participadas por la Administración General del Estado, pero al margen de esta Entidad instrumental, las diferentes Administraciones públicas existentes en España y la Administración General del Estado en particular participan en otras sociedades mercantiles con muy diferente objeto y finalidad.

6.5.2. Características y clases de sociedades mercantiles con capital público

El sistema de organización territorial del Estado en España ha permitido que floreciesen sociedades mercantiles de capital, constituidas o participadas por otros órganos distintos a la Administración general del Estado, en particular por las Comunidades autónomas y los Entes locales (Ayuntamientos), cuya naturaleza es igualmente pública.

La figura jurídica cuyo examen aquí interesa es la de la de las sociedades anónimas públicas (SAP), pudiendo distinguirse dentro de estas: sociedades anónimas estatales, sociedades anónimas autonómicas y sociedades anónimas locales, en razón del sujeto que las participa, siendo la característica más común a las mismas la de que son sociedades mercantiles que, adoptando la forma de SA, su capital social está participado mayoritariamente, directa o indirectamente, por una administración pública, organismo o entidad de derecho público. Para las sociedades mercantiles con capital público estatal, el artículo 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre

11. www.sepi.es.

del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), configura como sociedades mercantiles estatales aquellas en las que la administración del Estado o sus organismos o entes públicos tienen una participación de más del 50% de su capital.

Por su parte, y atendiendo al criterio del porcentaje del capital que posee la Administración u Organismo público en la SAP, pueden distinguirse dos tipos: las sociedades anónimas públicas unipersonales, cuyo capital es íntegramente propiedad de una Administración u organismo público, y las sociedades anónimas mixtas que son aquellas en las que la Administración tiene una participación en su capital, pero no la totalidad del mismo.

Es importante señalar, como característica común a cualquier SAP, que las mismas, a pesar de ser calificadas como públicas, se rigen por las normas de derecho mercantil, civil o laboral en lo que les sea de aplicación, a salvo en las materias presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación en las que les puede ser de aplicación otras normas de derecho público.

6.5.3. Régimen jurídico de la sociedad anónima con capital público

La característica de que el accionista de una SA sea una Administración u organismo público, condiciona en algunos aspectos su régimen jurídico, siendo por lo demás de aplicación supletoria a esta el régimen jurídico general de la SA. Por tanto, a continuación mencionamos algunas de las especialidades más destacables de ese régimen jurídico, remitiéndonos por lo demás al general aplicable a la SA.

– *Denominación.* Es posible que estas sociedades puedan añadir a su denominación los adjetivos nacional, estatal, autonómico, provincial, municipal u oficial, cuyo uso no es posible en la denominación de las demás sociedades de capital que no tienen participación mayoritaria de una administración pública (artículo 405 RRM).

– *Constitución y modificaciones estructurales.* La formación de la voluntad para crear estas sociedades exige un acuerdo o disposición expresa de la Administración pública que participe en las mismas. En el caso de las SAP estatales, como regla general, será el Consejo de Ministros, sin perjuicio de la intervención de otros organismos en virtud de autorización, quien tome la decisión de constituir, transformar, fusionar, escindir y extinguir la sociedad (artículos 169 a 172 LPAP). Por su parte, en el caso de sociedades de capital en las que participen las Comunidades autónomas requerirán el acuerdo de los Consejos de Gobierno de las mismas, e incluso, en algún

caso, de la Asamblea parlamentaria respectiva. En cuanto a la participación por las administraciones locales en sociedades de capital, cuya finalidad es generalmente la gestión de determinados servicios públicos, será el pleno de la Entidad local quien deba adoptar el acuerdo, previo expediente que acredite la conveniencia y oportunidad de la medida. (Para las SAP locales, *cf.* los artículos 85 *ter* y 86 de la Ley 7/1985 de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, modificada por Ley 57/2003 de medidas para la modernización del gobierno local; y 97, 98 y 103 del RDLeg 781/1986, de 18 de abril que aprobó el Texto Refundido sobre disposiciones en materia de Régimen Local).

– *Capital social y acciones.* En lo que concierne a las SAP estatales, las decisiones sobre enajenación de las acciones corresponden al Ministerio de Hacienda, previa autorización, en su caso, del Consejo de Ministros (artículos 174 y 175 LPAP); otro tanto ocurre respecto de la adquisición de acciones de sociedades mercantiles ya existentes (artículo 171 LPAP).

– *Órganos sociales.* Las sociedades anónimas públicas adoptan el sistema de órganos sociales propio de las demás sociedades anónimas, tanto en las competencias como en la forma (*cf.* Tema 9). En cuanto a la participación y acuerdos de la Junta de accionistas de la SAP estatal, y decisiones y acuerdos a adoptar en la misma, y en los Consejos de Administración, debe señalarse que las instrucciones de obligado cumplimiento respecto de la forma de participar y sentido del voto pueden realizarse por el Ministerio de Hacienda, a través de la Dirección general de patrimonio del Estado (artículos 170 y 173 LPAP).

6.6. LA SOCIEDAD ANÓNIMA EUROPEA (SE)

6.6.1. Referencia a la normativa jurídica de la Unión Europea en materia de sociedades mercantiles

La creciente liberalización y apertura de los mercados favorece la internacionalización del tráfico mercantil y consiguientemente las relaciones comerciales entre empresarios sociales constituidos en distintos países y al amparo de diferentes normas de ámbito nacional. Como consecuencia de esa internacionalización existen mercados únicos o áreas de libre comercio transnacional que plantean la conveniencia de que el derecho mercantil ofrezca instrumentos uniformes que permitan dar una respuesta común a la existencia de tales mercados, con independencia de que estos estén integrados por distintos países con diferentes ordenamientos jurídicos. En materia de derecho de sociedades parece deseable que en un mercado

único los instrumentos legales de los empresarios para dar forma jurídica a su actividad fuesen comunes, lo que evitaría la dispersión y acrecentaría la seguridad jurídica de cuantos agentes operan en el mercado, pensemos aquí no solo en los empresarios, cualquiera que sea su forma jurídica, sino también en los consumidores, en los órganos reguladores encargados de vigilar el cumplimiento de las reglas del mercado y, en general, en las administraciones públicas que actúan en los distintos países que integran un mercado único.

La anterior reflexión enmarca la descripción de la situación en el mercado único de la Unión Europea (UE) y respecto de la materia de derecho de sociedades, que cuenta con un acervo normativo, pero sin un desarrollo uniforme (estándar) en profundidad. En este sentido no se puede desconocer que el ordenamiento jurídico comunitario contiene distintas normas que afectan a las sociedades mercantiles, tanto en forma de Reglamento –de aplicación directa en los estados miembros–, como en forma de Directiva –que por su propia naturaleza son normas incompletas que requieren un desarrollo por cada Estado miembro–. Entre estas normas, citamos a título de ejemplo el Reglamento 1606/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativo a la aplicación de las normas internacionales de contabilidad; y entre las Directivas la 2009/102/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único, o la 2011/35/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas.

A pesar de lo expuesto, se puede afirmar que la UE no cuenta con auténticos instrumentos propios que constituyan una alternativa autónoma, completa y de aplicación común y directa a los distintos tipos de sociedades existentes en cada país miembro. En este sentido, debe señalarse que se vienen promoviendo, sin éxito hasta el momento, y desde distintas instancias, intentos de auténtica uniformización, así citamos el proyecto de crear la denominada Sociedad Privada Europea, como instrumento paneuropeo dirigido a las pequeñas y medianas empresas, que compitiera con las sociedades limitadas nacionales (*v. gr.* GmbH alemana, Limited británica, o SL española), o los trabajos que se vienen desarrollando desde 2007 en la redacción de un borrador de la llamada European Model Company Act, que persigue la creación de un modelo de sociedad mercantil de adopción voluntaria por los estados miembros.

Conviene también precisar que la dispersión de distintos tipos de sociedades mercantiles en los diferentes países de la UE no supone que no

haya un pleno reconocimiento a la personalidad jurídica y capacidad de las mismas como sujetos de derecho en cualquier país miembro del mercado único, aunque se hayan constituido bajo la forma jurídica de otro, e independientemente de donde lleven a cabo su gestión, reconocimiento que está plenamente admitido por el Tribunal Europeo de Justicia¹².

En esta breve referencia a la normativa de la UE en materia de derecho de sociedades, cabe citar, de manera especial, la existencia de instrumentos jurídicos como la denominada Agrupación Europea de Interés Económico Europeo (AEIE), aunque no es propiamente una sociedad, regulada por el Reglamento (CEE) 2137/1985, del Consejo, de 25 de julio; y la Sociedad Cooperativa Europea (SCE), regulada en España, para aquellas SCE que tienen su domicilio en nuestro País, por Ley 3/2011, de 4 de marzo.

Independientemente de esos instrumentos societarios, sin duda, el instrumento de mayor relevancia en el mercado único, en el ámbito del derecho societario es la denominada sociedad anónima europea (SE), cuya regulación legal se contiene en el Reglamento del Consejo (RSE) (CE) núm. 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprobó el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, y Directiva del Consejo 2001/86/CE, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa ese Estatuto en lo referente a la implicación de los trabajadores; y en España por los artículos 455 a 494 LSC.

Para concluir con esta referencia, debe señalarse que la situación en Europa contrasta con la de otros mercados de especial importancia, en los que, por su coincidencia territorial con la existencia de un estado soberano único, aunque sea con un modelo federal, sí han desarrollado en mayor medida instrumentos uniformes que regulan las sociedades mercantiles de capital¹³.

12. *V. gr.* Sentencia de 5 de noviembre de 2002. Caso 208/00. ECR 2002, I, 09919. *Uberseering BV vs. Nordic Construction Company*.

13. Por referirnos al mercado de EEUU, existen leyes en cada Estado que regulan las sociedades de responsabilidad limitada que suelen utilizar los pequeños empresarios: Limited Liability Company (LLC); pero cuentan también, desde 1996, con una Ley Uniforme (reformada en 2006), que es la Uniform Limited Liability Act. Para las sociedades de mayor tamaño, principalmente las que cotizan en una bolsa de valores (public companies), cuentan con instrumentos legales uniformes como la Model Business Corporation Act, que se actualiza periódicamente, y está desarrollada por la American Bar Association (Colegio de abogados), y los Principles of Corporate Governance, publicados por primera vez en 1994 por el American Law Institute, que son recopilaciones de jurisprudencia (leading cases) y estudios doctrinales que sintetizan la buenas prácticas en materia de gobierno corporativo.

6.6.2. Función económica y modalidades de constitución de la SE

La sociedad anónima europea, es un instrumento jurídico cuyo propósito es facilitar la integración de sociedades mercantiles que operen o vayan a operar en distintos estados miembros de la UE. En consecuencia, como ya se deduce del anterior epígrafe, la SE no es un tipo de sociedad anónima que pueda actuar con sustantividad propia y regulación jurídica autónoma y completa distinta a la que regula la sociedad anónima en cada país miembro de la UE, ya que en cada país donde tenga su domicilio una SE, se aplicará la ley interna en muchos aspectos de su desarrollo normativo.

Las ventajas de una SE en términos económicos pueden ser la reducción de costes por aplicación de economías de escala y adaptación de una estructura administrativa simplificada mediante la fusión de sociedades filiales establecidas en distintos países, que integran un Grupo de empresas, convirtiéndolas así en simples sucursales. Además, en ocasiones, se puede también buscar mediante la constitución de una SE una imagen transnacional que favorezca el conocimiento de la forma jurídica con que opera la sociedad, más allá de la que es propia de un país concreto. Por otra parte, la constitución de una SE puede estar influida por consideraciones de legislación nacional propias del país donde se domicilie y que será por tanto aplicable a la misma, como pueden ser de orden fiscal, laboral o societaria, y, en concreto, la posibilidad de eludir la obligación de tener un sistema dualista de órgano de administración en aquellos países donde es obligatorio (*v. gr.* caso de Alemania o Austria), y poder así optar por un sistema monista que no requiere un Consejo de Control (*cf.* 6.6.3). Finalmente, desde un punto de vista económico, debemos también señalar que la SE no ha tenido hasta el momento excesiva implantación¹⁴.

Modalidades de constitución de la SE. Exponemos a continuación las distintas modalidades de constitución de la SE, atendiendo no tanto a los pasos a seguir para constituir la misma, que en lo básico y para el caso en que esta se constituya y vaya a tener su domicilio en España, se siguen la reglas de la sociedad anónima, y consiguientemente tiene que constituirse en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil (*cf.* Tema 8), sino fijándonos más bien en el instrumento jurídico que se utiliza para ello.

La LSC prevé tres formas de constitución de una SE (artículos 465 a 475 LSC):

14. La Comisión europea encargó a Ernst & Young un informe sobre el funcionamiento e impacto del Reglamento de la SE, arrojando el resultado de que al mes de abril de 2009, se habían constituido tan solo 369 Sociedades anónimas europeas.

1ª. Por fusión. Estamos aquí ante una fórmula para realizar fusiones de sociedades anónimas de distintos estados miembros de la UE. A través de una fusión de ámbito paneuropeo se trata de utilizar el instrumento de la SE, para unir sociedades, con el objetivo de desarrollar la actividad económica de la sociedad resultante en el mercado único de la UE.

En cuanto al procedimiento de la fusión (*cf.* Tema 10), hay que realizar un proyecto de fusión, y depositarlo en el Registro mercantil, sobre el que debe emitirse un informe por expertos independientes nombrados por el Registro Mercantil, y aprobarse en Junta de accionistas. La LSC concede a los accionistas de sociedades españolas, que voten en contra del acuerdo de fusión, el derecho de separación de la sociedad, en aquellos casos en que la fusión implique la constitución de una SE que quede domiciliada en otro estado miembro de la UE distinto a España (artículo 468, en relación con los artículos 346 y ss. LSC).

Debe destacarse que, en este caso de creación de una SE por fusión, la LSC establece el derecho de oposición del Gobierno español, a la creación de una SE por fusión de una sociedad anónima española en otro Estado miembro de la UE, cuando ello pueda ir contra el interés público (artículo 466 LSC).

2ª. Por creación de un holding. En términos generales, el holding designa una sociedad que agrupa participaciones de otras sociedades. El holding denota por tanto la existencia de un Grupo de sociedades desde el punto de vista mercantil. En la legislación societaria española no se configura el holding como una figura jurídica societaria propia, a salvo la mención que hace la LSC para este caso de creación de una SE por holding (artículo 471 a 473 LSC), y más por efecto de la transposición de la legislación de la Unión europea en esta materia que por interés en ofrecer una regulación específica de la figura en sí. Sin embargo, el derecho mercantil español sí tiene una regulación del Grupo de sociedades, aunque mínima, lo que requeriría un desarrollo normativo. En efecto, el Grupo de sociedades está expresamente recogido en la LSC (artículo 18 LSC), y viene configurado por la existencia de una sociedad dominante dentro del Grupo, entendiéndose por tal la sociedad que tenga o pueda tener directa o indirectamente el control de otra u otras, en los términos que recoge el Código de Comercio al regular la presentación de las cuentas de los Grupos de sociedades¹⁵.

15. Artículo 42 y ss. CCom (Redactados conforme a la Ley 16/2007, de 4 de julio de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional en base a la normativa de la UE). Estos artículos determinan la existencia de Grupo de sociedades con un criterio vertical, basado en la existencia de

En definitiva, a través de la SE, se puede crear un holding que agrupe a sociedades de capital con implantación en la UE, ya sea porque sus domicilios sociales están situados en Estados miembros diferentes, o bien porque cuentan con filiales o sucursales en países distintos de aquel donde se encuentra su domicilio social.

En este caso y en cuanto al procedimiento, debe tenerse en cuenta, que tiene que realizarse un proyecto de constitución y depositarse en el Registro mercantil. El proyecto también debe ser informado por expertos independientes nombrados por dicho Registro, publicarse en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, y aprobarse en Junta de accionistas. La ley también concede el ya mencionado derecho de separación de los socios de las sociedades promotoras del holding que voten en contra de la constitución.

3ª. Por transformación de una sociedad anónima española en una SE. En este caso habrán de tenerse en cuenta las reglas de la transformación de sociedades de capital (cfr. Tema 10), debiendo también redactarse un proyecto de transformación, siendo, por lo demás, de aplicación las reglas sobre depósito y publicidad del proyecto ya indicadas para la creación por holding.

6.6.3. Régimen jurídico de la SE

Como quiera que es de aplicación supletoria a la SE domiciliada en España, el régimen jurídico general de las sociedades de capital, mencionamos a continuación únicamente las especialidades más destacables de esta sociedad, contenidas en el mencionado Reglamento del Consejo (RSE) (CE) núm. 2157/2001, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprobó el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, y en la propia LSC.

– *Domicilio.* La primera nota característica de la SE es que el domicilio de la misma determina la aplicación de la ley del país en que se halle y su régimen jurídico concreto en cuanto a la constitución y demás aspectos legales de desarrollo (artículo 15 RSE). Por tanto, la escritura de constitución seguirá las formalidades del derecho del país en que está domiciliada, siendo así que en nuestro derecho, la inscripción de la SE se hará en el Registro Mercantil español en donde tenga su domicilio, conforme a las

una sociedad dominante que controla directa o indirectamente a otra u otras, con arreglo a los requisitos establecidos en los mismos; en cuyo caso se exige la obligación de presentar cuentas consolidadas de todo el Grupo de sociedades. Este criterio vertical, actualmente vigente, permite mayor certidumbre en las obligaciones legales contables de los Grupos que el que existía con anterioridad y que se basaba en la existencia del Grupo cuando había unidad de dirección, aunque no hubiera una sociedad dominante (criterio horizontal de Grupo).

reglas generales aplicables a la SA. El mismo Reglamento exige que el domicilio social coincida con el lugar donde se encuentre su administración central, es decir, con su sede real. Podrá cambiarse dicho domicilio dentro de la UE sin tener que disolverse la sociedad. Para el caso español estas reglas están contempladas en la LSC (artículos 458 a 464 LSC).

– *Capital social*. El capital suscrito no puede ser inferior a 120.000 euros (artículo 4 RSE), y estará dividido en acciones, siendo limitada la responsabilidad de los accionistas a su aportación a la misma (artículo 1 RSE). En cuanto a personalidad jurídica de la SE se adquiere con la inscripción registral (artículo 16 RSE).

– *Órganos sociales*. La característica más destacable de la SE es que permite la elección en los Estatutos de la sociedad, entre los dos sistemas de administración de la sociedades anónimas que conviven en los distintos países de la UE (artículo 476 a 491 LSC). Serán los Estatutos de la SE los que determinen la opción a seguir, entre el sistema monista, caracterizado por la existencia de un único órgano de administración, y el sistema dualista caracterizado por la concurrencia de un Consejo de Dirección y un Consejo de Control; el primero de estos equivale al Consejo de Administración de la SA, y el segundo es un órgano que, además de controlar al Consejo de Dirección, podrá acordar que se sometan a su autorización determinados acuerdos del Consejo de Dirección (artículo 489 LSC), siendo sus miembros nombrados por la Junta General de accionistas (artículo 486 LSC). En cuanto a la Junta de accionistas, la singularidad más destacable está en la convocatoria de la misma, la cual, en el sistema de administración dualista se hará por el Consejo de Dirección y, si este no lo hiciese, por el Consejo de Control (artículo 492 LSC).

CASO PRÁCTICO

1º. A la vista de los distintos tipos de sociedades personalistas y capitalistas deberá describirse una actividad mercantil ficticia. Una vez descrita esa actividad mercantil, deberá elegirse un tipo de sociedad mercantil que se considere idóneo para el desarrollo de la actividad y diseñarse la estructura societaria de la misma, exponiendo los aspectos más relevantes de esta, tales como: socios, capital, con indicación de la aportación de cada socio, objeto social, u órgano de administración.

2º. Deberá elegirse una Sociedad de responsabilidad limitada real y obtenerse del Registro mercantil la información básica de la misma, en particular: capital, socios fundadores, domicilio, administradores, apoderados

y cuentas de los dos últimos ejercicios sociales. A fin de realizar el ejercicio, deberá obtenerse a través de la página web del Registro mercantil central: *www.rmc.es* una inscripción temporal que permitirá tener un nombre de usuario y un password, que hará posible solicitar y obtener la información, previo pago de una pequeña cantidad.

3°. Deberá elegirse una sociedad que cotice en el IBEX 35, y examinar detenidamente su página web oficial. Se identificará en dicha página que la Sociedad cumple las exigencias legales de información y publicidad, comentando el lugar, forma y contenido de los datos de la página web en donde se da cumplimiento a esas exigencias legales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO LEDESMA, Carmen; ALONSO UREBA, Alberto, y ESTEBAN VELASCO, Gaudencio (Dirs.), *La modernización del Derecho de sociedades de capital en España*, dos tomos, Edit. Thomson Reuters, Aranzadi, 2011.
- ALONSO UREBA y OTROS, *Derecho de Sociedades anónimas cotizadas*, dos tomos, Edit. Thomson Reuters, Aranzadi, 2006.
- BLANCO, Fernando y ROLDÁN, Francisco Javier, *Código de Comercio y su jurisprudencia*, Tres tomos, Edit. Dykinson, 1993.
- MENÉNDEZ, Aurelio; OLIVENCIA, Manuel y URÍA, Rodrigo (Dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo XIII, Edit. Civitas, 1992.
- OLIVENCIA, Manuel y otros, *Tratado de Derecho Mercantil*, Volumen 7, Edit. Marcial Pons, 2011.
- ROJO, Ángel y BELTRÁN, Emilio (Dirs.), *Comentario de la Ley de sociedades de capital*, dos tomos, Edit. Thomson Reuters, Civitas, 2011.
- VICENT CHULIÁ, Francisco, *Compendio crítico de derecho mercantil*, Tomo I, vol. 2º, Edit. Bosch, 1991.

LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: CONSTITUCIÓN

Manuela Serrano Sánchez

Profesora de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas

SUMARIO: 1. CONSTITUCIÓN SIMULTÁNEA Y SUCESIVA. 2. ESCRITURA, INSCRIPCIÓN Y ESTATUTOS. SOCIEDAD EN FORMACIÓN. NULIDAD DE LA SOCIEDAD. 3. APORTACIONES DINERARIAS Y EN ESPECIE. CONTROL Y SANEAMIENTO. 4. DIVIDENDOS PASIVOS. MORA DEL ACCIONISTA. 5. ACCIONES Y PARTICIPACIONES: CLASES Y REPRESENTACIÓN. COMPRAVENTA. RESTRICCIONES. DERECHOS REALES. 6. EMISIÓN DE OBLIGACIONES. CONCEPTO DE EMPRÉSTITO Y REQUISITOS DE EMISIÓN. TIPOS. CASO PRÁCTICO. BIBLIOGRAFÍA. CASO PRÁCTICO. BIBLIOGRAFÍA.

1. CONSTITUCIÓN SIMULTÁNEA Y SUCESIVA

El término *«fundación»* se refiere al proceso de constitución plena de una sociedad, revista ésta la forma jurídica de anónima o de limitada, y engloba la perfección del contrato de sociedad, el otorgamiento de la escritura pública, la creación de las acciones o participaciones, la aportación del capital y la inscripción en el Registro Mercantil.

La fundación puede revestir la forma de simultánea (válida tanto para sociedad anónima como para limitada) o bien la de sucesiva (sólo para sociedades anónimas). Así, la Ley de Sociedades de Capital dispone en el apartado 1 de su artículo 19 que:

«Las sociedades de capital se constituyen por contrato entre dos o más personas o, en caso de sociedades unipersonales, por acto unilateral», en clara referencia a la sucesión simultánea, mientras que, en su apartado 2 establece que: *«Las sociedades anónimas podrán constituirse también en forma sucesiva por suscripción pública de acciones»,* en relación, en cambio, a la sucesión simultánea.

La **fundación simultánea**, que es la que aquí nos ocupa, se caracteriza por realizarse en un sólo acto a través de los denominados *«fundadores»*, personas que han de contar con la capacidad general para contratar, la general del Código Civil, que a su vez es la exigida para la contratación mercantil.

Así, la fundación sucesiva se llevará a cabo mediante la suscripción por parte de los fundadores de la totalidad de las acciones o participaciones, llevando a cabo los preceptivos desembolsos que serán al menos del 25% del valor nominal de las acciones (en sociedades anónimas) o de la totalidad de las participaciones (en sociedades limitadas), el otorgamiento de la escritura pública, en la que habrán de incluirse los estatutos sociales, y su inscripción en el Registro Mercantil.

Los fundadores, por tanto, quienes emprenden, inician, la labor de constitución de la sociedad, tienen una serie de obligaciones y derechos que conforman su *Estatuto*.

Son *obligaciones* de los fundadores: 1) Suscribir la totalidad de las acciones o participaciones en la forma convenida; 2) Desembolsar al menos el 25% de las acciones y, en todo caso, el 100% de las participaciones; 3) Responder de la realidad y corrección de valoración de las aportaciones dinerarias en caso de que existan; 4) Invertir de forma adecuada los fondos destinados a constituir la sociedad; 5) Y, en general, llevar a cabo cuantos actos resulten necesarios para finalizar correctamente el proceso con la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil y su publicación en su Boletín (BORME) en el plazo legalmente establecido para ello.

Por su parte, en cuanto a los *derechos* de los fundadores, hemos de hacer sin duda referencia a la posibilidad que éstos tienen de reservarse, en las Sociedades Anónimas, en los Estatutos de la sociedad, derechos especiales de contenido económico cuyo valor en conjunto, cualquiera que sea su naturaleza, no podrá exceder del 10% de los beneficios netos obtenidos conforme a balance una vez deducida la cuota destinada a reserva legal, y por un periodo máximo de 10 años (artículo 27 LSC). Los estatutos habrán de prever, igualmente, un sistema de liquidación anticipada de estos derechos para el caso de que los fundadores dejen de pertenecer a la sociedad antes de que expire el plazo máximo establecido en estatutos para disfrutar de las ventajas otorgadas en su caso.

Este derecho cuya reserva la ley les otorga se denomina «*ventajas de los fundadores*» y son susceptibles de transmisión, pudiendo incorporarse incluso a un título nominativo distinto de las acciones. Sin perjuicio de lo anterior, el régimen de transmisibilidad podrá restringirse en los estatutos sociales.

Como hemos adelantado, hay dos formas distintas de fundación de una sociedad, sucesiva y simultánea.

La **fundación sucesiva**, que a diferencia de la simultánea, se da, como regla general en las sociedades anónimas, no en las limitadas, con las

excepciones que a continuación analizaremos; en que además, es un proceso más complejo de constitución plena de una sociedad, que se prevé, también a excepción del supuesto de fundación sucesiva en sociedad limitada, para aquellos casos de constitución de sociedades en los que hay que reunir una gran cantidad de capital proveniente de numerosas personas.

En principio, acudir o no a este tipo de fundación de una sociedad anónima es de carácter voluntario, salvo en aquellos supuestos de promoción pública de acciones o de constitución a través de intermediarios financieros, en cuyo caso, la fundación sucesiva pasa a tener carácter obligatorio (artículo 41 LSC). También es obligatorio acudir a la fundación sucesiva en las sociedades limitadas cuando no se alcance la cifra de capital social mínimo, esto es, tres mil euros (artículo 4.1; 4.2; 4 bis 1 LSC).

La fundación sucesiva se lleva a cabo a través de los «promotores», a diferencia de la simultánea que se efectuaba a través de los fundadores. Los promotores han de contar, en este caso, con la capacidad propia del empresario, y, al igual que ocurría con los fundadores en la sucesiva, han de llevar a cabo todos los actos necesarios para que la sociedad llegue a inscribirse en el Registro Mercantil y a publicarse en su Boletín (BORME). Sin embargo, en el caso de la fundación sucesiva, como decíamos, este conjunto de actos es bastante más complejo que en la simultánea.

Los pasos a emprender para llevar a cabo la fundación sucesiva por parte de los promotores son los siguientes:

1. Comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores del *Proyecto de Emisión* de la sociedad anónima a constituir.
2. Redacción del *Programa de Fundación* con las condiciones que se estimen oportunas por parte de los promotores, y en todo caso, con el siguiente contenido:
 - a) Nombre, apellidos, nacionalidad y domicilio de los promotores.
 - b) Texto literal de los estatutos que, en su caso, deban regir la sociedad.
 - c) Plazo y condiciones para la suscripción de acciones y, en su caso, la entidad o entidades de crédito donde los suscriptores deberán desembolsar la suma de dinero que están obligados a entregar para suscribirlas. Habrá de indicarse igualmente si se concede o no a los promotores la facultad de ampliar el plazo de suscripción para el caso de que fuera necesario.

- d) En caso de que se proyecten aportaciones no dinerarias, en una o varias veces, el programa hará mención suficiente de su naturaleza y valor, del momento o momentos en que deban efectuarse y, por último, del nombre o denominación social de los aportantes. En todo caso, se mencionará expresamente el lugar en que estarán a disposición de los suscriptores la memoria explicativa y el informe técnico sobre la valoración de las aportaciones no dinerarias previsto en la Ley de Sociedades de Capital.
- e) El Registro Mercantil en el que se efectuó el depósito del programa de fundación y del folleto informativo de la emisión de acciones.
- f) El criterio para reducir las suscripciones de acciones en proporción a las efectuadas, cuando el total de aquellas rebasa el valor o cuantía del capital, o la posibilidad de constituir la sociedad por el total valor suscrito, sea este superior o inferior al anunciado en el programa de fundación.

Además, el programa de fundación habrá de incluir finalmente un extracto con el resumen de su contenido.

- 3. *Depósito en la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de:*
 - a) Una copia completa del programa de fundación suscrito por todos los promotores, cuya firma habrá de estar legitimada notarialmente.
 - b) Un informe técnico sobre la viabilidad de la sociedad.
 - c) Documentos que recojan las características de las acciones a emitir y los derechos que se conceden a sus suscriptores.
 - d) Un folleto informativo redactado conforme a la normativa de la CNNV y suscrito por todos los promotores, y en su caso, por los intermediarios financieros que hubieren de intervenir.
- 4. *Depósito en el Registro Mercantil de:*
 - a) Un ejemplar impreso del programa de fundación.
 - b) Un ejemplar impreso del folleto informativo.
 - c) Certificado que acredite el depósito previo en la CNMV.
- 5. *Publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (BORME) tanto del hecho del depósito como del carácter público que tiene su consulta, así como un extracto del contenido de los documentos.*

6. *Publicidad adicional:* Una vez llevados a cabo estos pasos, se podrá llevar a cabo cualquier publicidad adicional de la sociedad proyectada, habiendo de mencionarse en la misma, las oficinas de la CNMV y del Registro Mercantil donde se han efectuado el depósito del programa de fundación y del folleto informativo, así como de las entidades bancarias donde ha de llevarse a cabo el desembolso de las acciones suscritas.
7. *Suscripción y desembolso de acciones:* Se suscribirán las acciones sin modificación alguna de lo previsto al respecto en el programa de fundación y en el plazo previsto en el mismo, desembolsando el 25% del valor nominal de cada una a nombre de la sociedad proyectada en la entidad bancaria designada. Si las aportaciones fueran no dinerarias, habrán de llevarse a cabo en la forma prevista en el programa.
8. *Formalización de la Lista de Suscriptores:* Por parte de los promotores y ante Notario, en el plazo de un mes desde el día en que finalizó el de suscripción. Habrán de indicarse los datos de identificación de los suscriptores, el número de acciones que corresponde a cada uno, su clase y serie, su valor nominal, y la entidad o entidades de crédito donde se encuentren depositados el total de los desembolsos recibidos, aportando justificantes al Notario de todo ello.
9. *Redacción del Boletín del Suscriptor:* Se redactará un documento denominado Boletín de Suscripción en el que se hará constar la suscripción de acciones mencionando al menos:
 - a) La denominación de la futura sociedad.
 - b) La referencia la CNMV y al Registro Mercantil donde se han depositado el programa de fundación y el proyecto informativo, así como la indicación del Boletín Oficial del Registro Mercantil donde se haya publicado el extracto.
 - c) Nombre y apellidos o razón o denominación social, la nacionalidad y el domicilio del suscriptor.
 - d) El número de acciones que suscribe, el valor nominal de cada una, su clase y serie, si existieren varias.
 - e) La expresa aceptación por parte del suscriptor del contenido del programa de fundación.
 - f) La identificación de la entidad de crédito en la que, en su caso, se verifiquen las suscripciones y se desembolsen los importes mencionados en el boletín de suscripción.

g) Fecha y firma del suscriptor.

A cada suscriptor se le hará entrega de una copia del boletín de suscriptor, habiendo de quedar un ejemplar en poder de los promotores.

10. *Junta constituyente*: Habrá de convocarse por parte de los promotores una junta constituyente en el plazo de 6 meses desde el depósito del programa de fundación y del folleto informativo en el Registro Mercantil. La *convocatoria*, que se publicará además en el BORME; se llevará a cabo por medio de carta certificada dirigida a todos los promotores con al menos 15 días de antelación a su celebración. En la junta habrá de deliberarse al menos sobre los siguientes puntos: a) Aprobación de las gestiones realizadas hasta entonces por los promotores; b) Aprobación de los estatutos sociales; c) Aprobación del valor que se haya dado a las aportaciones no dinerarias, si las hubiere; d) Aprobación de los beneficios particulares reservados a los promotores, si los hubiere; e) Nombramiento de las personas encargadas de la administración de la sociedad; y f) Designación de la persona o personas que deberán otorgar la escritura fundacional de la sociedad.

Una vez convocada, el día de su celebración, la junta será presidida por el promotor primer firmante del programa de fundación y, en su ausencia, por aquel que elijan los promotores, actuando como secretario el suscriptor que elijan los asistentes. Para que se entienda la junta válidamente constituida habrán de existir suscriptores, en nombre propio o ajeno, que representen al menos el 50% del total del capital suscrito.

Los acuerdos habrán de adoptarse por al menos una cuarta parte de los suscriptores que representen al menos una cuarta parte del capital suscrito. Cada suscriptor tendrá el derecho de voto que le corresponda proporcionalmente a su aportación. No obstante, se requerirá unanimidad de los suscriptores concurrentes para modificar el programa de fundación.

Finalmente, se extenderá un acta con las condiciones de constitución de la junta, los acuerdos adoptados y las propuestas formuladas firmada por el Secretario y con el visto bueno del Presidente.

11. *Escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil*: En el plazo de un mes desde la celebración de la junta, las personas designadas al efecto otorgarán ante notario la escritura pública de constitución

de la sociedad y procederán a su presentación, de cara a su inscripción, en el Registro Mercantil del domicilio de la sociedad, en el plazo máximo de dos meses desde el otorgamiento de la escritura. Las personas facultadas por la Junta para llevar a cabo tales actos responderán solidariamente de los daños y perjuicios causados por el retraso en el otorgamiento de la escritura o en su presentación a inscripción en el Registro. Sin perjuicio de lo anterior, si hubiera transcurrido un año desde el depósito en el Registro Mercantil del programa de fundación y del proyecto informativo sin haberse procedido a inscribir la escritura de constitución, los suscriptores podrán reclamar las aportaciones desembolsadas con los frutos que las mismas hubieran producido.

Por otra parte, una vez finalizada la exposición del proceso de fundación sucesiva, siguiendo con el orden de este epígrafe, pasaremos a continuación a hacer una breve referencia a los casos en que se lleva a cabo una **oferta de acciones en el Mercado de Valores**, que, a diferencia de la regulación que con carácter general se lleva de esta materia en la Ley de Sociedades de Capital, se concibe con carácter obligatorio cuando estamos ante sociedades cotizadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 60 de la Ley 24/1989, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Así, en su Capítulo IV *bis*, bajo la rúbrica «Oferta Pública de Adquisición», se regulan los supuestos en los que se ha de llevar a cabo obligatoriamente la misma sobre la totalidad de las acciones o valores que, directa o indirectamente, pueda dar derecho a su suscripción o adquisición y dirigida a todos sus titulares a un precio equitativo.

El obligado a llevar a cabo tal oferta pública de adquisición (OPA) será aquel que alcance el control de una sociedad cotizada (i) mediante la adquisición de acciones u otros valores que confieran, directa o indirectamente el derecho a la inscripción o adquisición de acciones con derecho a voto en dicha Sociedad; (ii) mediante pactos parasociales con otros titulares de valores; (iii) o como consecuencia de los demás supuestos análogos que reglamentariamente se establezcan.

Esta obligación se aplica sólo, salvo excepciones, para sociedades con domicilio social en España cuyas acciones estén en todo o en parte admitidas a negociación en un mercado secundario oficial español.

Se entiende que el precio es equitativo cuando, como mínimo, sea igual al precio más elevado que haya pagado el obligado a formular la oferta o las personas que actúen en concierto con él por los mismos valores durante un periodo de tiempo anterior a la oferta determinado

reglamentariamente y en los términos que se establezcan. No obstante, la CNMV podrá modificar ese precio en circunstancias excepcionales, habiendo de publicar en su página web la decisión de que la oferta se formule a un precio distinto del equitativo, y motivando en todo caso tal decisión.

Se entiende que una persona física o jurídica tiene individualmente o de forma conjunta con las personas que actúan en concierto con ella, el control de una sociedad cuando: 1) alcance, directa o indirectamente, un porcentaje de derechos de voto igual o superior al 30%; o bien, 2) cuando haya alcanzado una participación inferior y designe un número de consejeros que, unidos, en su caso, a los que ya se hubieran designado, representen más de la mitad de los miembros del órgano de la administración social.

No obstante, la CNMV dispensará condicionalmente de la obligación de formular la oferta pública de adquisición en el caso de que otra persona o entidad, bien de forma directa, bien de forma indirecta, ostentara un porcentaje de voto igual o superior al del obligado a formular la oferta.

Se entiende que incumple la obligación de formular una oferta pública de adquisición quien no la presente, la presente fuera de plazo o la presente con irregularidades esenciales. La consecuencia de dicho incumplimiento será la imposición al obligado de una serie de sanciones (LMV, Título VIII), así como la privación del ejercicio de los derechos políticos derivados de los valores de la sociedad cotizada cuyo ejercicio les correspondiere en virtud de cualquier título.

Por último, vamos a referirnos a lo que adelantábamos con anterioridad en relación a especificidades sobre requisitos y especialidades, que además de los analizados hasta el momento con carácter general para la fundación sucesiva, han de tenerse en cuenta cuando ésta lo es de una sociedad limitada. Estos requisitos y especialidades son los siguientes:

- a) Requisitos especiales de la fundación sucesiva de sociedades limitadas:
 - Deberá destinarse a la reserva legal una cifra al menos igual al 20 por ciento del beneficio del ejercicio sin límite de cuantía.
 - Una vez cubiertas las atenciones legales o estatutarias, sólo podrán repartirse dividendos a los socios si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resultare inferior al 60 por ciento del capital legal mínimo.
 - La suma anual de las retribuciones satisfechas a los socios y administradores por el desempeño de tales cargos durante

esos ejercicios no podrá exceder del 20 por ciento del patrimonio neto del correspondiente ejercicio, sin perjuicio de la retribución que les pueda corresponder como trabajador por cuenta ajena de la sociedad o a través de la prestación de servicios profesionales que la propia sociedad concierte con dichos socios y administradores.

- b) Especialidades adicionales de la fundación sucesiva de sociedades limitadas:
- Además, para este caso de fundación sucesiva de sociedad limitada, y en caso de liquidación, voluntaria o forzosa, si el patrimonio de la sociedad fuera insuficiente para atender al pago de sus obligaciones, los socios y los administradores de la sociedad responderán solidariamente del desembolso de la cifra de capital mínimo establecida en la Ley.
 - Por otra parte, no será necesario acreditar la realidad de las aportaciones dinerarias de los socios en la constitución de sociedades de responsabilidad limitada de formación sucesiva. Los fundadores y quienes adquieran alguna de las participaciones asumidas en la constitución responderán solidariamente frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales de la realidad de dichas aportaciones.

2. ESCRITURA, INSCRIPCIÓN Y ESTATUTOS. SOCIEDAD EN FORMACIÓN. NULIDAD DE LA SOCIEDAD

Si con anterioridad, en el desarrollo del proceso de constitución de sociedades, a través de la fundación simultánea y de la sucesiva, nos referíamos a los actos de otorgamiento de escritura pública y de inscripción en el Registro Mercantil, es ahora cuando vamos a analizar las formalidades de ambos actos así como su contenido.

La escritura de constitución de una sociedad es aquel documento, elevado a público ante notario, en el que las partes incluyen las menciones necesarias para llevar a cabo la correcta constitución de la sociedad, así como los estatutos de la misma. Ha de ser otorgada por todos los socios fundadores, fueran éstos personas físicas o jurídicas. Podrán comparecer ante el notario para otorgar la escritura tanto por sí como por medio de representante, y habrán de asumir la totalidad de las participaciones sociales (en el caso de las SL) o de suscribir la totalidad de las acciones (en el caso de las SA), acreditando el desembolso del 100% del valor nominal de las

participaciones (SL) o, en su caso, de, al menos, el 25% del valor nominal de las acciones (SA).

La escritura de constitución ha de tener un *contenido mínimo*, de conformidad con lo establecido en el artículo 22 LSC, *de forma genérica*, esto es, con independencia de que la misma sea una sociedad anónima o una sociedad limitada. Este contenido mínimo es el siguiente:

1. *La identidad del socio o socios*. Se identificará a los socios personas físicas con el nombre, los apellidos, la edad, la profesión, el estado civil, la nacionalidad y el domicilio. Se identificará a los socios personas jurídicas con la denominación social, la nacionalidad y el domicilio social.
2. *La voluntad de constituir una sociedad de capital*, con elección de un tipo social determinado.
3. Las *aportaciones* que cada socio realice o, en el caso de las anónimas, se haya obligado a realizar, y la numeración de las participaciones o de las acciones atribuidas a cambio.

Cuando la aportación fuese dineraria, los socios podrán, o bien entregar el dinero al notario autorizante para que él mismo constituya el depósito a nombre de la sociedad, o bien, acreditar ante dicho notario autorizante, mediante certificación, el depósito de las cantidades en una entidad de crédito. En este último caso, el notario dará fe de que se le ha exhibido la precitada certificación y la incorporará a la escritura. A estos efectos, la fecha del depósito no podrá ser anterior en más de dos meses a la de la escritura de constitución o a la del acuerdo de aumento de capital (artículo 132 RRM).

En cambio, cuando la aportación fuese no dineraria, se describirán en la escritura los bienes o derechos objeto de la aportación, con indicación de sus datos registrales, si los tuviera, el título o concepto de la aportación así como el valor de cada uno de ellos. Si se tratase de la aportación de una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios, se describirán, igualmente, en la escritura, los bienes y derechos registrables y se indicará el valor del conjunto o unidad económica objeto de aportación. El informe exigido para el caso de aportaciones no dinerarias se incorporará a la escritura de constitución de la sociedad, depositándose testimonio notarial del mismo en el Registro Mercantil (artículo 133 RRM).

4. La *identidad* de la persona o personas que se encarguen inicialmente de la administración y de la representación de la sociedad.

Para el caso de que la sociedad lo fuera de responsabilidad limitada, la escritura de constitución habrá de contener, además de lo anterior, expresión del modo concreto en que se organice inicialmente la administración siempre y cuando los estatutos prevean diferentes alternativas a la hora de fijar la estructura del órgano de administración.

Para el caso de que la sociedad fuera anónima, la escritura de constitución habrá de contener además del contenido genérico anteriormente analizado, referencia expresa a la cuantía total de los gastos de constitución satisfechos, así como, aunque fuera aproximadamente, la de los gastos previstos hasta la inscripción.

Además, los socios fundadores y promotores podrán incluir, como *menciones voluntarias*, todos los pactos y condiciones que estimen convenientes siempre que nos sean contrarios a la ley o a la propia configuración de la sociedad anónima.

Así, junto a todas estas menciones necesarias, genéricas (aplicables a sociedades anónimas y limitadas) y específicas (aplicables sólo a sociedades anónimas o sólo a limitadas), y a las menciones *voluntarias*, la escritura de constitución habrá de contener igualmente los denominados estatutos sociales.

Los **estatutos sociales** son el documento donde se hace constar por parte de los socios las normas básicas de funcionamiento interno que rigen una sociedad. Los estatutos son estáticos en el sentido de que son normas con vocación de estabilidad relativa, pero son dinámicos, a su vez, en cuanto, a pesar de su vocación de estabilidad, cuentan con la flexibilidad de poder ser modificados con los requisitos de quórum y consenso de mayorías previstos en la LSC y a los que nos referiremos en el tema 6 de este manual.

El contenido de los estatutos deberá recoger:

1. *La denominación de la sociedad*. Habrá que acreditar al notario la obtención del certificado de denominación del Registro Mercantil, que no es otra cosa que una certificación que lleva a cabo el Registro Mercantil Central de que la denominación de la sociedad no es idéntica a alguna de las que ya figuran incluidas en la sección de denominaciones del Registro Mercantil Central. Este certificado recogerá la expresión denominativa con la que va a ser identificada la sociedad como sujeto de derechos y obligaciones en todas sus relaciones jurídicas.

2. El *objeto social*, determinando las actividades que lo integran. Este objeto habrá de ser posible, lícito y determinado. No podrán incluirse en el objeto social los actos jurídicos necesarios para la realización o desarrollo de las actividades indicadas en él. Tampoco podrá incluirse como parte del objeto social la realización de cualesquiera otras actividades de lícito comercio ni emplearse expresiones genéricas de análogo significado (artículo 117 RRM).
3. El *domicilio social*. Éste es un elemento fundamental de toda sociedad pues determina su nacionalidad. Las sociedades de capital fijarán su domicilio, dentro del territorio español, en el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación. Además, las sociedades de capital cuyo principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España.
4. El *capital social, las participaciones o las acciones en que se divida, su valor nominal y su numeración correlativa*. Si la sociedad fuera de responsabilidad limitada expresará el número de participaciones en que se divida el capital social, el valor nominal de las mismas, su numeración correlativa y, si fueran desiguales, los derechos que cada una atribuya a los socios y la cuantía o la extensión de éstos. Si la sociedad fuera anónima expresará las clases de acciones y las series, en caso de que existieran; la parte del valor nominal pendiente de desembolso, así como la forma y el plazo máximo para satisfacerlo; y si las acciones están representadas por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta. En caso de que se representen por medio de títulos, deberá indicarse si son las acciones nominativas o al portador y si se prevé la emisión de títulos múltiples.
5. El *modo o modos de organizar la administración de la sociedad*, (administrador único, varios administradores solidarios o mancomunados, o consejo de administración), el número de administradores o, al menos, el número máximo y el mínimo, así como el plazo de duración del cargo y el sistema de retribución, si la tuvieran. En las sociedades comanditarias por acciones se expresará, además, la identidad de los socios colectivos.
6. El *modo de deliberar y adoptar sus acuerdos los órganos colegiados de la sociedad*. En los estatutos se deberá respetar los porcentajes exigidos legalmente para deliberar y adoptar acuerdos por parte de los órganos sociales, pero se tomarán como mínimos exigibles, esto

es, se podrán establecer porcentajes distintos a los legales siempre que fueran superiores a éstos.

7. *Duración de la sociedad.* No es un contenido de inclusión obligatoria en los estatutos, ya que en caso de no disponerse en los mismos nada al respecto, se habrá de entender que la sociedad tiene una duración indefinida.
8. *Fecha de comienzo de las operaciones sociales.*
9. *Fecha de cierre del ejercicio social.* No es un contenido obligatorio, ya que si no se dispone fecha de cierre alguna específica en los estatutos sociales, se entenderá que es el 31 de diciembre de cada año.
10. *Restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones,* cuando se hubiesen estipulado.
11. *Régimen de prestaciones accesorias* en caso de que se pretendan establecer.
12. *Derechos especiales de fundadores o promotores* si así se reconocen.
13. *Cualesquiera otras menciones lícitas que los fundadores o la junta constituyente quieran incluir.*

Una vez tenemos otorgada la escritura pública de constitución con el contenido anteriormente expresado, ésta deberá ser presentada, para su *inscripción*, por parte de los socios fundadores o de los administradores de la sociedad o de quienes hubieran sido apoderados para ello, *en el Registro Mercantil* del lugar donde radique su domicilio social. De hecho, los socios fundadores y los administradores de la sociedad tendrán las facultades necesarias para la presentación de la escritura de constitución en el Registro Mercantil y, en su caso, en los de la Propiedad y de Bienes Muebles, así como para solicitar o practicar la liquidación y hacer el pago de los impuestos y gastos correspondientes, y no sólo eso, sino que tendrán la obligación de presentar a inscripción en el Registro Mercantil la escritura de constitución en el plazo de dos meses desde la fecha de otorgamiento. En caso de que incumplan dicha obligación habrán de responder solidariamente de los daños y perjuicios causados.

La consecuencia fundamental de la inscripción de la sociedad de capital en el Registro Mercantil es la adquisición de la personalidad jurídica y, por tanto, la posibilidad de actuar como sujeto titular de obligaciones y derechos en el tráfico jurídico, esto es, frente a terceros.

Una vez inscrita la sociedad en el Registro Mercantil, el registrador mercantil remitirá para su publicación al *BORME* los datos relativos a la escritura de constitución que reglamentariamente se determinen.

La sociedad proyectada, como hemos visto hasta el momento, ha de cumplir con ciertos actos, pasos y formalidades en su proceso de nacimiento, de constitución. Sin embargo, hay ocasiones en las que la sociedad no llega a nacer porque no se llegan a llevar a cabo todos los actos necesarios para su nacimiento. Es precisamente por ello, que resulta necesario abordar el estudio de qué sucede cuándo la sociedad no llega a tener personalidad jurídica (sociedad irregular) y cuál es el régimen de la sociedad en la fase previa a la adquisición de esa personalidad jurídica (sociedad en formación).

La *sociedad irregular* es aquella que deviene en aquellos casos en que no existe voluntad por parte de los fundadores o promotores de inscribir la sociedad en el Registro Mercantil, o en aquellos otros en que transcurre un año desde que se otorgó la escritura pública de constitución sin que se haya solicitado siquiera la inscripción de la misma (artículo 39 LSC).

El tratamiento que ha de recibir la sociedad irregular no podrá ser otro, por tanto, que la aplicación de las normas de la sociedad colectiva o, en su caso de la sociedad civil, si la sociedad, que estaría hasta el momento de devenir irregular, en formación, hubiera iniciado, o bien, continuado sus operaciones. La consecuencia fundamental de la aplicación de este régimen, por tanto, a la sociedad irregular es que los socios de ésta responderán de forma ilimitada de las deudas sociales, sin llegar, por tanto, a adquirir el régimen de responsabilidad propio de la sociedad capitalista que inicialmente se pretendía constituir.

A mayor abundamiento, cuando la sociedad deviene irregular, cualquier socio tiene derecho a instar la disolución de la sociedad ante el juez de lo mercantil del lugar del domicilio social, así como a exigir, previa liquidación del patrimonio social, la cuota correspondiente, que se satisfará, siempre que sea posible, con la restitución de sus aportaciones (artículo 40 LSC).

La *sociedad en formación* (artículos 36-38 LSC), en cambio, es aquella que se da durante su proceso de fundación con carácter previo a su inscripción en el Registro Mercantil.

En este periodo de tiempo en el que la sociedad aún no ha llegado a inscribirse, en efecto, se pueden llevar a cabo actos y contratos celebrados a nombre de ésta. Sin embargo, hay que distinguir dos supuestos distintos que reciben, igualmente, tratamiento jurídico distinto.

Por una parte, hemos de referirnos al régimen de los actos y contratos realizados por la sociedad en formación que, o bien (i) resultan indispensables para la inscripción de la sociedad, o bien (ii) son realizados por los administradores en ejercicio de las facultades a ellos conferidas por la

escritura para la fase anterior a la inscripción o por personas con mandato específico de los socios. En este caso, será la sociedad en formación la que habrá de responder de los mismos con el patrimonio que ésta tuviere. Sólo subsidiariamente, los socios, responderían personalmente, y lo harían además con un límite, que como no puede ser de otra manera, será el límite de lo que se hubieran obligado a aportar. Hay que tener en cuenta a estos efectos que, salvo que la escritura o los estatutos sociales dispongan otra cosa, si la fecha de comienzo de las operaciones coincide con el otorgamiento de la escritura fundacional, se entenderá que los administradores están facultados para el pleno desarrollo del objeto social y para realizar toda clase de actos y contratos. A mayor abundamiento, en estos casos, una vez inscrita la sociedad, quedará ésta obligada por tales actos y contratos, así como por aquellos otros que la sociedad inscrita acepte dentro del plazo de tres meses desde su inscripción.

Por otra parte, hemos de referirnos al régimen de los actos y contratos por la sociedad en formación que no resultan necesarios para la inscripción de la sociedad ni fueron realizados por administradores o personas con mandato de los socios. En este caso, y a diferencia del anterior, serán aquellos que hubieran realizado tales actos y contratos los que de ellos habrán de responder solidaria e ilimitadamente.

En ambos supuestos, cesará la responsabilidad solidaria de socios, administradores y representantes de la sociedad una vez inscrita, si bien, en caso de que el resultado de sumar al valor del patrimonio social, el de los gastos indispensables para la inscripción de la sociedad, resultara inferior a la cifra del capital social, los socios estarán obligados a cubrir la diferencia.

En algunas ocasiones, a pesar de que la sociedad de capital se ha constituido cumpliendo los requisitos formales para ello, incluso de otorgamiento de escritura e inscripción en el Registro Mercantil, puede haber pasado inadvertido un vicio de tal importancia que la invalida por completo. Es en estos casos, en los que tenemos una sociedad que se ha constituido formalmente pero que es absoluta y radicalmente inválida, en los que nos encontramos ante la institución jurídica de la nulidad de la sociedad.

La **nulidad de la sociedad de capital**, por las peculiares y especiales características de la misma, no puede regirse únicamente por el régimen general de la nulidad de contratos, por lo que la Ley de Sociedades de Capital regula las causas y efectos de la declaración de la nulidad de la sociedad en sus artículos 56 y 57. No puede predicarse lo mismo respecto a la sociedad no inscrita, que no resulta merecedora de la adquisición de la

personalidad jurídica propia de la sociedad de capital, y que habrá de regirse su régimen de nulidad por aquel que el Código Civil prevé de forma genérica para los contratos.

Así, establece la LSC que «una vez inscrita la sociedad», en clara referencia a la distinción que acabamos de llevar a cabo, son *causas de nulidad* de la misma (artículo 56 LSC), las siguientes:

1. No haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores, en el caso de pluralidad de éstos o del socio fundador cuando se trate de sociedad unipersonal.
2. Incapacidad de todos los socios fundadores.
3. No expresarse en la escritura de constitución las aportaciones de los socios.
4. No expresarse en los estatutos la denominación de la sociedad.
5. No expresarse en los estatutos el objeto social o ser éste ilícito o contrario al orden público.
6. No expresarse en los estatutos la cifra del capital social.
7. No haberse desembolsado íntegramente el capital social en las sociedades de responsabilidad limitada;
8. No haberse realizado el desembolso mínimo exigido por la ley en las sociedades anónimas.

Esta lista de *causas de nulidad* es una lista cerrada y, por tanto, ninguna otra causa podrá servir de base para ejercitar acción de nulidad alguna contra una sociedad de capital.

Una vez se aprecie la existencia de una causa de nulidad, cualquier persona podrá instar la acción de nulidad de la sociedad ante el juzgado de lo mercantil del domicilio social de la misma. Esta acción dará lugar a la apertura de un procedimiento judicial que habrá de terminar, en caso de apreciarse la existencia de tal vicio de nulidad, con una sentencia que declare la nulidad de la sociedad. La sentencia habrá de ser inscrita en el Registro Mercantil y publicada en el BORME con el objetivo de dar protección a los terceros mediante la publicidad.

Por tanto, los *efectos de la nulidad* de la sociedad son los siguientes (artículo 57 LSC):

1. Apertura de la liquidación de la sociedad que habrá de seguir el procedimiento previsto en la Ley para los casos de disolución.

2. No afectará a la validez de las obligaciones o de los créditos de la sociedad frente a terceros, ni a la de los contraídos por éstos frente a la sociedad, sometiéndose unas y otros al régimen propio de la liquidación. Éste no es sino un ejemplo más del diferente régimen jurídico de la nulidad de la sociedad con respecto a la nulidad general, ya que, mientras que ésta se trata de una nulidad «*ex nunc*», la general es una nulidad «*ex tunc*». Esto es, se consideran válidos los pactos realizados frente a terceros antes de la declaración de nulidad de la sociedad aunque la misma no hubiera debido tener nunca existencia jurídica, y ello para proteger a los terceros de buena fe que con ella pudieran haber contratado en aras de garantizar el principio de seguridad jurídica.
3. En las sociedades de responsabilidad limitada, cuando la sociedad sea declarada nula por no haberse desembolsado íntegramente el capital social, los socios estarán obligados a desembolsar la parte que hubiera quedado pendiente.
4. En las sociedades anónimas, cuando el pago a terceros de las obligaciones contraídas por la sociedad declarada nula así lo exija, los socios estarán obligados a desembolsar la parte que hubiera quedado pendiente.

A pesar de que en la doctrina y en la jurisprudencia no parece haber acuerdo sobre el alcance exacto del concepto sociedad de hecho, llegando algún sector doctrinal incluso a identificarla de manera genérica con la sociedad irregular, podemos definirla, en sentido estricto, como aquella que, a diferencia de la sociedad irregular, ha sido constituida de conformidad con las normas formales legalmente establecidas para ello, y actúa en el tráfico jurídico con la apariencia de una sociedad anónima o limitada, estando incluso inscrita en el Registro Mercantil como tal, y ello, pese a que incurre en la misma un vicio de nulidad tal, que otorga el derecho a cualquiera a pedir la declaración judicial de tal nulidad con la consiguiente apertura del procedimiento de liquidación, sin que ello pueda afectar, como decíamos en el epígrafe anterior, a las obligaciones o créditos de la sociedad de hecho frente a terceros, ni a los contraídos por éstos frente a la sociedad (artículo 57.2 LSC).

3. APORTACIONES DINERARIAS Y EN ESPECIE. CONTROL Y SANEAMIENTO

Se pueden definir las **aportaciones** como aquella cantidad de dinero o aquellos bienes o derechos susceptibles de valoración económica que los

socios entregan a la sociedad a cambio de la participación en un porcentaje del capital social de la misma proporcional al valor de lo aportado.

Se puede hablar de dos *tipos de aportaciones*, por una parte, de aportaciones dinerarias, y por otra, de aportaciones no dinerarias.

Son *aportaciones dinerarias* las que, como su propio nombre indica, consisten en entregas de dinero. El artículo 61 de la LSC prevé que las aportaciones dinerarias habrán de establecerse en euros, y si se hicieran en otra moneda, habrá, en todo caso, de determinarse, igualmente, su equivalencia en euros.

Son, en cambio, *aportaciones no dinerarias o en especie*, aquellas aportaciones que consisten en bienes, industria o derechos susceptibles de valoración económica. En este caso, lo más relevante, por encontrarse en ello la mayor dificultad, es determinar un valor real de tales aportaciones que se corresponda con las características de las mismas. Por ello, en la escritura de constitución o de ejecución del aumento de capital social, habrán de describirse los bienes, derechos o industria aportados con todos sus datos, incluso los registrales si los tuvieren, así como la valoración en euros que se les atribuya, y por último, la numeración de las acciones o participaciones asignadas al aportante en retribución o contraprestación de lo aportado.

Así, una vez analizado el concepto y tipos de aportación, pasaremos a abordar el concepto de prestación accesorias, que no puede ser confundido con el primero.

Se entiende por **prestaciones accesorias** aquellas obligaciones asumidas por socios o accionistas, y que son distintas de las aportaciones. Se consideran también prestaciones accesorias las eventuales cláusulas penales inherentes al incumplimiento de las obligaciones que representan las mismas.

Pueden tener carácter gratuito o retribuido. En el caso de que sean retribuidas los estatutos determinarán la compensación que hayan de recibir los socios que las realicen, compensación cuya cuantía no podrá exceder, en ningún caso, del valor correspondiente a la prestación.

Las prestaciones accesorias tienen carácter estatutario, en tanto en cuanto son los estatutos los que tienen que establecerlas. Así, podrán estar establecidas en los estatutos como obligatorias, bien ligadas a todos o a algunos de los socios, o bien vinculadas no a socios en concreto, sino a la titularidad de una o varias participaciones sociales o acciones concretamente determinadas. A mayor abundamiento, este carácter estatutario en cuanto a su creación, implica que, igualmente, cualquier modificación y/o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias deberá

acordarse con los requisitos previstos para la modificación de los estatutos y requerirá, además, el consentimiento individual de los obligados.

Las participaciones o acciones con prestación accesorias pueden ser transmitidas siendo necesaria la autorización de la sociedad para las transmisiones voluntarias por actos *inter vivos* (artículo 88 LSC). La sociedad dará su autorización a la transmisión, salvo disposición contraria de los estatutos, a través de la junta general si la sociedad es limitada, y a través de los administradores si la sociedad fuera anónima. No obstante, si el transmitente hubiera solicitado a la sociedad autorización para llevar a cabo la transmisión, y ésta no hubiera procedido a concederla en el plazo de dos meses desde la solicitud, se entenderá que la misma ha sido autorizada en una suerte de autorización tácita.

El desembolso dinerario se puede definir como el depósito a nombre de la sociedad del valor nominal de cada acción o participación.

En todo caso, el desembolso de aportaciones dinerarias habrá de controlarse en virtud de acreditación ante el Notario autorizante tanto cuando se lleva a cabo con ocasión de la constitución de la sociedad como cuando se lleva a cabo con ocasión de un aumento del capital social de la misma. Esta acreditación, tal y como hemos explicado ya con anterioridad en este tema al explicar la escritura de constitución de la sociedad, habrá de llevarse a cabo, bien mediante certificación de la entidad bancaria donde se ha llevado a cabo el depósito del desembolso de la aportación (cuya vigencia será de dos meses desde la fecha de su emisión), bien mediante entrega al mismo Notario autorizante de la cantidad de dinero de que se trate para que él mismo haga el depósito de dicha aportación a nombre de la sociedad (artículo 62 LSC).

En relación al **control y saneamiento de las aportaciones** no dinerarias se plantean tres problemas fundamentales ante la dificultad que esta modalidad de aportación puede ofrecer en torno a: 1) El régimen de saneamiento de lo aportado; 2) La realidad y valoración de lo aportado y el régimen de responsabilidad con respecto a la valoración llevada a cabo.

Así, y en primer lugar, con respecto al *régimen de saneamiento* de las aportaciones en especie, habremos de distinguir entre los siguientes supuestos:

- *Si la aportación consistiese en bienes muebles o inmuebles o derechos asimilados a ellos:* En este caso, el aportante estará obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la aportación en los términos establecidos por el Código Civil para el contrato de compraventa, y se aplicarán las reglas del Código de Comercio sobre el mismo contrato en materia de transmisión de riesgos (artículo 64 LSC).

- *Si la aportación consistiere en un derecho de crédito:* En este supuesto, el aportante responderá de la legitimidad de éste y de la solvencia del deudor (artículo 65 LSC).
- *Si se aportase una empresa o establecimiento:* En cuyo caso, el aportante quedará obligado al saneamiento de su conjunto, siempre y cuando el vicio o la evicción afectasen a la totalidad o a alguno de los elementos esenciales para su normal explotación. Igualmente, procederá el saneamiento individualizado de aquellos elementos de la empresa aportada que sean de importancia por su valor patrimonial (artículo 66 LSC).

En segundo lugar, y con respecto a la realidad y valoración de las aportaciones no dinerarias, la LSC distingue entre las obligaciones que al respecto vinculan a la sociedad anónima de las relativas a la sociedad limitada.

Así, en el caso de la sociedad anónima, la LSC obliga a que se lleve a cabo un informe por parte de uno o varios expertos independientes, con competencia profesional, que han de ser designados por el registrador mercantil del domicilio social (artículo 67 LSC).

Este informe habrá de contener la descripción de lo aportado con datos registrales si existieren, así como su valoración, indicando cuáles han sido los criterios utilizados para llegar a dicho resultado, y si se corresponde con el valor nominal, y, en su caso, con la prima de emisión de las acciones emitidas como contrapartida de lo aportado. El valor que se dé a la aportación en la escritura social no podrá ser superior a la valoración realizada por los expertos.

Como resulta lógico, el experto que ha realizado la valoración habrá de responder frente a la sociedad, en el plazo de cuatro años desde la emisión de su informe, frente a los accionistas y los acreedores, de los daños causados por la valoración, y quedará exonerado si acredita que ha aplicado la diligencia y los estándares propios de la actuación que le haya sido encomendada (artículo 68 LSC).

A pesar de lo expuesto, hay excepciones en las que el informe del experto no será necesario. Estas excepciones, previstas en el artículo 69 de la LSC, son las siguientes:

El informe del experto no será necesario en los siguientes casos:

- a) Cuando la aportación no dineraria consista en valores mobiliarios que coticen en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado o en instrumentos del mercado monetario. Estos bienes

se valorarán al precio medio ponderado al que hubieran sido negociados en uno o varios mercados regulados en el último trimestre anterior a la fecha de la realización efectiva de la aportación, de acuerdo con la certificación emitida por la sociedad rectora del mercado secundario oficial o del mercado regulado de que se trate.

Si ese precio se hubiera visto afectado por circunstancias excepcionales que hubieran podido modificar significativamente el valor de los bienes en la fecha efectiva de la aportación, los administradores de la sociedad deberán solicitar el nombramiento de experto independiente para que emita informe.

- b) Cuando la aportación consista en bienes distintos de los señalados en la letra anterior cuyo valor razonable se hubiera determinado, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la realización efectiva de la aportación, por experto independiente con competencia profesional no designado por las partes, de conformidad con los principios y las normas de valoración generalmente reconocidos para esos bienes.

Si concurrieran nuevas circunstancias que pudieran modificar significativamente el valor razonable de los bienes a la fecha de la aportación, los administradores de la sociedad deberán solicitar el nombramiento de experto independiente para que emita informe.

En este caso, si los administradores no hubieran solicitado el nombramiento de experto debiendo hacerlo, el accionista o los accionistas que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, el día en que se adopte el acuerdo de aumento del capital, podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un experto para que se efectúe la valoración de los activos. La solicitud podrán hacerla hasta el día de la realización efectiva de la aportación, siempre que en el momento de presentarla continúen representando al menos el cinco por ciento del capital social.

- c) Cuando en la constitución de una nueva sociedad por fusión o escisión se haya elaborado un informe por experto independiente sobre el proyecto de fusión o escisión.
- d) Cuando el aumento del capital social se realice con la finalidad de entregar las nuevas acciones o participaciones sociales a los socios de la sociedad absorbida o escindida y se hubiera elaborado un informe de experto independiente sobre el proyecto de fusión o escisión.

- e) Cuando el aumento del capital social se realice con la finalidad de entregar las nuevas acciones a los accionistas de la sociedad que sea objeto de una oferta pública de adquisición de acciones.

No obstante, cuando las aportaciones no dinerarias se efectuaran sin informe de expertos independientes designados por el Registro Mercantil, los administradores serán los encargados de elaborar un informe en el que se detalle:

- La descripción de la aportación.
- El valor de la aportación, el origen de esa valoración y, cuando proceda, el método seguido para determinarla.
- Si la aportación hubiera consistido en valores mobiliarios cotizados en mercado secundario oficial o del mercado regulado de que se trate o en instrumentos del mercado monetario, se unirá al informe la certificación emitida por su sociedad rectora.
- Una declaración en la que se precise si el valor obtenido corresponde, como mínimo, al número y al valor nominal y, en su caso, a la prima de emisión de las acciones emitidas como contrapartida.
- Una declaración en la que se indique que no han aparecido circunstancias nuevas que puedan afectar a la valoración inicial.

Una copia del informe del experto o, en su caso, del informe de los administradores deberá depositarse en el Registro Mercantil y se incorporará como anexo a la escritura de constitución de la sociedad o a la de ejecución del aumento del capital social.

Los fundadores responderán solidariamente frente a la sociedad, los accionistas y los terceros de la realidad de las aportaciones sociales y de la valoración de las no dinerarias. La responsabilidad de los fundadores alcanzará incluso a las personas por cuya cuenta hayan obrado éstos (artículo 77 LSC).

Sin embargo, *en relación a la sociedad limitada*, los responsables de la realidad de las aportaciones, así como del valor dado a las mismas en la escritura de constitución o de aumento de capital, serán los fundadores, los que ostentaran la condición de socio en el momento de acordarse el aumento de capital y aquellos que adquieran una participación desembolsada mediante aportaciones no dinerarias, y todos ellos, lo harán solidariamente, tanto frente a la sociedad como frente a los acreedores sociales.

Esta responsabilidad alcanzará también a las personas por cuya cuenta obraran los fundadores, pero no a los socios que hubieran hecho constar, en el caso de un aumento de capital social, su oposición al acuerdo o a la valoración atribuida a la aportación.

En caso de aumento del capital social con cargo a aportaciones no dinerarias, además de las personas a que se refiere el apartado primero, también responderán solidariamente los administradores por la diferencia entre la valoración que hubiesen realizado y el valor real de las aportaciones (artículo 73 LSC).

No obstante lo anterior, es decir, el régimen legal de valoración de aportaciones no dinerarias en la sociedad limitada, los socios podrán optar por someter sus aportaciones no dinerarias a valoración pericial, en lugar de la de los administradores, en cuyo caso, quedarán excluidos de la antedicha responsabilidad.

En cualquier caso, la acción para exigir la responsabilidad deberá ser ejercitada por los administradores o por los liquidadores de la sociedad sin necesidad de acuerdo social al respecto. Esta acción podrá ser ejercida además, por cualquier socio que hubiera votado en contra del acuerdo siempre que represente, al menos, el cinco por ciento de la cifra del capital social y por cualquier acreedor en caso de insolvencia de la sociedad. La responsabilidad frente a la sociedad y frente a los acreedores sociales a que se refiere esta sección prescribirá a los cinco años a contar del momento en que se hubiera realizado la aportación (artículos 74-75 LSC).

4. DIVIDENDOS PASIVOS. MORA DEL ACCIONISTA

Como sabemos, las participaciones y las acciones han de estar asumidas y suscritas, respectivamente, al 100% del valor nominal de cada una de ellas en el momento de constituir la sociedad, así como en casos de aumento de capital en el momento de la ejecución de éste. Sin embargo, el régimen del desembolso difiere en la sociedad anónima con respecto a la sociedad limitada.

Así, mientras que en la sociedad limitada, las participaciones han de estar desembolsadas íntegramente, esto es, en el 100% del valor nominal de cada una de ellas, en cambio, en la sociedad anónima basta con que se haya desembolsado, al menos, una cuarta parte del valor nominal de cada una de las acciones que integran su capital social en el momento de constituir la sociedad o en el de ejecutar el aumento de capital social.

Por tanto, se pueden definir los *dividendos pasivos* como aquel porcentaje del valor nominal de las acciones de una sociedad anónima que no ha sido desembolsado al tiempo de constituir la sociedad o, en su caso, de ejecutar un aumento de capital social. En realidad, se trata de las aportaciones pendientes de llevar a cabo por parte de los accionistas para desembolsar por completo las acciones suscritas.

Cuando en una sociedad anónima se lleve a cabo un desembolso parcial de las acciones suscritas, o lo que es lo mismo, cuando existen dividendos pasivos al tiempo de constituir una sociedad o ejecutar un aumento del capital social de la misma, el accionista deberá aportar a la sociedad la porción de capital que hubiera quedado pendiente de desembolso en la forma y dentro del plazo previsto por los estatutos sociales. La exigencia del pago de los desembolsos pendientes se notificará a los afectados o se anunciará en el BORME. Entre la fecha del envío de la comunicación o la del anuncio y la fecha del pago deberá mediar, al menos, el plazo de un mes.

En todo caso, la escritura de constitución o la escritura de aumento de capital social deberá expresar el plazo en que habrá de desembolsarse el resto del valor nominal de las acciones que se halle pendiente de desembolso. Igualmente, deberá determinar si los desembolsos futuros se van a efectuar con aportaciones dinerarias, o con nuevas aportaciones no dinerarias.

En el caso de que los desembolsos futuros se fueran a llevar a cabo con aportaciones no dinerarias, habrá de preverse adicionalmente la naturaleza, valor y contenido de estas aportaciones, así como la forma, el procedimiento y el plazo para efectuar el desembolso que, en este caso, esto es, para aportaciones no dinerarias, no podrá exceder de 5 años desde la constitución de la sociedad o la ejecución del aumento de capital social. El informe del experto o, en su caso, el informe de los administradores se incorporará como anejo a la escritura en la que conste la realización de los desembolsos aplazados (artículo 80 LSC).

La *mora del accionista* es la situación en que se encuentra éste cuando no abone los dividendos pasivos una vez vencido el plazo que se hubiera establecido para el pago de dicha porción de capital no desembolsado (artículo 82 LSC).

Los efectos de la mora del accionista son los siguientes:

a) Con respecto a los *derechos políticos*, el accionista moroso:

1. No podrá ejercitar su derecho de voto, debiendo ser deducido el importe de sus acciones del capital social para determinar el cómputo del quórum en la junta general de accionistas.

2. No podrá ejercer el derecho a impugnar los acuerdos sociales en caso de que fueran anulables. En cambio, sí podrá impugnar los acuerdos sociales cuando fueran nulos.

b) Con respecto a los *derechos económicos*, el accionista moroso:

1. No podrá percibir dividendos (no se le suprime el derecho, sólo se le suspende y podrán ser compensados con la cuantía adeudada en concepto de dividendos pasivos reduciendo así la cuantía por desembolsar).

2. No podrá ejercer el derecho a la suscripción preferente de nuevas acciones ni de obligaciones convertibles.

3. Una vez abonado el importe de los desembolsos pendientes junto con los intereses adeudados podrá el accionista reclamar el pago de los dividendos no prescritos, pero no podrá reclamar la suscripción preferente, si el plazo para su ejercicio ya hubiere transcurrido.

La sociedad podrá llevar a cabo diversas actuaciones en relación al accionista moroso. Así, la sociedad podrá, según los casos y atendida la naturaleza de la aportación no efectuada, reclamar el cumplimiento de la obligación de desembolso, con abono del interés legal y de los daños y perjuicios causados por la morosidad o enajenar las acciones por cuenta y riesgo del socio moroso.

La sociedad podrá, igualmente, ante el *incumplimiento definitivo* de la obligación de desembolso en plazo de los dividendos pasivos, proceder a la venta de las acciones. En este caso, la enajenación se verificará por medio de un miembro del mercado secundario oficial en el que estuvieran admitidas a negociación, o por medio de fedatario público en otro caso, y llevará consigo la sustitución del título originario, que será destruido, por un duplicado.

Como última alternativa, si la venta no pudiese efectuarse, la acción será amortizada, con la consiguiente reducción del capital, quedando en beneficio de la sociedad las cantidades ya desembolsadas.

Por último, vamos a abordar, dentro de este epígrafe, el alcance y contenido de la *responsabilidad del vendedor de acciones no liberadas*.

Así, aquel que adquiere acciones no liberadas, va a responder solidariamente con todos los transmitentes que le precedan y a elección de los administradores de la sociedad, del pago de la parte no desembolsada. El adquirente que pague, podrá, no obstante, reclamar la totalidad de lo pagado de los adquirentes posteriores.

Esta responsabilidad tendrá una duración de tres años desde la fecha en que se llevara a cabo la transmisión de que se trate.

Cualquier pacto que pudiera llevarse a cabo en relación a excluir o modificar el régimen de responsabilidad solidaria legalmente establecido será nulo (artículo 85 LSC).

5. ACCIONES Y PARTICIPACIONES: CLASES Y REPRESENTACIÓN. COMPRAVENTA. RESTRICCIONES. DERECHOS REALES

El título IV de la LSC bajo un genérico enunciado agrupa el estudio de la participación social y la acción resaltando en su artículo 90 como nota común y característica de ambas el ser partes alícuotas e indivisibles del capital social. Indivisibilidad y acumulabilidad son notas que configuran a la acción y a la participación social. Forman parte del capital social, son fracción del mismo, escriturado y reflejado en los estatutos sociales.

La indivisibilidad implica que tanto la acción como la participación no son susceptibles de fraccionarse en nuevas acciones o participaciones por voluntad del titular dominical de las mismas.

Por su parte la acumulabilidad significa que tanto las acciones como las participaciones son acumulables en su titularidad, de tal modo que una misma persona, un socio puede ser titular de una pluralidad de acciones o de participaciones, sin que las mismas pierdan su identidad e individualidad.

El capital social se divide bien en acciones, en el caso de una sociedad anónima, bien en participaciones sociales en el de una limitada. Tienen un valor fraccionado, un valor que refleja un importe aritmético que es parte alícuota de la totalidad del capital social. Es el valor nominal que se reflejará en cada acción, en cada título si el mismo llega a existir, pero sobre todo en los estatutos sociales (artículo 23.d LSC), en los resguardos provisionales en caso de prever acciones incorporadas a títulos al portador y que todavía tengan pendientes desembolsos, o en la propia escritura de emisión si el sistema elegido de representación es el de anotaciones en cuenta.

El valor nominal permite calibrar y medir los derechos que un socio tiene en la sociedad, de modo que permite identificar la intensidad con que los socios ejercitan sus derechos en la sociedad en función de la cuota de interés que ostentan y que se plasman primordialmente a través de las acciones y participaciones de la sociedad. Todas las acciones y todas las participaciones sumadas arrojan la cifra del capital social. Ahora bien, no toda acción o participación de una sociedad tiene idéntico valor nominal. Una sociedad anónima puede a lo largo de su vida emitir distintas series de acciones con distintos valores nominales.

El que se proclamen como principios la acumulabilidad, la indivisibilidad y el ser parte alícuota del capital, no prescribe la necesidad de la igualdad, sino de la proporcionalidad, pues sería imposible afirmar la parte alícuota de un todo si no fueran todas las acciones y participaciones exactamente del mismo valor nominal. Tanto la acción como la participación pueden agruparse en series, ahora bien, el valor nominal dentro de cada serie sí debe ser idéntico. La noción de valor nominal sea de una participación sea de una acción no suele coincidir a lo largo de la vida de la sociedad con el valor neto patrimonial, valor éste que se obtiene en función del valor del patrimonio social tal y como se recoge en la contabilidad. Irrumpen en el vocabulario mercantil contable nociones como las de valor razonable, valor contable, valor de mercado, o valor real, valores todos ellos que van cambiando y variando con independencia de la voluntad de los socios y la sociedad, algo que no sucede sin embargo, con la noción de valor nominal petrificado en los estatutos y con vocación de estaticidad. La sociedad anónima no puede emitir acciones por debajo de su valor nominal, convirtiéndose este valor en un mínimo de aportación inderogable y que será exigido en la suscripción y desembolso. En cambio sí es lícita la emisión de acciones con prima, pagando un plus o precio superior al importe nominal del valor de la acción. El importe de la prima de emisión no se integra en el capital social, conformando una cuenta separada del pasivo y que es libremente disponible por la sociedad.

Desde el punto de vista de la acción de una sociedad anónima, es clásica la división del estudio de la acción desde tres ámbitos o dimensiones, a saber, como parte del capital, como conjunto de derechos del socio o, en cuanto a su naturaleza, como título-valor. Aquí nos interesa primordialmente la que tiene por objeto la acción como título o más precisamente como valor mobiliario (artículo 92 LSC), concepto más amplio en el que tienen cabida los diversos mecanismos previstos por la ley para la documentación o representación de las acciones. Sistemas que nos permitirán referirnos cuando exista físicamente un título a sistema cartular, y cuando estemos ante una anotación en cuenta, ante sistema tabular. El título valor, sobre el que asienta el sistema cartular, constituye el instrumento por antonomasia de documentación de la acción. Hasta tal punto es así que la expresión «acción» se emplea tanto para designar el derecho o conjunto de derechos que integran la condición de socio como el título que lo representa. Pero más allá de esta unidad del lenguaje no hay nada. La acción es la acción, la unidad de participación en la sociedad anónima, y el título es el documento que la representa.

Desde la óptica de la participación social, ésta adolece del carácter de valor mobiliario, constando su existencia pero también la transmisibilidad de la misma a través de los mecanismos e instrumentos de derecho común. Se reflejará su existencia a través de la escritura de constitución de la sociedad de responsabilidad limitada y a través de las sucesivas transmisiones de la participación que se reflejarán a través de documentación pública de cara a la fehaciencia y oponibilidad de la misma.

Tanto la participación social como la acción confieren a su titular legítimo la condición de socio atribuyéndosele en consonancia los derechos tanto de contenido político administrativo como económico patrimoniales que la ley y los estatutos otorgan al socio. Se es socio porque se es titular de una acción o de una participación social, incluso todos los copropietarios de una participación o de una acción son socios si bien a efectos de legitimación frente a la sociedad solo uno podrá ejercitar los derechos sociales. Pero no es socio ni un usufructuario ni un acreedor prendario si bien los mismos pueden estar legitimados vía estatutos sociales, vías títulos constitutivos de sus respectivos derechos limitados para el ejercicio de los derechos.

Ahora bien, la no representación física de la acción, sea ésta a través de títulos sea a través de anotaciones en cuenta, no es obstáculo para que ese socio no se repunte como tal ni pueda ejercer sus derechos sociales. Serán otros los mecanismos de prueba y legitimación de su condición de titular legítimo de esa alícuota del capital social, pero sin que la no existencia de la representación y documentación merme su posición en la sociedad. La condición de socio se une a la titularidad dominical legítima bien de la acción bien de la participación social. Y aunque metafóricamente se dice que la acción es un conjunto de derechos, lo cierto es que la misma es la expresión efectiva de la condición de socio y que canaliza con su presentación o acreditación de la condición social el ejercicio efectivo de esos derechos sociales.

Nada impide a la sociedad de cara al ejercicio de algunos derechos sociales exigir determinados umbrales de porcentaje de capital social, como por ejemplo el derecho de asistencia que puede estar condicionado a la posesión de un número mínimo de acciones pero que nunca puede ser superior al uno por mil del capital social (artículo 179.2 LSC), o el lograr determinados porcentajes, por ejemplo un cinco por ciento para el ejercicio de algunos derechos, p. ej., introducción de algún punto en el orden del día –complemento a la convocatoria– toda vez que y ha sido convocada la junta general (artículo 172 LSC), o la misma solicitud de convocatoria por la minoría si lo soliciten uno o varios socios que representen al menos el cinco por ciento del capital social (artículo 168 LSC) no son socios o no

atribuye la calidad de socio quienes posean bonos de disfrute ni tampoco bonos del fundador (artículos 341 y 27.2 LSC).

El socio, tanto en la sociedad anónima como limitada, goza y ostenta de una amplia variedad de derechos frente a la sociedad. Derechos a participar en las ganancias sociales y el patrimonio resultante en caso de liquidación de la sociedad, derecho a adquirir preferentemente acciones o participaciones cuando las mismas se emitan, derecho de información, de asistencia, de voto en las juntas, de impugnación de acuerdos sociales, etc. Derechos éstos mínimos y nucleares y que en unos casos u otros pueden atemperarse a determinadas exigencias o condiciones, como por ejemplo limitar el derecho de asistencia a un número mínimo de acciones o la exclusión del derecho de suscripción preferente (artículo 308 LSC), supuestos de absorción de otra sociedad, de obligaciones convertibles, etc. Adviértase además la existencia tanto de participaciones como de acciones sin voto. Derechos además que no siempre tienen como único legitimatario y protagonistas al socio, dado que algunos, como es el caso del derecho de impugnación de los acuerdos sociales, también gozan de legitimación los administradores así como, en supuestos de nulidad terceros que ostenten un interés legítimo (artículo 116 LSC). O el derecho de asistencia a la junta del comisario del sindicato de obligacionistas en caso de haber emitido la sociedad anónima las mismas (artículo 427.2 LSC).

Derechos y ejercicio de derechos sociales que, en buena medida, vienen modulados en su intensidad en función de la participación o cuota que se ostente en el capital social. El principio de igualdad convive con un más genérico y puntual principio de proporcionalidad que no es sino una forma cualificada y cualitativa de igualdad. Todo socio tiene una igualdad abstracta de derechos que sin embargo, se concretiza en algunos supuestos en función del porcentaje de capital social que se posea, o lo que es lo mismo, en función del valor nominal de las acciones o participaciones que reflejen sobre la cifra estatutaria de capital. Atribuir a cualesquiera socios con independencia del porcentaje de capital que poseyese una igualdad absoluta en su condición y ejercicio de derechos en la sociedad quiebra la proporcionalidad y la igualdad. No todos pueden tener el mismo tanto por ciento del derecho de voto, pero sí una igualdad absoluta para impugnar los acuerdos sociales con independencia de las acciones o participaciones que se titulen. Rige en suma un deber de igualdad de trato que impide un trato discriminatorio a los socios, si bien, esa igualdad se ancla en una premisa básica, que los socios se encuentren en idéntica situación, por lo que si las condiciones difieren, el principio de igualdad de trato claudica. Los socios tienen derecho a no verse o sentirse discriminados por la sociedad,

para lo que gozarán además de una serie de derechos que les permita accionar frente a actos o decisiones de la sociedad.

Pero su igualdad se erige como una igualdad relativa que proscribiera toda discriminación ante supuestos fácticos idénticos. La finalidad es clara, a saber, la tutela de los socios en cuanto tales socios y al margen del tanto por ciento del capital social que atesoren. Lo que no impide que la ley trate con especial interés la tutela de los socios minoritarios de cara a la protección de sus intereses frente a las decisiones de los órganos sociales que con mayor facilidad pueden verse influidos por la voluntad de los intereses de los mayoritarios. Determinar cuáles son y cuáles no las condiciones idénticas de los socios tal y como establece el artículo 97 LSC es una tarea ímproba que parte además de la ambigüedad del propio término y que ha de rehuir de la arbitrariedad y de los comportamientos discriminatorios. En no pocas ocasiones los parámetros que marquen o permitan incluso tratamientos desigualitarios hacia los socios habrán de basarse en la proporcionalidad, la idoneidad y la imprescindibilidad de la decisión o acto.

Y en principio la condición de socio es libremente transmisible, siendo la cualidad de socio algo volátil y fungible, máxime en las sociedades anónimas, sociedad abiertas y donde el *intuitus personae* prácticamente no existe. Lo que no impide para que estatutariamente se puedan prever cláusulas restrictivas a la libre transmisión de la condición de socio. En cambio la sociedad de responsabilidad limitada se configura como un tipo más cerrado *per se*, más polivalente en el sentido de que es una sociedad abierta a priori pero que puede irse cerrando y haciéndose más hermética solo entre los socios iniciales, estableciéndose por ley un régimen supletorio legal a la hora de regular la transmisión de la condición social. Régimen que estatutariamente puede aún ser más restrictivo.

La acción configura la medida y la capacidad de participación del socio en la sociedad. La acción arroja el estatus de socio, pero se es socio aunque la acción físicamente no llegue a ser emitida y entregada nunca en el caso de títulos o inscrita en un registro contable de anotaciones en cuenta.

Hay diferentes **clases de acciones y participaciones**, así, las sociedades pueden emitir o crear acciones o participaciones con diverso contenido de derechos, de modo que otorgan derechos diferentes (artículo 94 LSC). Todas acciones que goza de un igual contenido de derechos pertenecen a una clase. Cuando dentro de una clase se constituyen varias series, todas las que integran una serie obligatoriamente deberán tener igual valor nominal.

Rota pues la uniformidad en la conformación real de la composición societaria de una sociedad, irrumpen y conviven acciones ordinarias o

comunes frente a privilegiadas. El privilegio normalmente es una preferencia, una prebenda frente al resto de ordinarios, una ventaja de contenido netamente patrimonial económica, como es el dividendo, la cuota de liquidación. Igual sucede con las participaciones de una sociedad limitada. Privilegios y particularidades que, normalmente, tienen como epicentro o bien el derecho de voto, o bien la percepción de ganancias sociales.

Así las cosas, si el privilegio consiste en el derecho a obtener un dividendo preferente, las demás participaciones sociales o acciones en su caso, no podrán recibir dividendos con cargo a beneficios, mientras no se hubiere satisfecho el dividendo privilegiado correspondiente al ejercicio. La Ley obliga a la sociedad al establecimiento en los estatutos de las consecuencias de la falta de pago total o parcial del dividendo preferente, si este tiene o no carácter acumulativo en relación a los dividendos no satisfechos, así como los eventuales derechos de los titulares de estas participaciones o acciones privilegiadas en relación a los dividendos que puedan corresponder a las demás.

Por otra parte la ley en aras a reforzar tanto la igualdad como la proporcionalidad, no permite la creación de participaciones sociales ni la emisión de acciones con derecho a percibir un interés, cualquiera que sea la forma de su determinación. Incide claramente en el artículo 96 LSC en la prohibición taxativa de emitir acciones y en su caso participaciones sociales que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal y el derecho de voto o el derecho de preferencia. Prima un tratamiento igualitario a todos los socios, pero una igualdad que se sustenta en una premisa básica, a saber, siempre que exista identidad de condiciones y circunstancias entre los socios.

Tanto la sociedad de responsabilidad limitada como la sociedad anónima podrán crear participaciones y acciones sin derecho de voto pero siempre con un límite, en las primeras, no podrán superar su importe nominal a la mitad del capital, en las segundas, las anónimas, a la mitad del capital social desembolsado. La sociedad podrá crear acciones y participaciones sin voto tanto en el momento fundacional de la sociedad como en cualquier otro a lo largo de la vida de la sociedad, ya sea aumentando capital, ya sea a través de la conversión. No obstante los estatutos sociales podrán condicionar, limitar o prohibir la emisión de las mismas. Late como explicación a su creación una cierta función de reserva de la gestión y control societario para un determinado grupo de socios o mayoritarios, que de este modo influyen, dirigen y deciden en la vida de la sociedad.

El hecho de que estas acciones o participaciones no confieran el derecho de voto a sus titulares no impide que los mismos sean verdaderos

socios. Como el resto de socios aportan y contribuyen para la realización del fin social de la sociedad, disfrutando del resto de derechos sociales que dimanen de su propia condición como socios. Su privilegio radica en que a cambio de verse privados del derecho de voto reciben una ventaja de contenido patrimonial. Adoleciendo del derecho de voto estas participaciones y acciones no se computarán a efectos del *quórum* necesario para la constitución de una junta general. En caso de junta universal a efectos de su válida celebración sí se infiere la necesidad de su asistencia a la misma como requisito *sine qua non* para su válida constitución.

Los socios titulares de participaciones sociales y las acciones sin voto tendrán derecho a percibir el dividendo anual mínimo, fijo o variable, que establezcan los estatutos sociales. Una vez acordado el dividendo mínimo, sus titulares tendrán derecho al mismo dividendo que corresponda a las participaciones sociales o a las acciones ordinarias. La sociedad, siempre que existan beneficios distribuibles, viene obligada a acordar el reparto del dividendo mínimo. De no haberlos, o habiéndolos pero insuficientes, la parte de dividendo mínimo no pagada deberá ser satisfecha dentro de los cinco ejercicios siguientes.

Como salvaguarda de este derecho y en aras de esa proporcionalidad e igualdad, en tanto no se satisfaga el dividendo mínimo, las participaciones y acciones sin voto tendrán este derecho en igualdad de condiciones que las ordinarias y conservando, en todo caso, sus ventajas económicas. El privilegio alcanza a modificaciones estatutarias tales como la reducción de capital por pérdidas, eludiendo que las mismas queden afectadas, cuando menos hasta que la reducción por pérdidas supere el valor nominal de las restantes, las ordinarias.

Si, como consecuencia de la reducción, el valor nominal de las participaciones sociales o de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social de la sociedad de responsabilidad limitada o del desembolsado en la anónima, deberá restablecerse esa proporción en el plazo máximo de dos años. En caso contrario, procederá la disolución de la sociedad. De igual modo y para el caso que se produzca la liquidación de la sociedad, las participaciones sociales sin voto conferirán a su titular el derecho a obtener el reembolso de su valor antes de que se distribuya cantidad alguna a las restantes. En las sociedades anónimas el privilegio alcanzará al reembolso del valor desembolsado de las acciones sin voto.

La LSC también distingue entre *acciones nominativas y al portador*. Eso resulta, en primer término, el resultado de una hipóstasis entre la noción de título y acción, predicando de ésta los caracteres de aquél. La acción

se podría decir, no es ni nominativa ni al portador; eso es propio de los títulos. Pero es que esta hipóstasis ni siquiera se ha realizado de una forma correcta. En efecto, la ley comete otra simplificación al referirse a los títulos atendiendo no a su *forma de circulación* –al portador– a la orden–nominativos–, sino a la *forma de designación del titular* –nominativos–al portador– (recte; nominales-anónimos). De hecho, los supuestos de nominatividad obligatoria indican claramente que lo que interesa no es disponer una forma de transmisión por vía de cesión sino establecer la identificabilidad en cada momento del titular, función que cumple sobradamente un título a la orden. En consecuencia, acciones nominativas serán aquellas incorporadas –o destinadas a incorporarse– en títulos que identifican a su titular nominalmente y que presentan para su titular una eficacia prelegitimadora, sujeta a la posterior inscripción en el libro registro de socios. Acciones al portador serán aquellas acciones incorporadas –o destinadas a incorporarse– en títulos al portador, donde la legitimación se verifica en virtud de su posesión.

Ninguna cuestión presenta la calificación de las acciones incorporadas en títulos al portador. Mayores problemas, sobre todo por el arrastre histórico de la legislación anterior, presentan las acciones incorporadas en títulos que identifican nominalmente a su titular. Se trata en efecto, de determinar si se trata de títulos a la orden o de títulos nominativos. Si ambos significan lo mismo, o por el contrario atienden a postulados distintos. En efecto, un título nominativo es un título directo, puro, un título a la orden permite que el titular lo transmita a través del endoso, inscribiendo sobre el mismo el nuevo titular, endosatario. En puridad un título nominativo o directo no puede alterarse lo inscrito ni escribir un nuevo titular sobre el mismo, al contrario, ha de crearse un nuevo título cada vez que el mismo se transmitiese. Por reduccionismo o simplificación, ambos, nominativo y a la orden, han recibido tanto en la doctrina como en la legislación un mismo significado y por ende, asimilado la función de los títulos a la orden. La lógica y el razonamiento jurídico hacía que las acciones nominativas fueran títulos nominativos puros o directos, por lo que no eran en consecuencia endosables y sólo se podían transmitir por vía de cesión. El dictado de la LSC es claro y tal como hacía la vieja legislación de anónimas indica que las acciones nominativas podrán circular por medio de endoso, sin necesidad de que tal circunstancia aparezca sobre el título.

Por otra parte, hemos de señalar que las **acciones se pueden representar en diferentes modos**. El artículo 92 LSC contempla dos modalidades jurídicas especiales de configuración o representación de la acción. La

primera, de raigambre tradicional, es el título-valor. La segunda, fruto de la tecnología informático contable, es la anotación en cuenta (manifestación en cierto sentido de lo que la doctrina sobre todo foránea ha acuñado como derecho-valor, despojado el título, sigue permaneciendo no obstante el derecho). La puesta en marcha de cualquiera de estos dos instrumentos especiales –y la consiguiente aplicabilidad de sus respectivos derechos especiales– no es, sin embargo, automática. La estructuración en el orden societario de los derechos de participación pasa necesariamente por la consideración del fenómeno de la incorporación. En virtud de la misma, el derecho de participación queda recogido en un valor mobiliario/negociable, sujeto a particulares leyes de tráfico, que provocan una economía de costes de transacción del derecho así como de los riesgos propios de la cesión ordinaria de derechos.

Las acciones representadas por título.

– Valor (las participaciones no podrán ser representadas en este modo) habrán de ser imprimidas y entregadas. Las representadas por medio de anotaciones en cuenta, en cambio, se constituirán como tales en virtud de su inscripción en el correspondiente registro contable quedando desde entonces sometidos a las disposiciones del Capítulo II LMV.

Existen además, tres modalidades de representación de las acciones a los que corresponden otros tantos modelos de transmisión y legitimación, uno de derecho común y dos de derecho especial:

1. El primero de ellos, al que podemos llamar sistema de representación común, opera a través de documentos meramente probatorios de la existencia de la acción. Su régimen de circulación es el de los derechos incorporales y su normativa se contiene en los artículos 1526 ss. CC. Siendo el favorecimiento del tráfico la causa de la incorporación de la acción, allí donde el tráfico no existe, aquella se ha demostrado innecesaria e inútil.

2. El segundo modelo, al que llamaremos sistema de representación tabular o registral, se instrumenta a través de anotaciones en cuenta. El mecanismo especial de circulación al que recurre es la transferencia contable. El régimen jurídico de este sistema se halla en la Ley del Mercado de Valores y, concretamente en el capítulo II de su título primero (artículos 5-12 LMV), que lleva por título «De los valores representados por medio de anotaciones en cuenta», así como en el RD 116/1992 de 14 de febrero.

3. El tercer sistema o sistema de representación cartular, se vertebra sobre la base del título-valor y, en función de que éste sea de una u otra naturaleza, organiza la circulación en torno a la tradición o/y al endoso,

acompañados, como es natural, del correspondiente contrato causal. Este sistema se halla regulado básicamente en la Ley de Sociedades de Capital (artículos 113 ss.), aunque con importantes remisiones a otros cuerpos legales, en especial al Código de Comercio (artículo 545) y a la Ley Cambiaria y del Cheque (artículos 14-22).

La sociedad anónima tiene, indefectiblemente, que optar por un sistema u otro de representación de la acción.

Por último, hemos de tener en cuenta que, a salvo de disposición legal expresa, los socios son libres para determinar estatutariamente la emisión de títulos nominativos o al portador. Cabe la posibilidad de una emisión en parte nominativa y en parte al portador. El artículo 23 d) LSC obliga expresamente a que se determine si los títulos serán nominativos o al portador, pero se debe plantear la posibilidad de su falta de expresión. Supuesto que la sociedad no será nula por esa causa, parece que, en tanto no sea precisa la nominatividad obligatoria, el socio tendrá derecho a la forma de documentación más acorde con el tipo social elegido, que no en vano es el de la sociedad donde las participaciones alcanzan el grado de fungibilidad y agilidad de circulación mayor: el de sociedad anónima.

La ley en su artículo 113 prevé taxativa y necesariamente la representación de la acción a través de títulos nominativos en una serie de supuestos: cuando no se han desembolsado íntegramente el importe de las acciones, cuando existan cláusulas restrictivas a la transmisión, cuando lleven aparejadas prestaciones accesorias o cuando lo exijan disposiciones especiales, pero también serán nominativas cuando a la sociedad le interese conocer la identidad de sus accionistas. No es otra la función que cumplen las acciones nominativas, a saber, garantizar, en conexión con la legitimación a través del libro registro el conocimiento por parte de la sociedad de sus socios, o, por lo menos, de sus socios activos, es decir, de aquellos que están legitimados para el ejercicio de los derechos sociales.

La Ley de Sociedades de Capital segrega la regulación que ofrece respecto a **la transmisión de las participaciones sociales** de una sociedad de responsabilidad limitada y la de las acciones de una anónima. La distinta configuración que respecto a la composición societaria responden una y otra hace que el régimen de transmisión de las participaciones sea más cerrado que el de las acciones.

El régimen de transmisión de participaciones que pergeña la ley distingue entre transmisiones voluntarias y transmisiones no voluntarias, sean éstas forzosas, sean transmisión *mortis causa*. Formalmente se exige

que toda transmisión de participaciones sociales, así como la constitución del derecho real de prenda sobre las mismas, conste obligatoriamente en documento público. Estamos ante un requisito *ad probationem* de la transmisión, sea dominical, sea prendaria. En cambio para cualesquiera otras transmisiones limitadas o constitución de derechos reales diferentes al de prenda, las mismas constarán en escritura pública. Así mismo, el adquirente de las participaciones sociales podrá ejercer los derechos de socio frente a la sociedad desde que ésta tenga conocimiento de la transmisión o constitución del gravamen.

La transmisión de la participación, descansa en una premisa restrictiva y lo hace por vertiente doble: de un lado porque la ley establece un régimen supletorio en el caso de transmisiones voluntarias *inter vivos* que sólo se aplica cuando nada regulan o disponen los estatutos sociales. En los demás casos, la transmisión está sometida a las reglas y limitaciones que establezcan los estatutos y, en su defecto, las establecidas en esta Ley.

Si nada regularan los estatutos las reglas legales de transmisión voluntaria de participaciones sociales por actos *inter vivos* exigen el deber de comunicación por escrito a los administradores del socio que se proponga transmitir su participación o participaciones, haciendo constar el número y características de las participaciones, la identidad del adquirente y el precio y demás condiciones de la transmisión. La sociedad debe consentir la transmisión. Consentimiento que se expresará mediante acuerdo de la Junta General, previa inclusión del asunto en el orden del día, adoptado por la mayoría ordinaria establecida por la ley.

El precio de las participaciones, la forma de pago y las demás condiciones de la operación, serán las convenidas y comunicadas a la sociedad por el socio transmitente. Si la transmisión fuera a título oneroso distinto de la compraventa o a título gratuito, piénsese en una aportación a una sociedad, una donación, etc., el precio de adquisición será el fijado de común acuerdo por las partes y, en su defecto, el valor razonable de las participaciones el día en que se hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir. La ley sí explicita la obligación de otorgar documento público de transmisión en el plazo de un mes a contar desde la comunicación por la sociedad de la identidad del adquirente o adquirentes.

Se vetan así mismo cláusulas que hagan prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos* así como también aquellas cláusulas estatutarias por las que el socio que ofrezca la totalidad o parte de sus participaciones quede obligado a transmitir un número diferente al de las ofrecidas. Queda a salvo la rigidez de esta

prohibición siempre que aún prohibiéndose estatutariamente la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos*, si los estatutos reconocen al socio el derecho a separarse de la sociedad en cualquier momento. La incorporación de estas cláusulas a los estatutos sociales exigirá el consentimiento de todos los socios. Sí en cambio podrán los estatutos impedir la transmisión voluntaria de las participaciones por actos *inter vivos*, o el ejercicio del derecho de separación, durante un período de tiempo no superior a cinco años a contar desde la constitución de la sociedad, o para las participaciones procedentes de una ampliación de capital, desde el otorgamiento de la escritura pública de su ejecución.

Regula a su vez la ley el régimen de transmisión forzosa de participaciones, exigiendo que, en todo procedimiento de apremio y embargo de participaciones sociales, se notifique por el juez o autoridad administrativa que lo hubiere decretado, tal circunstancia, haciendo constar la identidad del embargante así como las participaciones embargadas. La sociedad procederá a la anotación del embargo en el Libro registro de socios, remitiendo de inmediato a todos los socios copia de la notificación recibida. Exige asimismo que celebrada la subasta o cualquier otra forma de enajenación forzosa legalmente prevista, y en todo caso antes de que se produzca la adjudicación, la suspensión de la aprobación del remate y la adjudicación de las participaciones sociales embargadas. El juez o la autoridad administrativa remitirán a la sociedad testimonio literal del acta de subasta o del acuerdo de adjudicación y, en su caso, de la adjudicación solicitada por el acreedor. La sociedad trasladará copia de dicho testimonio a todos los socios en el plazo máximo de cinco días a contar de la recepción del mismo. No obstante lo cual, la adjudicación al acreedor será firme transcurrido un mes a contar de la recepción por la sociedad del testimonio del acta de subasta. Los socios preferentemente podrán y en su defecto y siempre que estatutariamente se hubiere previsto un derecho de adquisición preferente la propia sociedad, subrogarse en lugar del rematante o, en su caso, del acreedor, mediante la aceptación expresa de todas las condiciones de la subasta y la consignación íntegra del importe del remate o, en su caso, de la adjudicación al acreedor y de todos los gastos causados.

Por otra parte, en cuanto a la transmisión de las acciones, hemos de señalar que la incorporación de la acción a un título tiene por objeto incrementar la circulabilidad de la misma. La acción, es un título circulante, ávido de circulación. El régimen de transmisión viene sin duda condicionado por el régimen de representación de la propia acción. Así las cosas si la acción no llega a incorporarse a un título valor o a una anotación en cuenta,

condiciona sin duda la transmisión de la misma, recte, del derecho, que no puede ser otro más que el régimen de cesión del derecho común.

Tratándose de acciones nominativas, la transmisión puede operar o bien por derecho común, acuerdo causal válido y notificación a la sociedad, por la que los administradores, una vez que resulte acreditada la transmisión, la inscribirán de inmediato en el libro-registro de acciones nominativas, o bien por vía de declaración cambiaria de endoso sin más requisitos formales si bien a efectos de legitimación para ejercer los derechos sociales frente a la sociedad se exige la inscripción de la transmisión en el libro registro de acciones nominativas.

Cuando estemos ante acciones al portador basta toda vez que exista un contrato causal válido la entrega posesoria a efectos de legitimación del nuevo titular dominical. Y aun rompiendo con la más genuina dogmática de los títulos valores y sobre todo de los títulos al portador, se exige la intervención de fedatario público en la transmisión de las mismas, o en su caso la mediación de una sociedad o agencia de valores o entidad de crédito.

En caso de acciones anotadas la transmisión procede por dos vías, o bien por vía tabular en la que es necesaria la inscripción en el registro contable pertinente, o bien por vía de derecho común, sean *inter vivos* o *mortis causa*, en lo que sería una cesión extraregstral de la misma, y que requeriría ulteriormente la inscripción contable. Así las cosas, la transferencia contable o inscripción en el registro contable es la forma de exteriorizar el cambio de su titularidad, mediante apuntes de cargo y abono. En este sentido, la inscripción cumple una función de publicidad análoga a la transmisión de la posesión en los títulos valor. La transferencia contable es el modo de la transmisión; la manera que tiene el Derecho de reestructurar el principio de la tradición, de tal forma que la publicidad posesoria se sustituye por la publicidad registral: artículo 9. I inciso segundo LMV y artículo 12.1 RD 116/1992: «La inscripción de la transmisión a favor del adquirente producirá los mismos efectos que la tradición de los títulos».

También pueden constituirse derechos reales limitados así como crearse una cotitularidad o copropiedad sobre las mismas. A efectos de legitimación para el ejercicio de los derechos sociales y ante la pluralidad de partes, acreedor prendario y socio deudor, usufructuario y nudo propietario así como cotitulares o copropietarios de las acciones o participaciones rige un principio de unidad subjetiva de cara al ejercicio de los derechos sociales. Así, en caso de copropiedad sobre una o varias participaciones o acciones, los copropietarios habrán de designar una sola persona para el

ejercicio de los derechos de socio, y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones se deriven de esta condición.

La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones. En caso de usufructo de participaciones o de acciones la cualidad de socio reside en el nudo propietario, pero el usufructuario tendrá derecho en todo caso a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo. Salvo disposición contraria de los estatutos, el ejercicio de los demás derechos del socio corresponde al nudo propietario. El usufructuario no obstante, queda obligado a facilitar al nudo propietario el ejercicio de estos derechos. La ley regula minuciosamente las reglas de liquidación del usufructo así como los derechos de preferencia en caso de aumentos de capital.

En otro orden de cosas, vamos a abordar, como parte del estudio de la transmisión de acciones y participaciones, la institución de la **autocartera**. Tradicionalmente y tanto desde un punto de vista económico patrimonial como también societario o corporativo ha suscitado rechazo y falta de confianza por parte de los distintos ordenamientos la posibilidad de que una sociedad adquiriese sus propias acciones o participaciones sociales, sea originariamente al suscribirlas, sean derivativamente en un momento ulterior. Así, a los problemas eminentemente de integridad de capital social, encubrimiento fraudulento o no de aportaciones a la sociedad, surgirían también problemas a la hora de conformar la voluntad de los propios órganos de la sociedad. Saber a qué parámetros respondería la conducta o ámbito decisional de los administradores no deja de ser una incógnita toda vez que la propia sociedad tuviese acciones propias en autocartera.

La Ley es taxativa, prohibiendo categórica y enérgicamente que las sociedades de capital puedan asumir o autosuscribir sus propias participaciones o acciones ni las creadas o emitidas por su sociedad dominante. La *ratio* es clara, preservar la función de la integridad del capital social como cifra de retención patrimonial a favor de los acreedores. Ahora bien, En el ámbito de la adquisición originaria por la sociedad de responsabilidad limitada la consecuencia es clara, nulidad de pleno derecho de esa adquisición suscripción de participaciones propias o en su caso de las creadas por la dominante o acciones si el tipo sociales de ésta fuere el de anónimas. No cabe autosuscripción en el ínterin o momento fundacional. Tampoco en caso de aumento de la cifra de capital social, si bien en estos supuestos habría que tener en cuenta casos de asignación gratuita de acciones o participaciones que se corresponde con ajustes puramente nominales y contables.

En cambio sí prevé la ley un efecto más permisivo si es una sociedad anónima la que autosuscribe las acciones permitiendo incluso que consolide esta situación si bien los efectos son severos. A pesar de la infracción legal de la adquisición originaria la misma es válida si bien se condiciona imperativamente a una enajenación obligatoria. Así las cosas, el negocio de autosuscripción es válido y la sociedad asume la titularidad de los valores recayendo la obligación de desembolsar solidariamente sobre los socios fundadores o los promotores y, en caso de aumento de capital social, sobre los administradores. En caso de tratarse de la asunción de participaciones sociales o de suscripción de acciones de la sociedad dominante, la obligación de desembolsar recaerá solidariamente sobre los administradores de la sociedad adquirente y los de la sociedad dominante.

La sociedad está obligada a enajenar las acciones y participaciones sociales en el plazo máximo de un año a contar desde la fecha de la primera adquisición. Se obliga a la salida de esas acciones de la autocartera y se establece en consecuencia un régimen sancionador primero hacia los administradores en caso de no llevarlo a cabo (artículo 236 LSC) y segundo un régimen de sanciones administrativas (artículo 157 LSC). La Ley sí prohíbe a la sociedad la tenencia indefinida de esas acciones o participaciones para lo que fija un plazo taxativo para lograr ese fin, primero compeliendo a la enajenación voluntaria de las mismas en ese ínterin de un año, segundo, y frustrada esa transmisión, exigiendo a los administradores convocar junta general para que acuerde la amortización de las acciones propias con la consiguiente reducción del capital social. O bien se transmiten voluntariamente esos valores o la sociedad debe amortizar los mismos. Los efectos y el resultado son claros, obligada la sociedad a desprenderse de esa autocartera originaria, la ley recalca las consecuencias de la inacción. Amortización y reducción de capital social.

Derivativamente la sociedad de responsabilidad limitada podrá adquirir sus propias participaciones, o participaciones o acciones de su sociedad dominante, únicamente cuando formen parte de un patrimonio adquirido a título universal, o sean adquiridas a título gratuito, o como consecuencia de una adjudicación judicial para satisfacer un crédito de la sociedad contra el titular de las mismas. También en los casos en los que las participaciones propias se adquieran en ejecución de un acuerdo de reducción del capital adoptado por la junta general, así como cuando las participaciones propias se adquieran en los supuestos de transmisiones forzosas. Finalmente se permite también la adquisición si la misma ha sido autorizada por la junta general, efectuándose con cargo a beneficios

o reservas de libre disposición y tenga por objeto participaciones de un socio separado o excluido de la sociedad, participaciones que se adquieran como consecuencia de la aplicación de una cláusula restrictiva de la transmisión de las mismas, o participaciones transmitidas *mortis causa*. Fuera de estos supuestos toda adquisición derivativa se reputará como nula de pleno derecho.

No obstante la permisividad de la adquisición derivativa lleva consigo un plazo de duración tasado. Las participaciones deberán ser amortizadas o enajenadas, respetando en este caso el régimen legal y estatutario de transmisión, en el plazo de tres años. Cuando la adquisición no comporte devolución de aportaciones a los socios, la sociedad deberá dotar una reserva por el importe del valor nominal de las participaciones amortizadas, la cual será indisponible hasta que transcurran cinco años a contar desde la publicación de la reducción en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil*, salvo que antes del vencimiento de dicho plazo hubieran sido satisfechas todas las deudas sociales contraídas con anterioridad a la fecha en que la reducción fuera oponible a terceros. Prevé así mismo la norma las consecuencias del incumplimiento de esta obligación legal de enajenación, a saber, la amortización inmediata de las mismas por parte de la sociedad y la reducción del capital. Si la sociedad omite estas medidas, cualquier interesado podrá solicitar su adopción por la autoridad judicial. Los administradores de la sociedad adquirente están obligados a solicitar la adopción judicial de estas medidas, cuando, por las circunstancias que fueran, no pueda lograrse el correspondiente acuerdo de amortización y de reducción del capital.

A efectos de no distorsionar la voluntad societaria ni interferir en las decisiones del resto de socios, en tanto permanezcan en poder de la sociedad adquirente, quedarán en suspenso todos los derechos correspondientes a las participaciones propias y a las participaciones o acciones de la sociedad dominante.

Tampoco podrá una sociedad de responsabilidad limitada aceptar en prenda o en otra forma de garantía sus propias participaciones ni las participaciones creadas ni las acciones emitidas por sociedad del grupo a que pertenezca. Del mismo modo, tampoco podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones o de las participaciones creadas o las acciones emitidas por sociedad del grupo a que la sociedad pertenezca.

En caso de una sociedad anónima, ésta podrá adquirir sus propias acciones, o las participaciones o acciones de su sociedad dominante primero,

cuando las acciones propias se adquieran en ejecución de un acuerdo de reducción del capital adoptado por la junta general de la sociedad; segundo, cuando las participaciones o acciones formen parte de un patrimonio adquirido a título universal; tercero, cuando las participaciones o las acciones que estén íntegramente liberadas sean adquiridas a título gratuito y cuarto, cuando las participaciones o las acciones íntegramente liberadas se adquieran como consecuencia de una adjudicación judicial para satisfacer un crédito de la sociedad frente a su titular. Al igual que sucede con la sociedad limitada, la sociedad anónima viene obligada a enajenar en un plazo máximo de tres años a contar desde la fecha de adquisición, salvo que previamente hubieran sido amortizadas mediante reducción del capital social o que, sumadas a las que ya posean la sociedad adquirente y sus filiales y, en su caso, la sociedad dominante y sus filiales, no excedan del veinte por ciento del capital social.

Cabe no obstante, una adquisición derivativa sometida a ciertas condiciones. En efecto, la sociedad anónima también podrá adquirir sus propias acciones y las participaciones creadas o las acciones emitidas por su sociedad dominante, en aquellos supuestos en los que la junta general hubiere autorizado mediante acuerdo condicionando las modalidades de la propia adquisición, el número de valores, el precio o contravalor tanto en su umbral mínimo como máximo si la misma es onerosa así como una condición temporal para la autorización que en todo caso no excederá de cinco años. En caso de tratarse de una adquisición de participaciones o acciones de la sociedad dominante, la autorización deberá proceder también de la junta general de esta sociedad. Si por el contrario, el objeto de la adquisición tiene por finalidad su entrega a los trabajadores o administradores de la sociedad, o como consecuencia del ejercicio de derechos de opción de que aquéllos sean titulares, el acuerdo de la junta deberá expresar que la autorización se concede con esta finalidad. Igualmente el artículo 146 LSC permite la adquisición siempre y cuando la misma comprenda las acciones que la sociedad o persona que actuase en nombre propio pero por cuenta de aquélla hubiese adquirido con anterioridad y tuviese en cartera, no produzca el efecto de que el patrimonio neto resulte inferior al importe del capital social más las reservas legal o estatutariamente indisponibles.

Al lado de estas condiciones sí exige un umbral máximo de acciones adquiridas, sea directa o indirectamente, que sumadas a las que en ya pudiese poseer la sociedad adquirente o sus filiales no supere en ningún caso el veinte por ciento del capital, recayendo el deber de fiscalización de estas condiciones en los administradores de la sociedad.

6. EMISIÓN DE OBLIGACIONES. CONCEPTO DE EMPRÉSTITO Y REQUISITOS DE EMISIÓN. TIPOS

Las sociedades de capital podrán emitir y garantizar series numeradas de obligaciones. Las obligaciones son las partes iguales en las que se divide un empréstito.

El empréstito es el préstamo que hacen terceros a la sociedad, beneficiaria del mismo, a cambio, generalmente, de que, transcurrido un plazo, la sociedad devuelva a ese tercero, denominado obligacionista, la cantidad recibida más un interés pactado.

El importe total de las emisiones de la sociedad limitada no podrá ser superior al doble de sus recursos propios, salvo que la emisión esté garantizada con hipoteca, con prenda de valores, con garantía pública o con un aval solidario de entidad de crédito.

En los supuestos que prevea la legislación especial aplicable a las emisiones de obligaciones u otros valores que reconozcan o creen deuda, será necesaria la constitución de una asociación de defensa o sindicato de obligacionistas y la designación, por la sociedad, de una persona que, con el nombre de comisario, concorra al otorgamiento del contrato de emisión en nombre de los futuros obligacionistas, de acuerdo con lo establecido en los artículos 419 a 429.

La total emisión podrá garantizarse a favor de los titulares presentes y futuros de los valores, especialmente:

- a) Con hipoteca mobiliaria o inmobiliaria.
- b) Con prenda de valores, que deberán ser depositados en entidad de crédito.
- c) Con prenda sin desplazamiento.
- d) Con garantía del Estado, de comunidad autónoma, provincia o municipio.
- e) Con aval solidario de entidad de crédito.
- f) Con el aval solidario de una sociedad de garantía recíproca inscrita en el registro especial del Ministerio de Economía y Hacienda.

Además de las garantías mencionadas, los obligacionistas podrán hacer efectivos los créditos sobre los demás bienes, derechos y acciones de la entidad deudora.

Salvo disposición contraria de los Estatutos y sin perjuicio de lo previsto en el apartado siguiente, el órgano de administración será competente

para acordar la emisión y la admisión a negociación de obligaciones, así como para acordar el otorgamiento de garantías de la emisión de obligaciones.

La junta general de accionistas, por su parte, será competente para acordar la emisión de obligaciones convertibles en acciones o de obligaciones que atribuyan a los obligacionistas una participación en las ganancias sociales.

En cuanto a la forma de emisión de las obligaciones, hemos de señalar que éstas, obligaciones se harán constar en escritura pública que será otorgada por representante de la sociedad y por una persona que, con el nombre de comisario, represente a los futuros obligacionistas.

La escritura pública de emisión deberá contener las siguientes menciones:

a) La identidad, el objeto social y el capital de la sociedad emisora, con expresión de si está íntegramente desembolsado. Si tuviera obligaciones en circulación, se harán constar aquellas emisiones de obligaciones que estén total o parcialmente pendientes de amortización, de conversión o de canje, con expresión del importe.

b) La expresión del órgano que hubiera acordado la emisión y la fecha en que se hubiera adoptado el acuerdo.

c) El importe total de la emisión y el número de obligaciones que la integran, con expresión de si se representan por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta.

d) El valor nominal de las obligaciones que se emiten, así como los intereses que devenguen o la fórmula para determinar el tipo, las primas, lotes y demás ventajas si los tuviere.

e) El reglamento de organización y funcionamiento del sindicato de obligacionistas y de sus relaciones con la sociedad emisora.

f) El régimen de amortización de las obligaciones, con expresión de las condiciones y de los plazos en que tenga lugar.

g) Si se emitieran obligaciones especialmente garantizadas, la escritura expresará, además, las garantías de la emisión.

La suscripción de las obligaciones implica para cada obligacionista la ratificación plena del contrato de emisión y, en su caso, su adhesión al sindicato.

Salvo que la emisión estuviera garantizada con hipoteca, con prenda de valores, con garantía pública o con aval solidario de entidad de crédito,

se precisará el consentimiento del sindicato de obligacionistas para reducir la cifra del capital social o el importe de las reservas, de modo que se disminuya la proporción inicial entre la suma de éstos y la cuantía de las obligaciones pendientes de amortizar, ello salvo que simultáneamente se aumente el capital de la sociedad con cargo a las cuentas de regularización y actualización de balances o a las reservas.

En cuanto a la forma de representación de las obligaciones, hemos de señalar que éstas podrán representarse por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta. Las obligaciones representadas por medio de títulos podrán ser nominativas o al portador, tendrán fuerza ejecutiva y serán transferibles con sujeción a las disposiciones del Código de Comercio y a las leyes aplicables. Las obligaciones representadas por medio de anotaciones en cuenta, en cambio, se registrarán por la normativa reguladora del mercado de valores.

Los títulos de una emisión deberán ser iguales y contener:

- a) Su designación específica.
- b) Las características de la sociedad emisora y, en especial, el lugar en que ésta ha de pagar.
- c) La fecha de la escritura de emisión y la designación del notario y protocolo respectivo.
- d) El importe de la emisión, en euros.
- e) El número, valor nominal, intereses, vencimientos, primas y lotes del título, si los tuviere.
- f) Las garantías de la emisión.
- g) La firma por lo menos, de un administrador.

Hay otra clase de obligaciones de gran importancia, son las llamadas obligaciones convertibles. Son obligaciones convertibles aquéllas en las que, al transcurrir el plazo pactado, el obligacionista, en lugar de recibir la cuantía de dinero entregada a la sociedad más un interés, recibe el equivalente a esa cuantía en forma de entrega de acciones. Así el obligacionista pasa a convertirse en accionista. La sociedad podrá emitir obligaciones convertibles en acciones, siempre que la junta general determine las bases y las modalidades de la conversión y acuerde aumentar el capital en la cuantía necesaria.

Los administradores deberán redactar con anterioridad a la convocatoria de la junta un informe que explique las bases y modalidades de la conversión, que deberá ser acompañado por otro de un auditor de

cuentas, distinto al auditor de la sociedad, designado a tal efecto por el Registro Mercantil.

Esta emisión de obligaciones convertibles ha de cumplir con los siguientes requisitos:

1. Las obligaciones convertibles no pueden emitirse por una cifra inferior a su valor nominal.
2. Las obligaciones convertibles no pueden ser convertidas en acciones cuando el valor nominal de aquéllas sea inferior al de éstas.
3. Los accionistas de la sociedad tendrán derecho de suscripción preferente de las obligaciones convertibles.
4. Con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos sociales, la junta general, al decidir la emisión de obligaciones convertibles, podrá acordar la supresión total o parcial del derecho de preferencia de los socios en los casos en que el interés de la sociedad así lo exija. Para que sea válido el acuerdo de exclusión del derecho de preferencia será necesario:
 - a) Que en el informe de los administradores se justifique detalladamente la propuesta.
 - b) Que en el informe del auditor de cuentas se contenga un juicio técnico sobre la razonabilidad de los datos contenidos en el informe de los administradores y sobre la idoneidad de la relación de conversión, y, en su caso, de sus fórmulas de ajuste, para compensar una eventual dilución de la participación económica de los accionistas.
 - c) Que en la convocatoria de la junta se hayan hecho constar la propuesta de supresión del derecho de preferencia.

Salvo que la junta general hubiere establecido otro procedimiento al acordar la emisión, los obligacionistas podrán solicitar en cualquier momento la conversión. En este caso, dentro del primer mes de cada semestre los administradores emitirán las acciones que correspondan a los obligacionistas que hayan solicitado la conversión durante el semestre anterior e inscribirán durante el siguiente mes en el Registro Mercantil el aumento de capital correspondiente a las acciones emitidas. En cualquier caso, la junta general deberá señalar el plazo máximo para que pueda llevarse a efecto la conversión.

La junta general no podrá acordar la reducción de capital mediante restitución de sus aportaciones a los accionistas o condonación de los dividendos pasivos, en tanto existan obligaciones convertibles, a no ser que,

con carácter previo y suficientes garantías, se ofrezca a los obligacionistas la posibilidad de realizar la conversión.

El sindicato de obligacionistas quedará constituido, una vez que se inscriba la escritura de emisión, entre los adquirentes de las obligaciones a medida que vayan recibiendo los títulos o practicándose las anotaciones. Los gastos normales que ocasione el sostenimiento del sindicato correrán a cargo de la sociedad emisora, sin que en ningún caso puedan exceder del dos por ciento de los intereses anuales devengados por las obligaciones emitidas.

Acordada la emisión de las obligaciones, la sociedad emisora procederá al nombramiento de comisario, que deberá ser persona física o jurídica con reconocida experiencia en materias jurídicas o económicas. La sociedad emisora fijará la retribución del comisario. El comisario será la persona encartada de tutelar los intereses comunes de los obligacionistas y, además de las facultades que le hayan sido conferidas en la escritura de emisión, tendrá las que le atribuya la asamblea general de obligacionistas. Así, el comisario, en todo caso:

1. Establecerá el reglamento interno del sindicato, ajustándose en lo previsto al régimen establecido en la escritura de emisión.
2. Será el representante legal del sindicato de obligacionistas, así como el órgano de relación entre la sociedad y los obligacionistas. Como tal, podrá asistir, con voz y sin voto, a las deliberaciones de la junta general de la sociedad emisora, informar a ésta de los acuerdos del sindicato y requerir de la misma los informes que, a su juicio, o al de la asamblea de obligacionistas, interesen a éstos.
3. Presenciará los sorteos que hubieren de celebrarse, tanto para la adjudicación como para la amortización de las obligaciones, y vigilará el reembolso del nominal y el pago de los intereses.
4. Podrá ejercitar en nombre del sindicato las acciones que correspondan contra la sociedad emisora, contra los administradores o liquidadores y contra quienes hubieran garantizado la emisión.
5. Responderá frente a los obligacionistas y, en su caso, frente a la sociedad de los daños que cause por los actos realizados en el desempeño de su cargo sin la diligencia profesional con que debe ejercerlo.

La asamblea general de obligacionistas podrá ser convocada por los administradores de la sociedad o por el comisario. Éste, además, deberá convocarla siempre que lo soliciten obligacionistas que representen, por lo menos, la vigésima parte de las obligaciones emitidas y no amortizadas. El

comisario podrá requerir la asistencia de los administradores de la sociedad, y éstos asistir aunque no hubieren sido convocados.

La convocatoria de la asamblea general de obligacionistas se hará en la forma prevista en el reglamento del sindicato, que debe asegurar su conocimiento por los obligacionistas. La asamblea de obligacionistas, debidamente convocada, se presume facultada para:

1. Acordar lo necesario a la mejor defensa de los legítimos intereses de los obligacionistas frente a la sociedad emisora, modificar, de acuerdo con la misma, las garantías establecidas, destituir o nombrar al comisario, ejercer, cuando proceda, las acciones judiciales correspondientes y aprobar los gastos ocasionados por la defensa de los intereses comunes.
2. Los obligacionistas podrán asistir personalmente o hacerse representar por medio de otro obligacionista. En ningún caso podrán hacerse representar por los administradores de la sociedad, aunque sean obligacionistas.
3. El comisario deberá asistir a la asamblea general de obligacionistas, aunque no la hubiera convocado.
4. Cada obligación conferirá al obligacionista un derecho de voto proporcional al valor nominal no amortizado de las obligaciones de que sea titular.
5. Los acuerdos se adoptarán por mayoría absoluta de los votos emitidos. Por excepción, las modificaciones del plazo o de las condiciones del reembolso del valor nominal, de la conversión o del canje requerirán el voto favorable de las dos terceras partes de las obligaciones en circulación.
6. Los acuerdos adoptados por la asamblea general de obligacionistas vincularán a todos los obligacionistas, incluso a los no asistentes y a los disidentes.
7. Las acciones judiciales o extrajudiciales que correspondan a los obligacionistas podrán ser ejercitadas individual o separadamente cuando no contradigan los acuerdos del sindicato, dentro de su competencia y sean compatibles con las facultades que al mismo se hubiesen conferido.

Los acuerdos de la asamblea general de obligacionistas podrán ser impugnados por los obligacionistas conforme a lo dispuesto en esta Ley, para la impugnación de los acuerdos sociales.

Cuando la sociedad haya retrasado en más de seis meses el pago de los intereses vencidos o la amortización del principal, el comisario podrá proponer al consejo la suspensión de cualquiera de los administradores y convocar la junta general de accionistas, si aquéllos no lo hicieren cuando estimen que deben ser sustituidos. Si, además, la emisión se hubiera garantizado con hipoteca o con prenda y la sociedad hubiera demorado el pago de intereses por más de seis meses, el comisario, previo acuerdo de la asamblea general de obligacionistas, podrá ejecutar los bienes que constituyen la garantía para hacer pago del principal con los intereses vencidos.

La sociedad podrá rescatar las obligaciones emitidas:

- a) Por amortización o por pago anticipado, de acuerdo con las condiciones de la escritura de emisión.
- b) Como consecuencia de los convenios celebrados entre la sociedad y el sindicato de obligacionistas.
- c) Por adquisición en bolsa, al efecto de amortizarlas.
- d) Por conversión en acciones, de acuerdo con los titulares.

Los intereses de las obligaciones amortizadas que el obligacionista cobre de buena fe no podrán ser objeto de repetición por la sociedad emisora.

La sociedad deberá satisfacer el importe de las obligaciones en el plazo convenido, con las primas, lotes y ventajas que en la escritura de emisión se hubiesen fijado.

CASO PRÁCTICO

La sociedad ALFA SA, aumenta capital social. Suprimido el derecho de preferencia de los socios, concurre únicamente al aumento la sociedad BETA, SA, domiciliada en Dublín. Suscribe la totalidad del capital aumentado. Cincuenta millones de euros en cuatro millones de títulos al portador. La fecha definitiva de la ampliación se realiza el 13 de abril de 2008. Al margen de la operación se pacta entre la emitente y la concurrente a la emisión un pacto de desinversión en la sociedad al cabo de cuatro años. Dicho pacto articulado en una especie de opción de venta podrá ser ejercitado por BETA. El precio de la opción se fija exactamente igual que el coste del aumento de capital. Con ese capital social, ALFA compra en su integridad acciones de una importante entidad financiera que cotiza en el mercado secundario. Para garantizar el hipotético ejercicio de la opción, BETA exige de ALFA la constitución de una garantía a primer requerimiento por la misma cantidad ante una entidad de crédito. En las

estipulaciones de la garantía se pacta que si BETA realiza la opción estará obligada a depositar los títulos accionarios en la notaría OMEGA de la calle Goya Pacheco núm. 1357 de Madrid antes del 25 de abril de 2012. BETA no puede entregar físicamente los títulos porque nunca se llegaron a emitir. En contragarantía del aval a primer requerimiento ALFA pignora la totalidad de las acciones de la financiera adquiridos como resultados del aumento e incluso a lo largo de estos años y ante la fluctuación bursátil se ve obligada a sustituir y ampliar unos valores por otros.

El 26 de abril de 2012, la entidad garante a primer requerimiento se niega a pagar.

SE PIDE:

1. ¿Qué puede hacer BETA, SA?
2. ¿Realmente BETA ha sido socio de ALFA durante estos años o la causa del negocio de adquisición de esas acciones ha sido otro?
3. ¿Hasta dónde llega el derecho de emisión del título y su recepción?
4. ¿Qué opina de ese aval o garantía a primer requerimiento?
5. ¿Cómo se ha constituido esa prenda de acciones?
6. ¿Quién ejerce los derechos sociales de las acciones pignoradas?

BIBLIOGRAFÍA

- DÍAZ MORENO/PRÍES PICARDO, «Negocios sobre acciones representadas mediante anotaciones en cuenta», *Negocios sobre derechos no incorporados a títulos-valores y sobre relaciones jurídicas especiales* (JIMÉNEZ SÁNCHEZ [Coord.]), Madrid, 1992, pp. 309-349.
- DÍAZ MORENO, «La prenda de anotaciones en cuenta», *RCDI*, 1991, pp. 355-441.
- ESPINA, *Las anotaciones en cuenta. Un nuevo medio de representación de los derechos*, Madrid, 1995.
- FARRANDO DE MIGUEL, «El concepto de valor negociable y la aplicación en España de la cultura de la transparencia», en *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1996, T. I, pp. 1197-1236.
- IBÁÑEZ JIMÉNEZ, *La contratación en el mercado de valores, Tratado de Derecho Mercantil*, (JIMÉNEZ SÁNCHEZ (Coord.)), 34, Madrid, 2001.
- MADRID PARRA, «La circulación de valores al portador y de los anotados en cuenta», *RDBB*, 37, 1990, pp. 23-103.

- «Representación y transmisión de acciones. Cláusulas limitativas», *RDM*, 203, 1992, pp. 147-242.

MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA y GARCÍA DE DUEÑAS, *Valores mobiliarios anotados en cuenta*, Madrid, 1997.

PANTALEÓN PRIETO, «Las acciones. Copropiedad usufructo, prenda y embargo», en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, (R. URÍA/A. MENENDEZ/M. OLIVENCIA [Dirs.]), T. IV, vol. 3, Madrid, 1992.

PAZ-ARES, «La desincorporación de los títulos-valor», *RDM*, 1996, pp. 9 y ss.

PERDICES HUETOS, «La transmisión de participaciones en la sociedad de responsabilidad limitada. Régimen general (artículos 26-28 LSRL)», en *Tratando de la Sociedad Limitada*, (PAZ-ARES [Coord.]), Madrid, 1997, pp. 423 y ss.

- *Idem*, *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Madrid, 1997.
- *Idem*, *El libro registro de socios. La legitimación del socio en las sociedades de capital*, Madrid, 2000.

PERDICES HUETOS/VEIGA COPO, «Acciones. Representación y capital», *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Tomo IV, vol. 2 A, Editorial Civitas, Madrid-Cizur Menor, 2010.

VEIGA COPO, *La prenda de acciones*, Madrid, 2002.

CASO PRÁCTICO

Dos amigos y tú habéis tenido una buena idea sobre una oportunidad de negocio que entendéis que hoy en día podría tener una buena acogida en la sociedad, y estáis animados a iniciar una actividad empresarial para desarrollarla.

Los conocimientos que estáis adquiriendo a través de la asignatura de Derecho Mercantil que en la actualidad estáis cursando, os han ayudado a tomar la decisión de que lo mejor para vosotros es constituir una sociedad anónima.

Para ello, debéis emprender una serie de pasos, y adoptar un conjunto de decisiones que habréis de documentar debidamente.

El objetivo de este caso es que desarrolléis toda la documentación que estimáis sería necesaria para constituir la sociedad que estáis ilusionados en crear para poder desarrollar en el tráfico jurídico la actividad mercantil que habéis ideado.

BIBLIOGRAFÍA

- AA VV, *Estudios jurídicos sobre la sociedad anónima*, Civitas, Madrid, 1995.
- DÍAZ ECHEGARAY, J. L., *Fundación de la sociedad anónima*, SEI, Madrid, 1990.
- ENCISO ALONSO-MONTAÑER, M., «La responsabilidad de los fundadores como gestores del proceso fundacional», *Revista Derecho de Sociedades* (núm. 25, 2005). Aranzadi, Pamplona, 2005.
- GARRIGUES, J., «Fundación de la sociedad anónima», *Revista de Derecho Mercantil* (núm. 1, vol. I, enero-febrero), 1946.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., «Fundación de la sociedad anónima: Nulidad de la Sociedad», *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Civitas, Madrid, 1995.
- LARGO GIL, R., «Las fusiones simplificadas y aportaciones de valores mobiliarios cotizados», *Revista de Derecho de Sociedades* (núm. 5, 2006-1), Aranzadi, Pamplona, 2006.
- RUIZ DE VELASCO, A., *Manual de Derecho Mercantil*, Publicaciones Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2005.

TEMA 9 ÓRGANOS DE LA SOCIEDAD CAPITALISTA

Juana María Pardo Pardo

SUMARIO: 1. EXPRESIÓN ORGÁNICA DE LA VOLUNTAD DE LA PERSONA JURÍDICA. 1.1. *Junta General y órgano de Administración*. 1.2. *Competencias y conflictos inter-orgánicos*. 2. LA JUNTA GENERAL. TIPOS DE JUNTA. 3. CONVOCA-TORIA, CONSTITUCIÓN Y REPRESENTACIÓN EN JUNTA. DERECHO DE INFORMACIÓN. DELIBERACIÓN Y ADOPCIÓN DE ACUERDOS. IMPUG-NACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES. 4. EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN. SISTEMAS DE GOBIERNO CORPORATIVO: MONISTA Y DUALIS-TA. 5. NOMBRAMIENTO. CAPACIDAD Y PROHIBICIONES. DURACIÓN. RETRIBUCIÓN. DEBERES. RESPONSABILIDAD. 6. DEBERES Y RESPON-SABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. 6.1. *Deberes de los administra-dores*. 6.1.1. *Deberes fiduciarios*. 6.1.2. *Deberes legales*. 6.2. *Responsabilidad de los administradores*. 6.2.1. *Presupuestos de la responsabilidad*. 6.2.2. *Responsabilidad solidaria y causas de exoneración de la responsabilidad*. 6.3. *Acciones societarias de responsabilidad de administradores. Especial referencia a la situación de concurso de la sociedad*. 7. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN: COMPOSICIÓN. DESIGNACIÓN. SISTEMAS DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL Y DE COOPTACIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS. ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS. DELEGACIÓN DE FACULTADES Y FACULTADES INDELEGABLES. 8. GOBIERNO CORPORATIVO: EL «BUEN GOBIERNO» DE LAS SOCIEDADES. CASO PRÁCTICO. BIBLIOGRAFÍA.

1. EXPRESIÓN ORGÁNICA DE LA VOLUNTAD DE LA PERSONA JURÍDICA

1.1. JUNTA GENERAL Y ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

Las sociedades de capital, como entidades jurídicas dotadas de personalidad, responden a un modelo de organización corporativa que tiene como pilares fundamentales dos órganos: por una parte, la *Junta General*, como órgano soberano de formación, expresión y control de la voluntad social, y, por otra parte, el *Órgano de Administración*, como órgano encargado de gestionar y representar a la sociedad, encontrándose éste último supeditado a las decisiones de la Junta General.

La Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en vigor desde el pasado 24 de diciembre de 2014, ha modificado la Ley de Sociedades de Capital («LSC») para la mejora del gobierno corporativo («Ley de reforma de la LSC»). Los cambios introducidos por la Ley de reforma de la LSC van referidos a los dos órganos que configuran la estructura corporativa de las sociedades de capital que analizaremos a continuación: la Junta General y el órgano de Administración.

Algunas de las modificaciones introducidas por la Ley 31/2014 en la LSC afectan a la junta general de accionistas y a los derechos de los accionistas, con el recurrente propósito –según se afirma en el preámbulo de la Ley de Reforma de la LSC– de «*reforzar su papel y abrir cauces para fomentar la participación accionarial*».

Otras de las modificaciones introducidas por dicha Ley afectan al Órgano de Administración y, más específicamente para el caso de las sociedades cotizadas, en el consejo de administración, por la necesidad de «*regular ciertos aspectos a los cuales se viene otorgando cada vez mayor relevancia, como son, por ejemplo, la transparencia de los órganos de gobierno, el tratamiento equitativo de todos los accionistas, la gestión de los riesgos o la independencia, participación y profesionalización de los consejeros*», según prevé el Preámbulo de la Ley de Reforma de la LSC.

Con carácter previo a analizar la Junta General y el Órgano de Administración de las sociedades de capital, debemos advertir que cuando nos refiramos a las sociedades anónimas, estaremos analizando el régimen de las *sociedades anónimas no cotizadas*. Las *sociedades anónimas cotizadas* están sujetas a una serie de especialidades reguladas en el Título XIV de la LSC (artículos 494 a 539) y estarán obligadas a disponer de una página web corporativa (artículo 11 bis Real Decreto-Ley 9/2012), si bien, en lo que no esté previsto en dicho Título se regirán por las disposiciones aplicables a las sociedades anónimas en general y por las demás normas que les sean de aplicación.

Las sociedades de capital necesitan valerse de órganos para el despliegue de su actividad interna y externa. A la *Junta General* corresponde la toma de decisión en los asuntos más importantes para la sociedad, no sólo la designación del Órgano de Administración, sino también su control, ya que ante ella los administradores han de rendir cuentas. La LSC dedica su Título V a la Junta General.

La Junta General es un órgano *necesario*, de funcionamiento *discontinuo* (es decir, no permanente, ya que, en general, sólo se reúne si es

previamente convocada), e *irresponsable* de la gestión de la sociedad (ya que la gestión de la sociedad corresponde con carácter exclusivo al Órgano de Administración, como veremos). En Junta General los accionistas o socios acuerdan la política social. Sus decisiones obligan tanto a los administradores como a los accionistas, aunque votaran en contra o estuvieron ausentes. Por tanto, se puede hablar de la existencia de una voluntad social diferente de la voluntad de cada uno de los socios. La Junta General es por su propia naturaleza un órgano *cambiante* (ya que las acciones son, por esencia, transmisibles), y *no permanente* (puesto que sólo se reúne esporádicamente). Por ello, no resulta el órgano idóneo para administrar y controlar la gestión de la empresa. Por ello, se exige que además de la Junta General exista un Órgano de Administración con el objeto de administrar el patrimonio de la sociedad y determinar la política empresarial que ésta ha de seguir.

Por su parte, el *Órgano de Administración* es un órgano de carácter *necesario* (al igual que la Junta General), *permanente* (no esporádico como la Junta), de *actuación interna y externa*, a diferencia de la Junta que es meramente interna; y responsable de la gestión de la sociedad. Podemos decir que el Órgano de Administración ejerce tres tipos de competencias principales: *gobierno, gestión y representación* de la sociedad. La LSC dedica su Título VI a la Administración de la sociedad.

Existen diferentes tipos de Órganos de Administración: (i) un administrador único; (ii) dos o más administradores que actúen individualmente (administradores solidarios); (iii) dos administradores que actúen conjuntamente (administradores mancomunados), o (iv) un Consejo de Administración (integrado por un mínimo de tres miembros, ya que siempre que existan más de dos administradores con facultades mancomunadas será obligatorio que se establezca un Consejo).

El Consejo de Administración es la forma más común de administración de las sociedades de capital. La gran ventaja del Consejo es que es un órgano en el que pueden estar representados diversos socios, participando, por tanto, en la administración de la sociedad.

1.2. COMPETENCIAS Y CONFLICTOS INTER-ORGÁNICOS

La *Junta General* tiene *competencia exclusiva* para deliberar y adoptar acuerdos sobre los asuntos previstos en el artículo 160 LSC (recientemente reformado por el apartado uno del artículo único de la Ley de reforma de la LSC): (i) la aprobación de las cuentas anuales, la aplicación del resultado y la aprobación de la gestión social; (ii) el nombramiento y separación

de los administradores, de los liquidadores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra cualquiera de ellos; (iii) la modificación de los estatutos sociales; (iv) el aumento y la reducción del capital social; (v) la supresión o limitación del derecho de suscripción preferente y de asunción preferente; (vi) la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales, presumiéndose el carácter esencial del activo cuando el importe de la operación supere el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado; (vii) la transformación, la fusión, la escisión o la cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero; (viii) la disolución de la sociedad; (ix) la aprobación del balance final de liquidación y (x) cualesquiera otros asuntos que determinen la ley o los estatutos sociales.

Cabe destacar cómo la reforma de la LSC extiende a las sociedades anónimas la posibilidad de que la junta general intervenga en asuntos de gestión, impartiendo instrucciones al órgano de administración o sometiendo a autorización la adopción por éste de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos. Además, incluye una nueva competencia exclusiva de la junta general consistente en la toma de decisiones sobre la adquisición, enajenación o aportación de activos esenciales.

En el caso de las sociedades cotizadas será también materia reservada de la junta general la transferencia a entidades dependientes de actividades esenciales desarrolladas hasta ese momento por la propia sociedad, aunque ésta mantenga el pleno dominio de aquéllas («filialización»).

Por otra parte, será *competencia* del *Órgano de Administración*: (i) el gobierno; (ii) la gestión; y (iii) la representación de la sociedad (artículo 209 LSC). En lo que respecta a la primera de las funciones, cabe destacar que el *gobierno* de la sociedad conlleva funciones estratégicas y de control de la sociedad, como por ejemplo, la designación y destitución de altos directivos, la aprobación de planes estratégicos y de las operaciones más relevantes de la sociedad, la valoración periódica de la gestión realizada por los directivos, etc. Aunque la función de gobierno no aparece expresamente prevista en el artículo 209 LSC, la misma se encuentra implícitamente reconocida en el deber de diligencia del artículo 225 LSC.

La función de *gestión* de la sociedad implica que el Órgano de Administración tiene atribuida la gestión ordinaria de la sociedad, al disponer que el ámbito de representación se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social. Los actos no previstos en el objeto social no podrán ser llevados a cabo por los administradores sin el previo acuerdo

de la Junta o una expresa atribución estatutaria. No obstante lo anterior, en las sociedades de responsabilidad limitada, y salvo disposición en contra prevista en los estatutos, la Junta General podrá impartir instrucciones al Órgano de Administración o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión. Entre las decisiones propias de la gestión de la sociedad cabe destacar las siguientes: la formulación de las cuentas anuales de la sociedad, y la propuesta de distribución del resultado, que posteriormente tendrá que ser aprobado por la Junta General; negociar, formalizar, modificar, y ejecutar toda clase de actos y contratos, compraventa, arrendamiento, etc.; administrar los bienes de la sociedad, constituir, aceptar, subrogar y cancelar hipotecas, prendas, suscribir contratos de seguros, dar y obtener préstamos, etc.; facultades bancarias, tales como abrir, seguir y cancelar cuentas corrientes y de crédito, etc.); cobros y pagos; y facultades de gestión laboral, como la contratación de personal, fijación de sueldos, condiciones de trabajo, horario, etc.

Por último, la función de *representación* del Órgano de Administración se caracteriza por tener un origen legal (artículo 209 y 223 LSC), por lo que no puede ser modificada ni por los estatutos ni por acuerdo de la Junta. Cabe destacar que la Junta no tiene facultades de representación, la función de representación es exclusiva del Órgano de Administración (artículo 233 LSC). La atribución del poder de representación se regirá por las siguientes reglas: (i) en el caso de administrador único, el poder de representación corresponderá necesariamente a éste; (ii) en el caso de varios administradores solidarios, el poder de representación corresponde a cada administrador, sin perjuicio de las disposiciones estatutarias o de los acuerdos de la junta sobre distribución de facultades, que tendrán un alcance meramente interno, (iii) en el caso de dos administradores conjuntos o mancomunados, el poder de representación se ejercerá mancomunadamente en la forma determinada en los estatutos; y (iv) en el caso de Consejo de Administración, el poder de representación corresponde al propio consejo, que actuará colegiadamente. No obstante, los estatutos podrán atribuir el poder de representación a uno o varios miembros del consejo a título individual o conjunto (artículo 233.2 LSC), todo ello sin perjuicio de la delegación de facultades del Consejo, a la que nos referiremos más adelante.

Por su parte, entre las competencias de la Junta General se encuentra la toma de decisiones propias del Órgano de Administración en las que la Ley presume que los administradores están afectados por un *conflicto*

de interés que les impiden llevar a cabo decisiones propias del Órgano de Administración y, por tanto, se exige que sean los accionistas o los socios los que autoricen esas operaciones, entre las que se encuentran, por ejemplo, la adquisición por la sociedad anónima de sus propias acciones y las adquisiciones de bienes que excedan de la décima parte del capital social durante los dos primeros ejercicios de la sociedad.

El conflicto de interés aparece regulado en el artículo 229 LSC. En dicho precepto se establece el procedimiento a seguir por los administradores en caso de que se encuentren ante una situación de conflicto de interés. En tal caso, los administradores deberán comunicar al Consejo de Administración y, en su defecto, a los otros administradores o, en caso de administrador único, a la Junta General, cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que pudieran tener con el interés de la sociedad. El administrador afectado se abstendrá de intervenir en los acuerdos o decisiones relativos a la operación a que el conflicto se refiera. Los administradores deberán, asimismo, comunicar la participación directa o indirecta que, tanto ellos como las personas vinculadas a que se refiere el artículo 231 LSC, tuvieran en el capital de una sociedad con el mismo, análogo o complementario género de actividad al que constituya el objeto social, y comunicarán igualmente los cargos o las funciones que en ella ejerzan.

Los conflictos de interés en el caso concreto de las sociedades de responsabilidad limitada aparecen regulados en el artículo 190 LSC (que también ha sido modificado por el *apartado tres del artículo único de la Ley de reforma de la LSC*), el cual dispone que, en este tipo de sociedades, el socio no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que le autorice a transmitir participaciones de las que sea titular, que le excluya de la sociedad, que le libere de una obligación o le conceda un derecho, o por el que la sociedad decida anticiparle fondos, concederle créditos o préstamos, prestar garantías en su favor o facilitarle asistencia financiera, así como cuando, siendo administrador, el acuerdo se refiera a la dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo previsto en el artículo 230 LSC. Las participaciones sociales del socio que se encuentre en alguna de las situaciones de conflicto de intereses contempladas anteriormente se deducirán del capital social para el cómputo de la mayoría de votos que en cada caso sea necesaria.

En las sociedades anónimas, la prohibición de ejercitar el derecho de voto en los supuestos anteriormente referidos, de autorizar a transmitir acciones o participaciones sujetas a una restricción legal o estatutaria o

excluirle de la sociedad, solo será de aplicación cuando dicha prohibición esté expresamente prevista en las correspondientes cláusulas estatutarias reguladoras de la restricción a la libre transmisión o la exclusión.

2. LA JUNTA GENERAL. TIPOS DE JUNTA

Dispone la LSC que los socios, reunidos en Junta General, decidirán por la mayoría legal o estatutariamente establecida, en los asuntos propios de la competencia de la Junta, quedando todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, sometidos a los acuerdos de la Junta General (artículo 159 LSC). El artículo 163 LSC clasifica las Juntas Generales de las sociedades de capital en ordinarias y extraordinarias.

• *Junta General ordinaria*

La *Junta General ordinaria* es aquella que debe celebrarse por obligación legal y con carácter periódico. Se trata de una Junta de celebración imperativa una vez al año. El artículo 164 LSC obliga a las sociedades de capital a celebrar los seis primeros meses de cada ejercicio una Junta General ordinaria, previamente convocada al efecto, para censurar la gestión que han realizado los administradores, es decir, para aprobar la gestión social; y para aprobar las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado. Este tipo de Junta será válida aunque haya sido convocada o se celebre fuera de plazo. El resto de Juntas que no tengan este carácter periódico anual tendrán la consideración de extraordinarias.

• *Junta General extraordinaria*

La *Junta General extraordinaria* es aquella que puede ser convocada por iniciativa de la sociedad o de los socios. A diferencia de la Junta General ordinaria, ésta podrá ser celebrada en cualquier momento, tanto si es para tratar asuntos de gran importancia para la sociedad como cualquier otro asunto que convenga al interés social.

Se puede celebrar Junta extraordinaria siempre que los administradores lo estimen apropiado. En estos casos, los administradores fijarán el Orden del día y, a través de él, los asuntos sobre los que los socios o accionistas deben decidir.

Tanto las Juntas Generales ordinarias como las extraordinarias pueden decidir sobre cualquier asunto de su competencia. La denominación de Junta General extraordinaria no debe confundirnos, ya que la distinción entre una y otra no afecta a los poderes especiales de la Junta,

en el sentido de que en la extraordinaria pueden tratarse asuntos más importantes como emisión de obligaciones, aumento de capital, et. En modo alguno, en ambos tipos de Juntas puede tratarse cualquier asunto, también en la Junta General ordinaria si previamente se hace constar claramente en el Orden del día de la convocatoria los asuntos que ha de tratar la Junta.

• *Junta General y Especial*

Por regla general, todos los accionistas o socios presentes en la *Junta General* decidirán en la misma por mayoría respecto a aquellos acuerdos contenidos en el Orden del día. Excepto en aquellos supuestos en los que exista una excepción que haga necesaria la constitución de una *Junta Especial*. Este es, por ejemplo, el caso previsto en el artículo 293 LSC que regula la tutela colectiva de los derechos de los titulares de clases de acciones en la sociedad anónima. Otros supuestos que requieren Junta Especial y, por tanto, votación separada, son: el caso de reducción de capital que implique amortización de acciones mediante reembolso a los accionistas en los términos previstos en el artículo 329 LSC, y en el caso de fusión de sociedades que determine una modificación estatutaria que lesione directa o indirectamente los derechos de determinados socios o accionistas.

• *Junta Universal*

Otra clasificación importante de los tipos de Junta es la que diferencia la Junta General con convocatoria y la *Junta Universal*. La Junta Universal se entenderá válidamente constituida sin necesidad de convocatoria previa cuando esté presente o representado todo el capital social, siendo igualmente necesario que los asistentes decidan por unanimidad constituirse en Junta General Universal.

El resto de Juntas que no tengan el carácter de universal deberán ser previamente convocadas. Dispone el artículo 178 LSC que la Junta General quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto, sin necesidad de previa convocatoria, siempre que esté presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión. Este tipo de Junta podrá reunirse en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero.

Por tanto, cabe distinguir entre la Junta que ha sido previamente convocada, conforme a las normas que serán analizadas a continuación, y la Junta Universal, respecto a la cual no es necesaria su convocatoria por estar presente o representado todo el capital social, siendo posible, en tal caso, tratar cualquier asunto.

3. CONVOCATORIA, CONSTITUCIÓN Y REPRESENTACIÓN EN JUNTA. DERECHO DE INFORMACIÓN. DELIBERACIÓN Y ADOPCIÓN DE ACUERDOS. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

- *Convocatoria de la Junta*

La convocatoria es un requisito indispensable para la constitución de la Junta, excepto en los casos de Junta Universal, tal y como fue analizado anteriormente.

Corresponde al Órgano de Administración la convocatoria de la Junta o, en su caso, al liquidador de la sociedad (artículo 166 LSC). Los administradores tienen la obligación de convocar la Junta General siempre que lo consideren necesario o conveniente para los intereses sociales, y en todo caso, en las fechas o periodos que determinen la Ley y los estatutos (artículo 167 LSC). En caso contrario, incurrirán en responsabilidad. Además, los administradores deberán convocar la Junta General cuando lo soliciten uno o varios socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social. En este caso, la Junta General deberá ser convocada para su celebración dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se hubiere requerido notarialmente a los administradores para convocarla, debiendo incluirse necesariamente en el Orden del día los asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud. Es posible, como vimos, que los intereses de los socios y los administradores entren en conflicto. Es por ello que se permite que los socios que sean titulares de, al menos, un cinco por ciento del capital social, exijan a los administradores la convocatoria de la Junta. En este caso, la Junta General deberá ser convocada para su celebración dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se hubiere requerido notarialmente a los administradores para convocarla, debiendo incluirse necesariamente en el Orden del día los asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud (artículo 168 LSC).

En el supuesto de que los administradores no cumplieran con su obligación de convocar la Junta dentro del plazo legal correspondiente o establecido en los estatutos, o bien no atendieran oportunamente la solicitud de convocatoria de la Junta General efectuada por la minoría, dispone el artículo 169 LSC que cualquier socio podrá solicitar la convocatoria judicial de la Junta al Juez de lo Mercantil del domicilio social, previa audiencia de los administradores. Nos encontraremos en este caso ante una *convocatoria judicial*, regulada en el artículo 170 LSC.

Los requisitos de la convocatoria de la Junta adquieren una elevada importancia ya que, en caso de que no se cumplan no se entenderá

válidamente constituida la Junta y que por lo tanto los acuerdos adoptados no serán válidos. La convocatoria y el Orden del día de la Junta deberán ser aprobados por el Órgano de Administración, que deberá aprobar un acuerdo en este sentido, excepto en los casos de convocatoria judicial previstos en el artículo 169 LSC, antes referido.

La convocatoria de la Junta deberá hacerse siguiendo los requisitos formales previstos en la LSC (modificada recientemente por la Ley de reforma de la LSC), regulando la forma de la convocatoria para sociedades no cotizadas en su artículo 173 y para sociedades cotizadas en el artículo 516 LSC –respecto a éstas últimas la reforma ha sido especialmente significativa por lo que aconsejamos la lectura de los artículos 516 y siguientes LSC)–.

Con carácter general, con la reforma de la LSC se establece la regla de votación separada por asuntos, se clarifican las mayorías necesarias para la aprobación de los acuerdos, se extiende a la sociedad anónima el deber de abstención del socio por conflicto de interés y se modifican algunos extremos del derecho de información.

Para el caso de las *sociedades cotizadas* se reduce al 3% el porcentaje del capital social necesario para ejercitar los derechos de minoría en las sociedades cotizadas. Además, se extiende el derecho a obtener de Iberclear los datos de identificación de los accionistas a las asociaciones de accionistas que representen al menos el 1% del capital y a los accionistas con más del 3%. Para las sociedades cotizadas también se refuerza la información previa a la junta, se regulan las limitaciones del derecho de asistencia y el derecho de voto divergente de los intermediarios financieros que posean las acciones por cuenta de distintas personas.

En el caso de *sociedades no cotizadas* la convocatoria deberá realizarse mediante anuncio publicado en el BORME y en la página web de la sociedad –con carácter voluntario y adicional a esta última o cuando la sociedad no tenga página web, la convocatoria se publicará en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social–, al menos, un mes de antelación a la fecha fijada para la celebración de la Junta para las sociedades anónimas y quince días para las sociedades de responsabilidad limitada (artículos 173 y 176 LSC).

Por tanto, a falta de disposición estatutaria al respecto, en las sociedades no cotizadas se mantiene la convocatoria en el BORME y en página web, más en un diario si no hay página web o voluntariamente se puede publicar con carácter adicional. Si las acciones son nominativas los estatutos pueden prever un procedimiento de comunicación individual que

asegure la recepción, como antes se preveía para las sociedades limitadas, si bien será necesario que se modifiquen los estatutos si se quiere seguir este sistema. Por su parte, si las acciones son al portador, la convocatoria deberá realizarse, al menos, mediante publicación en el BORME. El anuncio de la convocatoria de la Junta deberá tener como mínimo el siguiente contenido: nombre de la sociedad, la fecha y hora de la reunión, el orden del día, en el que figurarán los asuntos a tratar, y el cargo de la persona o personas que realicen la convocatoria (artículo 174 LSC).

La regla general es que la Junta General no puede adoptar acuerdos que no estuvieran incluidos en el Orden del día previamente fijado por los administradores. No obstante, el artículo 172 LSC permite a los accionistas que representen, al menos, un cinco por ciento del capital social exigir a los administradores que incluyan un determinado asunto adicional en el Orden del día, en caso de no hacerlo la Junta será nula en su totalidad. Para la adopción de determinados acuerdos relativos normalmente a modificaciones estructurales, y a los que nos referiremos en el capítulo siguiente, la Ley de modificaciones estructurales exige que en el anuncio de la convocatoria de la Junta en la que se vayan a aprobar dichas modificaciones se contengan unas menciones específicas como, por ejemplo, el derecho de los asistentes a la Junta a obtener el texto íntegro del acuerdo y del balance de fusión o escisión, entre otras posibles menciones necesarias que variaran en función del acuerdo que se vaya a adoptar en la Junta.

• *Constitución, celebración y composición de la Junta*

La Ley pretende evitar que las decisiones de la sociedad sean tomadas por un grupo reducido de accionistas o socios, por lo que exige la asistencia de accionistas o socios que representen determinadas cuotas de capital social para que sea válidamente constituida la Junta. Es por ello que se establece un sistema de doble convocatoria, variando los *quórum de asistencia* en función de si nos encontramos en primera o en segunda convocatoria; en función del tipo de asunto que se va a tratar en dicha Junta; y en función del tipo de sociedad de que se trate.

En la sociedad anónima los *quórum de constitución* son los siguientes: (i) en primera convocatoria se exige el veinticinco por ciento del capital social para los *acuerdos ordinarios* y el cincuenta por ciento para los *acuerdos extraordinarios* regulados en el artículo 194 LSC (aumento o la reducción del capital o cualquier otra modificación de los estatutos sociales, emisión de obligaciones, supresión o limitación del derecho de adquisición preferente de nuevas acciones, así como la transformación, fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo y el traslado de domicilio al extranjero); (ii) mientras que en

segunda convocatoria no se exige ningún quórum para los acuerdos ordinarios y el veinticinco por ciento del capital social para los acuerdos extraordinarios. Únicamente se entenderá válidamente constituida y, por tanto, podrá celebrarse la Junta General cuando asistan, presentes o representados, estos porcentajes de capital. Además, los estatutos sociales podrán elevar los quórum previstos anteriormente para los acuerdos extraordinarios.

En la sociedad limitada el sistema de formación de la voluntad social es parcialmente distinto ya que no se establece ningún quórum de constitución ni existe un sistema de doble convocatoria de la Junta, sino que lo que se establece es un porcentaje mínimo de voto a favor de los acuerdos referido al capital social total. Con este sistema distinto al de las sociedades anónimas lo que se fija indirectamente es un mínimo de concurrencia a la Junta para que puedan adoptarse acuerdos. Efectivamente, únicamente podrá adoptarse un acuerdo cuando asistan a la Junta, al menos, socios que sean titulares de participaciones que atribuyen el número de votos exigidos por la Ley para adoptar el acuerdo de que se trate. En caso contrario, no se entenderá válidamente constituida la Junta para adoptar un determinado acuerdo ya que, en ningún caso, será posible alcanzar las mayorías de votos exigidas para su adopción.

En lo que respecta al *lugar de celebración*, la Ley exige que la Junta General se celebre en el término municipal donde se encuentre el domicilio social, a excepción de la Junta Universal que puede celebrarse en un lugar distinto, al igual que sucede en el caso de las sociedades cotizadas.

La Junta General será presidida por la persona que esté prevista en los estatutos sociales, en ausencia de mención expresa, por el Presidente del Consejo de Administración y, a falta de éste, por el socio o accionista elegido por los asistentes. El Presidente de la Junta estará asistido por el Secretario en la mesa de la Junta (artículo 191 LSC). Entre las funciones del *Presidente de la Junta* cabe destacar las siguientes: elaborar la lista de asistentes y determinar la validez de la representación de los socios; declarar la válida constitución de la Junta General; dirigir las reuniones otorgando y retirando la palabra, ordenar la votación y proclamar el resultado; y, por último, tutelar el derecho de información. En lo que respecta a las funciones del *Secretario de la Junta* podemos destacar la de asistir al Presidente de la Junta y redactar las actas.

- ***Asistencia y representación***

Todos los socios y accionistas tienen *derecho de asistencia* a la Junta. La asistencia por los socios o accionistas a la Junta puede ser física o, si los

estatutos lo permiten, telemática, siempre que sea posible garantizar la identidad del socio o accionista. Piénsese en la utilidad de esta posibilidad en las sociedades cotizadas en las que los socios o accionistas pueden ser muy dispares y residir en distintas partes del mundo.

Entre las obligaciones de los administradores a las que nos referiremos más adelante, se encuentra la de asistir a las Juntas Generales (artículos 180 LSC), aunque la Junta se entenderá válidamente celebrada en el supuesto de que no acudan a la Junta. Además, los estatutos pueden prever que asistan otras personas a la Junta además de los socios o accionistas en determinados supuestos, lo que requerirá autorización del Presidente, que podrá ser revocada por la Junta (artículo 181 LSC).

La posibilidad de *asistencia telemática* a la Junta aparece expresamente prevista y regulada en el artículo 182 LSC para sociedades anónimas. Además de las formalidades anteriormente analizadas para la convocatoria de cualquier Junta, en este caso será necesario, a su vez, que en la convocatoria se describirán los plazos, formas y modos de ejercicio de los derechos de los accionistas previstos por los administradores para permitir el ordenado desarrollo de la Junta. En particular, los administradores podrán determinar que las intervenciones y propuestas de acuerdos que tengan intención de formular quienes vayan a asistir por medios telemáticos, se remitan a la sociedad con anterioridad al momento de la constitución de la Junta. Las respuestas a los accionistas que ejerciten su derecho de información durante la Junta se producirán por escrito durante los siete días siguientes a la finalización de la Junta.

Los *quórum* de asistencia anteriormente estudiados que la Ley exige para que se entienda válidamente constituida la Junta se refieren exclusivamente a las sociedades anónimas. En las sociedades de responsabilidad limitada, a diferencia de lo que sí está permitido para las sociedades anónimas, no es posible que se exija en los estatutos un número mínimo de participaciones para asistir a la Junta, lo que es congruente con el carácter cerrado de este tipo de sociedades (artículo 179.1 LSC).

La LSC recoge las *especialidades* en el ejercicio de los derechos de asistencia y voto en las sociedades anónimas, siendo éstas las siguientes: (i) para el ejercicio del derecho de asistencia a las Juntas y el de voto será lícita la agrupación de acciones; (ii) de conformidad con lo que se disponga en los estatutos, el voto de las propuestas sobre puntos comprendidos en el Orden del día de cualquier clase de Junta General podrá delegarse o ejercitarse por el accionista mediante correspondencia postal, electrónica o cualquier otro medio de comunicación a distancia, siempre que se

garantice debidamente la identidad del sujeto que ejerce su derecho de voto; y (iii) los accionistas que emitan sus votos a distancia deberán ser tenidos en cuenta a efectos de constitución de la Junta como presentes (artículo 189 LSC).

En el caso de sociedades cotizadas, la Ley de reforma de la LSC introduce un nuevo artículo 521 bis a la LSC reduciendo el umbral que los estatutos pueden exigir para asistir a la junta a no más de mil acciones, con el fin de evitar que puedan exigirse porcentajes de capital muy elevados que limiten de forma excesiva dicho derecho. Este umbral contrasta con el del uno por mil del capital social que sigue operando para las sociedades anónimas no cotizadas (artículo 179.2 LSC).

Además del derecho de asistencia a la Junta, cada socio dispone de *derecho de voto*. En la sociedad de responsabilidad limitada cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto, salvo disposición contraria de los estatutos sociales (artículo 188.1 LSC). Por el contrario, en la sociedad anónima, la LSC prevé expresamente que no será válida la creación de acciones que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto. La Ley prevé también que en los estatutos se exija un número mínimo de acciones para poder asistir a la Junta o también que se limite el número de votos que puede emitir un mismo accionista (artículo 188.2 y 188.3 LSC).

El socio tiene derecho a asistir a la Junta personalmente o por medio de un representante, lo que se conoce como *derecho de representación*. El representante podrá ser otro socio o accionista o un tercero ajeno a la sociedad, salvo que los estatutos lo prohíban (artículos 183.2 LSC y 184.1 LSC), pero será necesario que la representación se confiera por escrito o por medios de comunicación a distancia que cumplan con los requisitos establecidos en la Ley para el ejercicio del derecho de voto a distancia y con carácter especial para cada Junta. El derecho de representación voluntaria en la Junta General para las sociedades anónimas aparece regulado en los artículos 184 y siguientes LSC en el que se prevé que todo accionista que tenga derecho de asistencia podrá hacerse representar en la Junta General por medio de otra persona, aunque ésta no sea accionista. En las sociedades anónimas y, muy especialmente en las cotizadas, es frecuente que los propios administradores o las entidades depositarias de acciones (normalmente entidades bancarias) soliciten la representación de las acciones. Para evitar situaciones de abuso o contrarias a la Ley, esta práctica habitual permitida por la Ley está, no obstante, rodeada de determinadas cautelas recogidas en el artículo 186 LSC.

En las sociedades anónimas en el caso de que los propios administradores, las entidades depositarias de los títulos o las encargadas del registro de anotaciones en cuenta soliciten la representación para sí o para otro y, en general, siempre que la solicitud se formule de forma pública, el documento en que conste el poder deberá contener o llevar anejo el Orden del día, así como la solicitud de instrucciones para el ejercicio del derecho de voto y la indicación del sentido en que votará el representante en caso que no se impartan instrucciones precisas. Por excepción a lo anterior, el representante podrá votar en sentido distinto cuando se presenten circunstancias ignoradas en el momento del envío de las instrucciones y se corra el riesgo de perjudicar los intereses del representado. En caso de voto emitido en sentido distinto a las instrucciones, el representante deberá informar inmediatamente al representado, por medio de escrito en que explique las razones del voto. Se entenderá que ha habido solicitud pública de representación cuando una misma persona ostente la representación de más de tres accionistas.

Por su parte, el artículo 183 LSC regula el derecho de representación para las sociedades de responsabilidad limitada, según el cual el socio sólo podrá hacerse representar en la Junta General por su cónyuge, ascendiente o descendente, por otro socio o por persona que ostente poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviere en territorio nacional. La representación comprenderá la totalidad de las participaciones de que sea titular el socio representado. La representación es siempre revocable, teniendo valor de revocación la asistencia personal a la Junta del representado (artículo 185 LSC).

- ***El derecho de información***

En las sociedades anónimas los accionistas podrán solicitar de los administradores toda la información o aclaraciones que estimen precisas sobre los asuntos comprendidos en el Orden del día e incluso podrán formular por escrito las preguntas que estimen pertinentes hasta el séptimo día anterior al previsto para la celebración de la Junta. Los administradores estarán obligados a facilitar la información. En las *sociedades cotizadas* el derecho de información de los accionistas es más amplio, pues incluye no sólo la información relativa a los asuntos comprendidos en el Orden del día, sino también toda aquella información pública de la sociedad (ver a modo de ejemplo artículo 518 LSC y las especialidades que para los accionistas de sociedades cotizadas recoge el artículo 520 LSC).

Durante la celebración de la Junta General, los accionistas de la sociedad podrán solicitar verbalmente las informaciones o aclaraciones que

consideren convenientes acerca de los asuntos comprendidos en el Orden del día y, en caso de no ser posible satisfacer el derecho del accionista en ese momento, los administradores estarán obligados a facilitar esa información por escrito dentro de los siete días siguientes al de la terminación de la Junta. Los administradores estarán obligados a facilitar la información por escrito hasta el día de la celebración de la junta general. Durante la celebración de la junta general, los accionistas de la sociedad podrán solicitar verbalmente las informaciones o aclaraciones que consideren convenientes acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. Si el derecho del accionista no se pudiera satisfacer en ese momento, los administradores estarán obligados a facilitar la información solicitada por escrito, dentro de los siete días siguientes al de la terminación de la junta.

Los administradores estarán obligados a proporcionar la información solicitada al amparo de los dos apartados anteriores, salvo que esa información sea innecesaria para la tutela de los derechos del socio, o existan razones objetivas para considerar que podría utilizarse para fines extrasociales o su publicidad perjudique a la sociedad o a las sociedades vinculadas. La información solicitada no podrá denegarse cuando la solicitud esté apoyada por accionistas que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social. Los estatutos podrán fijar un porcentaje menor, siempre que sea superior al cinco por ciento del capital social. La vulneración del derecho de información previsto en el artículo 197.2 LSC solo facultará al accionista para exigir el cumplimiento de la obligación de información y los daños y perjuicios que se le hayan podido causar, pero no será causa de impugnación de la junta general. En el supuesto de utilización abusiva o perjudicial de la información solicitada, el socio será responsable de los daños y perjuicios causados.

En lo que respecta al derecho de información de los accionistas la Ley de Reforma de la LSC ha introducido algunas modificaciones en el régimen general de este derecho recogido en el artículo 197 LSC antes referido y en el específico de las sociedades cotizadas previsto en el artículo 520 LSC, y ello con el fin de evitar la utilización abusiva del derecho de información y de acuerdo con el propósito que ha animado a la reforma –que se analiza en el apartado correspondiente a la impugnación de acuerdos– de evitar las impugnaciones estratégicas e instrumentales de los acuerdos sociales sobre la base de infracciones formales irrelevantes.

El derecho de información en la sociedad de responsabilidad limitada aparece regulado en similares términos en el artículo 196 LSC, si bien desaparece la posibilidad de fijar en los estatutos un porcentaje menor al

veinticinco por ciento para formular la solicitud de información por los socios si ésta es perjudicial para el interés social.

• ***Deliberación y adopción de acuerdos***

La *deliberación* de los puntos del Orden del día es dirigida y moderada por el Presidente de la Junta. Para cada punto del Orden del día se propone un acuerdo que es sometido a discusión y posterior votación. Los accionistas pueden solicitar que sus intervenciones o su oposición al acuerdo adoptado sean expresamente reflejadas en el acta de la Junta, tal y como permite el artículo 97.1.5ª RRM. Las facultades de la Junta son esencialmente decisorias.

La Ley de reforma de la LSC ha introducido un nuevo artículo 197 bis en la LSC, aplicable tanto a las sociedades cotizadas como a las no cotizadas, que viene a incorporar como obligación legal lo que hasta ahora proponía la recomendación 5ª del Código Unificado (recomendación que declaraban cumplir todas las sociedades del Ibex 35). Esto es, se reconoce expresamente la necesidad de votar separadamente en junta general aquellos asuntos que sean sustancialmente independientes y se especifica que, en todo caso, deberán votarse de forma separada (i) el nombramiento, la ratificación, la reelección o la separación de cada administrador; y (ii) las modificaciones estatutarias de cada artículo o grupo de artículos que tengan autonomía propia.

La *adopción de acuerdos* se realizará conforme a principios mayoritarios, en el sentido de participación en el capital. A cada acción o participación social le corresponde un voto, salvo disposición contraria en los estatutos. Con carácter general, salvo las excepciones indicadas, podrá reforzarse las mayorías necesarias para adoptar acuerdos, sin que pueda exigirse la unanimidad. La Junta adopta acuerdos por mayoría de votos y sus decisiones reflejan la voluntad social, por tanto, podemos entender que los votos son declaraciones unilaterales de voluntad de cada uno de los accionistas o socios de la sociedad y, como tales, tienen que ser emitidos libremente y dicha voluntad no puede estar viciada (por dolo, error, violencia, intimidación, etc.).

En la sociedad anónima, una vez constituida la Junta, los acuerdos se adoptarán por mayoría ordinario de votos que concurren con independencia de la participación accionarial que representen. Para la adopción de los acuerdos extraordinarios a los se refiere el artículo 194 LSC, a los que nos hemos referido anteriormente, se exige un régimen reforzado, esto es, el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado en la Junta cuando en segunda convocatoria concurren accionistas que representen el veinticinco por ciento o más del capital suscrito con derecho de

voto sin alcanzar el cincuenta por ciento. Los estatutos podrán elevar las mayorías previstas en la LEY (artículo 201 LSC).

Por otro lado, en la sociedad limitada, la Ley exige para la adopción de acuerdos el voto favorable correspondiente a las participaciones sociales en que se divida el capital social (cada participación un voto), variando las mayorías exigidas por la Ley en función del tipo de acuerdo que se pretende adoptar. El artículo 198 LSC prevé una mayoría ordinaria de votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos un tercio de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social, teniendo en cuenta que no se computarán los votos en blanco. En concreto, se exigirá la mayoría legal mínima de un tercio para la aprobación de los siguientes acuerdos: (i) la aprobación de las cuentas anuales de la sociedad y el reparto del dividendo, en su caso; (ii) la censura de la gestión del Órgano de Administración; (iii) el nombramiento y cese de los miembros del Órgano de Administración, la Junta General podrá cesar a los administradores aun cuando la separación no conste en el Orden del día, si bien en este último caso, no se puede exigir una mayoría superior a los dos tercios para adoptar el acuerdo.

El artículo 199 LSC exige una mayoría legal reforzada (la mitad más uno de los votos) para la adopción de los acuerdos relativos al aumento o la reducción del capital y cualquier otra modificación de los estatutos sociales. Por su parte, se exigirá una mayoría de dos tercios para adoptar acuerdos relativos a: fusión, escisión y transformación de la sociedad, exclusión de socios y la autorización a los administradores para el ejercicio, por cuenta propia o ajena, del mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social. También se prevé la posibilidad de romper estatutariamente la proporcionalidad entre capital y derecho de voto, de modo que cabe crear participaciones de «voto múltiple». Cabe igualmente reseñar la posibilidad prevista en el artículo 200 LSC de exigir una mayoría estatutaria reforzada para todos o algunos asuntos determinados, los estatutos podrán exigir un porcentaje de votos favorables superior al establecido por la Ley, sin llegar a la unanimidad.

No obstante lo anterior, es importante señalar que hasta la entrada en vigor de la reforma de LSC de diciembre de 2014, el artículo 201 LSC recogía el principio general de la adopción de acuerdos de la junta general de las sociedades anónimas por mayoría de los votos de los accionistas presentes o representados. Pero al referirse a la «mayoría ordinaria», planteaba la duda de si se exigía una mayoría relativa/simple o una mayoría absoluta y, por lo tanto, cómo habían de tratarse los votos nulos, en blanco

y las abstenciones. La Ley de Reforma de la LSC ha venido a aclarar que con carácter general la mayoría debe ser simple o relativa. Esto es, se entiende que el cómputo de la mayoría debe efectuarse teniendo en cuenta únicamente los votos a favor frente a los adversos. Por lo tanto, los votos en blanco, las abstenciones y los votos nulos no se tienen en cuenta, lo que facilita la formación de mayorías y por tanto la adopción de acuerdos por la junta general. Si bien esta regla general presenta varias excepciones importantes. De un lado, la reforma ha venido a precisar que los acuerdos de modificación de estatutos y asimilados (artículo 194 LSC) requieren para su aprobación mayoría absoluta, lo que supone una novedad, y, cuando la junta se haya constituido en segunda convocatoria con un quórum inferior al 50% del capital, el voto favorable de los dos tercios del capital presente o representado (artículo 201.2 LSC). Y de otro lado, se sigue manteniendo la posibilidad de que los estatutos sociales eleven las mayorías legales, mayorías que pueden ir referidas tanto al capital que participe en la junta como al total del capital social.

Cabe destacar de las sociedades de responsabilidad limitada, que sus socios tienen un deber de abstención en los supuestos en que exista un conflicto de interés en relación con la decisión a adoptar. El deber de abstención de los socios no es un deber general que exija la abstención ante cualquier situación en la que hipotéticamente podrá derivarse un conflicto de interés (*numerus apertus*) sino que la LSC ha optado por enumerar en su artículo 190 aquellos casos en los que exactamente debe el socio de una sociedad limitada abstenerse de votar (*numerus clausus*) siendo estos supuestos los siguientes: en las sociedades de responsabilidad limitada el socio no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que le autorice a transmitir participaciones de las que sea titular, que le excluya de la sociedad, que le libere de una obligación o le conceda un derecho, o por el que la sociedad decida anticiparle fondos, concederle créditos o préstamos, prestar garantías en su favor o facilitarle asistencia financiera, así como cuando, siendo administrador, el acuerdo se refiera a la dispensa de la prohibición de competencia o al establecimiento con la sociedad de una relación de prestación de cualquier tipo de obras o servicios. Las participaciones sociales del socio que se encuentre en alguna de las situaciones de conflicto de intereses contempladas anteriormente se deducirán del capital social para el cómputo de la mayoría de votos que en cada caso sea necesaria.

Tras la citada reforma de la LSC, el artículo 190 LSC extiende a las sociedades anónimas el deber de abstención de los socios en determinados

supuestos de conflicto de interés que hasta ahora se ceñían a las sociedades limitadas, conforme a lo previsto en el nuevo artículo 230 LSC.

Los acuerdos de la Junta deberán constar documentados en el *Acta de la Junta*, que es redactada por el Secretario de la Junta con el visto bueno del Presidente. El Acta de la Junta es un documento de singular importancia para la prueba de los hechos que han ocurrido en ella. El Acta deberá ser aprobada por la propia Junta a continuación de la reunión o en el plazo de 15 días por el Presidente y dos interventores, uno de los cuales representará a la mayoría y el otro a la minoría. La falta de aprobación del Acta no significa que los acuerdos de la Junta no sean válidos, sino que dificulta su prueba y la eficacia de los mismos, existiendo una inseguridad respecto a su contenido. Todo ello con independencia de que si se trata de acuerdos inscribibles, no podrán tener acceso al Registro Mercantil ni se podrán expedir certificados de los acuerdos que no consten en actas aprobadas y firmadas o en el acta notarial (artículo 109.3 RRM) El contenido del Acta aparece regulado en los artículos 97 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil (RRM) y éstas deberán, a su vez, ser transcritas al *Libro de actas* (artículos 26 C. Com. y 116 RRM).

Los administradores estarán obligados a convocar a un Notario siempre que, con cinco días de antelación al previsto para la celebración de la junta, lo soliciten socios que representen, al menos, el uno por ciento del capital social en la sociedad anónima o el cinco por ciento en la sociedad de responsabilidad limitada. En este caso, los acuerdos sólo serán eficaces si constan en *Acta notarial*. El Acta notarial no se someterá a trámite de aprobación, tendrá la consideración de Acta de la junta y los acuerdos que consten en ella podrán ejecutarse a partir de la fecha de su cierre. Los honorarios notariales serán de cargo de la sociedad (artículos 203 LSC y 101 RRM).

Para acreditar la existencia de un acuerdo de la Junta es necesario que se expida una *Certificación del acta* por el Secretario del Consejo de Administración con el visto bueno del Presidente, en su defecto, por los administradores de la sociedad (artículo 109 RRM), o bien por un Notario convocado al efecto para que levante acta de la Junta General. Cualquier socio, así como las personas que, en su caso, hubiesen asistido a la Junta en representación de los socios no asistentes podrán obtener en cualquier momento certificación de los acuerdos y de las actas de las Juntas Generales. La facultad de certificar los acuerdos de la Junta corresponderá a los administradores, sobre los que pesa el deber de llevar el Libro de actas y, en general, de cuidar la documentación de la sociedad.

Los acuerdos sociales que lo requieran deberán ser inscritos en el Registro Mercantil –bien para su plena eficacia o bien para su oponibilidad frente a terceros– en los siguientes plazos: (i) el plazo general de 8 días naturales siguientes a la aprobación del acta, mediante testimonio notarial, bajo responsabilidad de los administradores (artículo 26 CCom); y (ii) en relación con el acta en el que se acuerda el nombramiento de los administradores, se establece un plazo de 10 días naturales siguientes a la fecha de su aceptación (215 LSC). El incumplimiento de estos plazos no impide la inscripción, sino que sólo originará responsabilidad si el culpable del retraso ha causado daños y perjuicios.

- **Impugnación de acuerdos**

La eficacia del acuerdo de la Junta tiene como presupuesto que la voluntad social se haya formado dentro de los cauces de la legalidad. El sometimiento de todos los socios a la voluntad de mayoría decae cuando se produce una declaración judicial que invalida el acuerdo.

La Ley de reforma de la LSC ha modificado sustancialmente el régimen legal de impugnación de acuerdos sociales previsto en la anterior redacción de la Ley. Dicha reforma busca obtener un equilibrio entre la protección de los socios minoritarios y evitar abusos en las impugnaciones de acuerdos. Además unifica y sistematiza el régimen actual de impugnación para facilitar la identificación de los acuerdos impugnables, los motivos de impugnación, la legitimación para impugnar y el plazo de ejercicio de la acción, desapareciendo la tradicional distinción entre acuerdos nulos y anulables. Además con la reforma se exige a los socios porcentajes mínimos de legitimación para impugnar acuerdos, salvo los contrarios al orden público. Por último resaltar la inclusión de algunas especialidades para la impugnación de acuerdos en los casos de sociedades cotizadas.

La LSC regula que acuerdos son *impugnables* en su artículo 204.1, siendo éstos los siguientes: (i) los acuerdos de la Junta que sean contrarios a la Ley; (ii) los acuerdos de la Junta que se opongan a los estatutos; (iii) y los que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros, haciéndose una interpretación extensiva de dicho concepto ya que no es absolutamente necesario el daño al patrimonio social sino que es suficiente con la existencia de un abuso injustificado de la mayoría.

Hasta la Ley de reforma de la LSC, se distinguía entre acuerdos nulos y anulables, entendiéndose por nulos aquéllos acuerdo contrarios a la Ley (antiguo artículo 204 LSC), siendo los demás acuerdos a que se refería el anterior apartado primero del artículo 204 acuerdos anulables, es decir,

los acuerdos de la Junta que eran contrarios a los estatutos o lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros.

Actualmente la LSC no diferencia entre acuerdos nulos y anulables sino que son todos impugnables. El objeto de dicha reforma es, por un lado, maximizar la protección del interés social y de los accionistas minoritarios y, por otro, minimizar el uso oportunista de la impugnación de los acuerdos sociales que en ocasiones se venía haciendo con la anterior redacción de la LSC.

Conforme disponen los apartados 2 y 3 del artículo 204 LSC: *«no será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro adoptado antes de que se hubiera interpuesto la demanda de impugnación. Si la revocación o sustitución hubiera tenido lugar después de la interposición, el juez dictará auto de terminación del procedimiento por desaparición sobrevenida del objeto. Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio del derecho del que impugne a instar la eliminación de los efectos o la reparación de los daños que el acuerdo le hubiera ocasionado mientras estuvo en vigor»* (artículo 204.2 LSC).

Tampoco procederá la impugnación de acuerdos basada en los siguientes motivos previstos en el apartado 3 del artículo 204 LSC:

a) La infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria o la constitución del órgano o para la adopción del acuerdo, salvo que se trate de una infracción relativa a la forma y plazo previo de la convocatoria, a las reglas esenciales de constitución del órgano o a las mayorías necesarias para la adopción de los acuerdos, así como cualquier otra que tenga carácter relevante.

b) La incorrección o insuficiencia de la información facilitada por la sociedad en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta, salvo que la información incorrecta o no facilitada hubiera sido esencial para el ejercicio razonable por parte del accionista o socio medio, del derecho de voto o de cualquiera de los demás derechos de participación.

c) La participación en la reunión de personas no legitimadas, salvo que esa participación hubiera sido determinante para la constitución del órgano.

d) La invalidez de uno o varios votos o el cómputo erróneo de los emitidos, salvo que el voto inválido o el error de cómputo hubieran sido determinantes para la consecución de la mayoría exigible.

De este modo lo que se pretende es ponderar las exigencias derivadas de la eficiencia empresarial con las derivadas de la protección de las minorías y la seguridad del tráfico jurídico.

El plazo de caducidad de la acción de impugnación de un acuerdo también ha sido modificado por la Ley de reforma de la LSC. Antes el plazo para la impugnación de un acuerdo nulo era de *un año*, excepto aquellos acuerdos que por su causa o contenido resultaren contrarios al orden público, mientras que el plazo de la acción de impugnación de un acuerdo anulable caducaba a los *cuarenta días*.

Actualmente el plazo de caducidad de la acción de impugnación es de un año, para sociedades no cotizadas y de tres meses para sociedades cotizadas, excepto en los casos de acuerdos contrarios al orden público.

Estos plazos se computarán desde la fecha de adopción del acuerdo y, si se tratase de un acuerdo inscribible, desde la fecha de oponibilidad de su publicación en el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* (artículo 205 LSC). La caducidad de la acción de impugnación tiene el efecto extraordinario de convalidar los acuerdos impugnables, salvo aquellos que sean contrarios al orden público.

Dispone el artículo 206 LSC que para la impugnación de los acuerdos nulos están legitimados cualquiera de los administradores, los terceros que acrediten un interés legítimo y los socios que hubieran adquirido tal condición antes de la adopción del acuerdo, siempre que representen, individual o conjuntamente, al menos el uno por ciento del capital, si bien los estatutos podrán reducir los porcentajes de capital indicados y, en todo caso, los socios que no los alcancen tendrán derecho al resarcimiento del daño que les haya ocasionado el acuerdo impugnado. Para la impugnación de los acuerdos que sean contrarios al orden público estará legitimado cualquier socio, aunque hubieran adquirido esa condición después del acuerdo, administrador o tercero (*legitimación activa*).

No podrá alegar defectos de forma en el proceso de adopción del acuerdo quien habiendo tenido ocasión de denunciarlos en el momento oportuno, no lo hubiera hecho. La reforma de la LSC ha recogido por primera vez la exigencia de un porcentaje del capital para impugnar los acuerdos, para evitar los abusos de la minoría a los que se hacía referencia anteriormente.

Las acciones de impugnación deberán dirigirse contra la sociedad. Cuando el actor tuviese la representación exclusiva de la sociedad y la junta no tuviese designado a nadie a tal efecto, el juez que conozca de la

impugnación nombrará la persona que ha de representarla en el proceso, entre los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado. Los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado podrán intervenir a su costa en el proceso para mantener su validez (*legitimación pasiva*).

Para la impugnación de los acuerdos sociales, se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 207 LSC y 249.1.3º LEC), siendo competentes los Juzgados de lo Mercantil para conocer de la acción de impugnación de acuerdos, de conformidad con lo previsto en el artículo 86 *ter* 2 LOPJ. En el caso de que fuera posible eliminar la causa de impugnación, el Juez de lo Mercantil que conozca de la acción de impugnación, a solicitud de la sociedad demandada, otorgará un plazo razonable para que aquella pueda ser subsanada.

La sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil (artículo 208 LSC). A su vez, el *Boletín Oficial del Registro Mercantil* publicará un extracto de dicha sentencia. En el caso de que el acuerdo impugnado estuviese inscrito en el Registro Mercantil, la sentencia determinará además la cancelación de su inscripción, así como la de los asientos posteriores que resulten contradictorios con ella.

4. EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN. SISTEMAS DE GOBIERNO CORPORATIVO: MONISTA Y DUALISTA

Existen dos *sistemas de gobierno corporativo: monista y dualista*. Con arreglo al sistema dualista, el órgano de dirección asumiría la gestión de la sociedad. El miembro o miembros del órgano de dirección tendrán poder para obligar a la sociedad ante terceros y para representarla ante los tribunales. Sin embargo, con arreglo al sistema monista, será un órgano distinto al de dirección, el Órgano de Administración, el que asumirá la gestión y representación de la sociedad. La Ley de Sociedades de Capital ha optado por un sistema de gobierno monista para la estructura del Órgano de Administración de la sociedad, no siendo posible en derecho español una estructura del Órgano de Administración dualista de tipo germánico, ni siquiera por la vía estatutaria, excepto para el caso de la sociedad anónima europea que se domicilie en España que según nuestra Ley de Sociedades de Capital podrá optar por un sistema de administración monista o dual, y lo hará constar en sus estatutos (artículo 476 a 491 LSC). Por tanto, la estructura corporativa de las sociedades de capital se complementa con

el Órgano de Administración que gobierna la sociedad, lleva a cabo su gestión ordinaria y la representa en sus relaciones jurídicas con terceros.

La Ley de Sociedades de Capital no somete al Órgano de Administración a una estructura rígida y predeterminada, sino que permite que no exista Consejo de Administración y que la administración de la sociedad se encomiende a uno o varios administradores. Así lo prevé el artículo 210 al regular los diferentes modos posibles de organizar la administración de la sociedad:

- i. un *administrador único*: en este caso sus decisiones vincularán a la sociedad, siendo suficiente con su firma para ello;
- ii. *administradores solidarios*: varios administradores que actúen de forma solidaria, es decir, que tienen facultades individuales para ejercitar cada uno por sí sólo las competencias propias del Órgano de Administración que funcionarían como varios administradores únicos, de modo que las decisiones de cada uno de ellos por separado vinculará a la sociedad, siendo suficiente con la firma de uno solo de ellos;
- iii. *administradores mancomunados*: dos administradores que actúen de forma conjunta, lo que implica que cualquier acto requiere el concurso y acuerdo de todos ellos, en la forma que se prevea en los estatutos;
- iv. *Consejo de Administración* (integrado por un mínimo de tres miembros): que actúa de forma colegiada y se caracteriza por adoptar sus decisiones por mayoría. En el caso de la sociedad nueva empresa no es posible constituir un Consejo de Administración (artículo 447.1 LSC). Por su parte, en las sociedades anónimas es obligatoria constituir un Consejo de Administración cuando la administración se confíe de forma mancomunada a más de dos personas (artículo 210.2 LSC), pero no es necesario en el caso de las sociedades limitadas, que podrán tener un número ilimitado de administradores mancomunados.

Todo acuerdo que altere el modo de organizar la administración de la sociedad, constituya o no modificación de los estatutos sociales, se consignará en escritura pública y se inscribirá en el Registro Mercantil (artículo 210.4 LSC). Cuando los estatutos establezcan solamente el número mínimo y el máximo de administradores, corresponderá a la Junta General la determinación del número de administradores, sin más límites que los establecidos por la Ley (artículo 211 LSC). Tanto en las sociedades anónimas como en las sociedades de responsabilidad limitada, los estatutos sociales podrán

establecer distintos modos de organizar la administración atribuyendo a la Junta la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos sin necesidad de modificación estatutaria. La Ley 25/2011 ha posibilitado que los estatutos de las sociedades anónimas prevean varios órganos alternativos de administración de forma que pasar de uno a otro no exija modificación de estatutos, homogeneizando el régimen con la sociedad limitada. Esta nueva alternativa exigirá una modificación previa de los estatutos ya existentes.

5. NOMBRAMIENTO. CAPACIDAD Y PROHIBICIONES. DURACIÓN. RETRIBUCIÓN. DEBERES. RESPONSABILIDAD

• *Nombramiento*

Los administradores pueden clasificarse en *administradores fundacionales* y *posteriores* en función del momento en el que son nombrados. En el caso de los administradores fundacionales éstos son elegidos por los socios fundadores en el acto constitutivo o por la Junta constituyente en caso de fundación sucesiva y figurar en la escritura fundacional (artículo 22.1.e LSC). En el resto de casos, nos encontramos ante administradores posteriores, correspondiendo la competencia para su nombramiento a la Junta sin más excepciones que las establecidas en la Ley. En defecto de disposición estatutaria, la Junta General podrá fijar las garantías que los administradores deberán prestar o relevarlos de esta prestación (artículo 214 LSC). En esta facultad de nombramiento y, como veremos, de destitución de los administradores radica uno de los presupuestos esenciales del carácter soberano de la Junta General dentro de la sociedad.

El nombramiento de los administradores únicamente surtirá efecto desde el momento de su aceptación, si bien una vez aceptado deberá ser inscrito en el Registro Mercantil haciendo constar la identidad de los nombrados y, en relación a los administradores que tengan atribuida la representación de la sociedad, si pueden actuar por sí solos o necesitan hacerlo conjuntamente. La inscripción deberá realizarse dentro de los diez días siguientes a la fecha de la aceptación (artículos 214.3 y 215 LSC). La inscripción no tiene carácter constitutivo, por lo que el nombramiento surtirá plenos efectos frente a la sociedad desde su aceptación. No obstante, frente a terceros los efectos del nombramiento del administrador quedan supeditados a su inscripción en el Registro Mercantil, en virtud del principio de publicidad material registral.

La Ley de Sociedades de Capital también prevé la figura de los *administradores suplentes*, para el caso de que cese por cualquier causa uno o varios

de ellos, salvo disposición contraria de los estatutos sociales. El nombramiento y aceptación de los suplentes como administradores se inscribirán en el Registro Mercantil una vez producido el cese del anterior titular. Si los estatutos sociales establecieran un plazo determinado de duración del cargo de administrador, el nombramiento del suplente se entenderá efectuado por el período pendiente de cumplir por la persona cuya vacante se cubra (artículo 216 LSC).

- **Capacidad y prohibiciones**

Para ser nombrado administrador no se exige ninguna condición especial. En principio, podrá ser nombrado administrador de una sociedad de capital cualquier *persona física o jurídica*, no requiriéndose la condición de socio para ello, salvo disposición contraria de los estatutos (artículo 212 LSC). En el caso de que sea administrador una persona jurídica será necesario que ésta designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo. La revocación de su representante por la persona jurídica administradora no producirá efecto en tanto no designe a la persona que le sustituya. Esta designación se inscribirá en el Registro Mercantil en los términos previstos en el artículo 215 LSC (artículo 212 *bis* LSC introducido por la Ley 25/2011, de 1 de agosto).

Pero la regla general anteriormente referida conoce algunas limitaciones para poder ser administrador, que son las *prohibiciones* previstas en el artículo 213 LSC, el cual dispone que: (i) no podrán ser administradores los menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas conforme a la Ley mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad, así como aquéllos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio; y (ii) tampoco podrán ser administradores los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate, los jueces o magistrados y las demás personas afectadas por una incompatibilidad legal.

- **Duración**

El cargo de administrador es esencialmente temporal (principio de temporalidad). En las sociedades anónimas se prevé que los administradores ejercerán el cargo durante el plazo que señalen los estatutos sociales, que no podrá exceder de seis años y deberá ser igual para todos ellos,

si bien podrán ser reelegidos para el cargo, una o varias veces, por períodos de igual duración máxima (artículo 221.2 LSC). De este modo se garantiza que la Junta renovará periódicamente su confianza en quienes ostentan el cargo de administradores de la sociedad. Por el contrario, en las sociedades de responsabilidad limitada prima la estabilidad y permanencia en el cargo, por lo que la regla general es que los administradores ejercerán su cargo por tiempo indefinido, salvo que los estatutos establezcan un plazo determinado, en cuyo caso podrán ser reelegidos una o más veces por períodos de igual duración (artículo 221.1 LSC). La Ley de Sociedades de Capital prevé la posibilidad de que la Junta nombre administradores suplentes, para cubrir las vacantes que pueda sufrir el Órgano de Administración sin necesidad de proceder a un nuevo nombramiento (artículo 216 LSC).

Con independencia del tiempo por el que hayan sido nombrados los administradores, éstos podrán ser cesados en cualquier momento por la Junta General, incluso cuando la separación no conste en el Orden del día, en virtud del principio de libre revocabilidad del cargo y del artículo 223.1 LSC. En el caso de la sociedad limitada los estatutos podrán exigir para el acuerdo de separación una mayoría reforzada que no podrá ser superior a los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social. El cese del administrador no tiene por qué estar motivado ni obedecer a una justa causa, nos encontramos, por tanto, ante una revocación «*ad nutum*» del cargo. Este *principio de libre revocabilidad o destitución del cargo* radica en la relación de confianza que subyace al nombrar al administrador de una sociedad y que puede verse quebrada en cualquier momento. La separación del cargo tampoco tiene por qué devengar un derecho de indemnización alguna a favor del administrador cesado. Los estatutos no pueden limitar el cese de los administradores condicionando los supuestos en los que cabe dicho cese ni tampoco pueden exigir un *quórum* de asistencia o mayoría reforzadas a la Junta para que pueda válidamente acordar el cese de los administradores. La revocación por la Junta del cargo de administrador es válida desde que adopta el correspondiente acuerdo, si bien únicamente surtirá efectos frente a terceros desde su inscripción en el Registro Mercantil. Al margen del principio de libre revocabilidad antes citado, la Ley determina también la remoción forzosa de los administradores que realicen cualquier actividad en competencia con la sociedad o que se encuentren en una situación de conflicto de interés, salvo cuando sean expresamente autorizados por la Junta General (artículo 230.1 LSC). En las sociedades anónimas la Junta General está obligada, a petición de cualquier socio, a pronunciarse sobre la remoción

del administrador que se encuentre en una de estas situaciones (artículos 224.2 y 230.3 LSC), mientras que en las sociedades de responsabilidad limitada, la Ley va más allá, reconociendo el derecho de cualquier socio a instar la destitución judicial del administrador que realice esas actividades competitivas sin la autorización necesaria (artículo 230.2 LSC). Si no se produce antes su revocación, el nombramiento del administrador caducará cuando, vencido el plazo, se haya celebrado Junta General o haya transcurrido el plazo para la celebración de la Junta que ha de resolver sobre la aprobación de las cuentas del ejercicio anterior (artículo 222 LSC).

• *Retribución*

Con anterioridad a la Ley de reforma de la LSC, la regulación de la remuneración de los administradores era parcial y limitada, consistiendo en un régimen general que aplicaba por igual a todas las sociedades de capital –cotizadas o no– y que no abordaba la distinta naturaleza de las partidas retributivas que suelen atribuirse a los consejeros ejecutivos.

Con la redacción actual se pretende obtener una mayor transparencia y control de la remuneración de los administradores reforzando el papel de la Junta general. En concreto, la Junta general deberá aprobar el importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores por su condición de tal.

Los consejeros que realicen funciones ejecutivas deben celebrar un contrato con la sociedad que recoja de forma exhaustiva el sistema de remuneración por tales funciones, que deberá aprobarse por mayoría reforzada del consejo sin la intervención del consejero afectado.

En el caso de las sociedades cotizadas las exigencias que prevé la Ley son mayores, debiendo aprobar una política de remuneraciones de los consejeros, que debe comprender la remuneración de los consejeros por su condición de tal y por el desempeño de funciones ejecutivas, que debe ser necesariamente aprobada por la Junta general de accionistas por un plazo de tres años.

El cargo de administrador es, en principio, gratuito, a menos que los estatutos sociales establezcan que el cargo sea retribuido y en ellos se determine el sistema de retribución y, en su caso, el procedimiento y las reglas que deban seguirse para su fijación exacta (artículo 217 LSC).

La actual redacción de la ley exige que el sistema de remuneración establecido determine el concepto o conceptos retributivos a percibir por los administradores en su condición de tales y que podrán consistir, entre otros, en uno o varios de los siguientes:

- a) una asignación fija,
- b) dietas de asistencia,
- c) participación en beneficios,
- d) retribución variable con indicadores o parámetros generales de referencia,
- e) remuneración en acciones o vinculada a su evolución,
- f) indemnizaciones por cese, siempre y cuando el cese no estuviese motivado por el incumplimiento de las funciones de administrador,
- g) los sistemas de ahorro o previsión que se consideren oportunos.

El importe máximo de la remuneración anual del conjunto de los administradores en su condición de tales deberá ser aprobado por la junta general y permanecerá vigente en tanto no se apruebe su modificación. Salvo que la junta general determine otra cosa, la distribución de la retribución entre los distintos administradores se establecerá por acuerdo de éstos y, en el caso del consejo de administración, por decisión del mismo, que deberá tomar en consideración las funciones y responsabilidades atribuidas a cada consejero.

La remuneración de los administradores deberá en todo caso guardar una proporción razonable con la importancia de la sociedad, la situación económica que tuviera en cada momento y los estándares de mercado de empresas comparables. El sistema de remuneración establecido deberá estar orientado a promover la rentabilidad y sostenibilidad a largo plazo de la sociedad e incorporar las cautelas necesarias para evitar la asunción excesiva de riesgos y la recompensa de resultados desfavorables.

La reforma de la LSC también ha modificado los artículos 218 y 219 LSC relativos a la *remuneración mediante participación en beneficios* y a la *remuneración vinculada a las acciones de la sociedad, respectivamente*.

En las sociedades anónimas cuando la retribución consista en una participación en las ganancias, la participación solo podrá ser deducida de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del cuatro por ciento del valor nominal de las acciones o el tipo más alto que los estatutos hayan establecido. Mientras que en la sociedad de responsabilidad limitada, el porcentaje máximo de participación en ningún caso podrá ser superior al diez por ciento de los beneficios repartibles entre los socios.

Cuando el sistema de retribución incluya una participación en los beneficios, los estatutos sociales determinarán concretamente la participación o el porcentaje máximo de la misma. En este último caso, la junta general determinará el porcentaje aplicable dentro del máximo establecido en los estatutos sociales.

Por otra parte, cuando en las sociedades anónimas se establezca una remuneración vinculada a las acciones de la sociedad, es decir, cuando el sistema de remuneración de los administradores incluya la entrega de acciones o de opciones sobre acciones, o retribuciones referenciadas al valor de las acciones, ello deberá preverse expresamente en los estatutos sociales y su aplicación requerirá un acuerdo de la junta general de accionistas. El acuerdo de la junta general de accionistas que así lo determine deberá incluir el número máximo de acciones que se podrán asignar en cada ejercicio a este sistema de remuneración, el precio de ejercicio o el sistema de cálculo del precio de ejercicio de las opciones sobre acciones, el valor de las acciones que, en su caso, se tome como referencia y el plazo de duración del plan.

6. DEBERES Y RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

6.1. DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES

Podemos diferenciar dos tipos de deberes de los administradores: los *deberes fiduciarios* y los *deberes legales*. Los deberes fiduciarios son aquellos que resultan de la propia naturaleza del cargo y del contrato de administración concluido entre el administrador y la sociedad, a diferencia de los deberes legales de los administradores son aquellos que derivan de lo previsto en las normas jurídicas que le son de aplicación.

6.1.1. Deberes fiduciarios

La posición fiduciaria de los administradores sociales se define por el deber de fidelidad que éstos están obligados a cumplir frente a la sociedad en el desempeño del cargo y cuyo significado reside en anteponer, ante cualquier situación, el interés social al suyo propio. La Jurisprudencia ha establecido que: «*esta expresión de ordenado empresario y representante leal equivale a la expresión de "buen padre de familia" del artículo 1.104, párrafo segundo, del CC*» (SAP de Zaragoza de 5 de diciembre de 2005).

La Ley de reforma de la LSC recoge una tipificación más precisa de los deberes de diligencia y lealtad.

- ***Deber de diligencia***

El deber de diligencia exige a los administradores desempeñar su cargo cumpliendo con el modelo de conducta del «*ordenado empresario*», tal y como exigen el artículo 225 LSC.

La Ley de reforma de la LSC ha establecido regímenes diferenciados en atención a las funciones encomendadas a cada administrador; y ha consagrado legislativamente en el artículo 226 LSC la denominada «*business judgment rule*» o «*protección de la discrecionalidad empresarial*», que nuestros tribunales venían empleando cada vez más en sus pronunciamientos, cuyo objetivo es proteger la discrecionalidad empresarial en el ámbito estratégico y en las decisiones de negocio, protegiendo las opciones diligentes tomadas por los administradores. La redacción de los artículos 225 y 226 LSC dada por la Ley 31/2014 hace explícito el derecho y deber de los administradores de recabar la información necesaria para adoptar decisiones informadas así como la obligación de una dedicación adecuada para la adopción de medidas precisas para una buena dirección y control de la sociedad.

Conforme a la redacción actual del artículo 225 LSC los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos.

Asimismo la LSC establece que los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.

El nuevo artículo 226 LSC en el que se regula la protección de la discrecionalidad empresarial establece que el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado. No se entenderán incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230 LSC.

El incumplimiento del deber de diligencia, en cualquiera de los aspectos referidos anteriormente, conlleva que a los administradores se les pueda exigir responsabilidad por los daños que su conducta cause al

patrimonio social. La falta de diligencia del administrador podrá ser tanto por acción como por omisión. Asimismo, debemos destacar que la obligación de administrar es una obligación de medios, no del resultado, por lo que no se puede confundir el éxito o el fracaso de la sociedad o de un negocio de ésta con el cumplimiento del deber de diligencia.

- ***Deber de lealtad***

Este deber de lealtad del administrador es el segundo de los deberes fiduciarios generales, regulado en el artículo 227 LSC y, al igual que el anterior, integra el contrato de administración suscrito entre éste y la sociedad, si bien dicho deber se concreta en la obligación del administrador de desempeñar su cargo siguiendo el modelo de conducta de un «*representante leal*». El deber de lealtad exige al administrador actuar en beneficio del interés de la sociedad en todas aquellas circunstancias en las que se presente un conflicto entre los intereses de ésta y los suyos propios, por tanto quedan proscritas todas aquellas decisiones del administrador que ante tales circunstancias no beneficien al interés social.

La infracción del deber de lealtad determinará no solo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador.

Los artículos 228 y 229 LSC prevén expresamente cuales son las conductas a las que está obligado el administrador en virtud del deber de lealtad:

a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquéllos para los que le han sido concedidas.

b) Guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera.

c) Abstenerse de participar en la deliberación y votación de acuerdos o decisiones en las que él o una persona vinculada tenga un conflicto de intereses, directo o indirecto. Se excluirán de la anterior obligación de abstención los acuerdos o decisiones que le afecten en su condición de administrador, tales como su designación o revocación para cargos en el órgano de administración u otros de análogo significado.

d) Desempeñar sus funciones bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros.

e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad.

Por su parte, el artículo 229 LSC regula expresamente cómo debe actuar el administrador ante situación de conflicto de interés, según el cual el administrador está obligado a abstenerse de:

a) Realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.

b) Utilizar el nombre de la sociedad o invocar su condición de administrador para influir indebidamente en la realización de operaciones privadas.

c) Hacer uso de los activos sociales, incluida la información confidencial de la compañía, con fines privados.

d) Aprovecharse de las oportunidades de negocio de la sociedad.

e) Obtener ventajas o remuneraciones de terceros distintos de la sociedad y su grupo asociadas al desempeño de su cargo, salvo que se trate de atenciones de mera cortesía.

f) Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.

Del mismo modo, la Ley prevé que dichas previsiones serán de aplicación también en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador.

En todo caso, los administradores deberán comunicar a los demás administradores y, en su caso, al consejo de administración, o, tratándose de un administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad.

Al igual que sucede respecto al deber de diligencia, no es posible modificar estatutariamente la responsabilidad del administrador derivada de la vulneración del deber de lealtad ya que tal extremo no afectaría únicamente a la sociedad sino también a los acreedores de ésta. Pero es más, teniendo en cuenta que las actuaciones constitutivas de infracción del deber se presumen dolosas, cualquier modificación de la responsabilidad del administrador derivada de dicha infracción vulneraría lo previsto en el artículo 1.102 *in fine* del CC.

No obstante lo anterior, la reforma de la LSC se desarrolla el régimen de imperatividad y dispensa del deber de lealtad (artículo 230 LSC). Conforme dispone dicho precepto la sociedad podrá dispensar las prohibiciones contenidas en el artículo anterior en casos singulares autorizando la realización por parte de un administrador o una persona vinculada de una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero. La autorización deberá ser necesariamente acordada por la junta general cuando tenga por objeto la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros, o afecte a una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales. En las sociedades de responsabilidad limitada, también deberá otorgarse por la junta general la autorización cuando se refiera a la prestación de cualquier clase de asistencia financiera, incluidas garantías de la sociedad a favor del administrador o cuando se dirija al establecimiento con la sociedad de una relación de servicios u obra. En los demás casos, la autorización también podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado. Además, será preciso asegurar la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso.

La obligación de no competir con la sociedad solo podrá ser objeto de dispensa en el supuesto de que no quepa esperar daño para la sociedad o el que quepa esperar se vea compensado por los beneficios que prevén obtenerse de la dispensa. La dispensa se concederá mediante acuerdo expreso y separado de la junta general. En todo caso, a instancia de cualquier socio, la junta general resolverá sobre el cese del administrador que desarrolle actividades competitivas cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad haya devenido relevante.

Podemos destacar como la reforma de la LSC mejora el orden y descripción de las obligaciones derivadas del deber de lealtad, destacando el deber de secreto y el de evitar conflictos de interés (artículo 228 LSC) y de los procedimientos que se deberían seguir en caso de conflicto de interés (artículo 229 LSC), extendiendo el deber lealtad a los administradores de hecho en sentido amplio y se refiere a la responsabilidad de los altos directivos, así como ampliando el alcance de la sanción más allá del resarcimiento de daño causado para comprender la devolución por el administrador del enriquecimiento injusto obtenido con la infracción.

- ***Deber de secreto***

El deber de secreto forma parte de los llamados deberes fiduciarios específicos. Se diferencia de los anteriores –deberes fiduciarios generales– en que no obliga únicamente a las personas que se encuentran ocupando el cargo de administrador sino también a aquellas que han ostentado dicho cargo y las personas físicas designadas por los administradores sociales que son personas jurídicas. Este deber se concreta en la obligación de los sujetos anteriormente referidos de guardar secreto sobre la información de carácter confidencial que conozcan como consecuencia del ejercicio, actual o no, de su cargo. Las conductas que suponen una violación del deber de secreto se concretan en dos: (i) la comunicación de información confidencial a terceros y (ii) la divulgación de información confidencial. Esta obligación tiene a su vez determinados límites: (i) frente a los socios que exijan información, si representan más del cinco por ciento del capital social; y (ii) frente a los requerimientos de la Administración o de la Autoridad judicial.

- ***Deber de abstención***

El deber de abstención de los administradores sociales obliga a éstos a abstenerse de ejercer el derecho de voto en la adopción de decisiones por el órgano competente cuando el administrador se encuentra en una situación de conflicto de intereses. En la normativa societaria no faltan las disposiciones que se refieran a dicho deber. Entre otras, cabe destacar el artículo 186 de la Ley de Sociedades de Capital que establece, para las sociedades anónimas, una prohibición de ejercicio de los derechos de voto inherentes a las acciones de cuya representación en la Junta General hayan obtenido los administradores de una sociedad anónima en virtud de la formulación previa de una solicitud pública de representación por ellos mismos y para sí o por otros a favor de ellos, de especial importancia en los casos de sociedades cotizadas. De igual modo cabe destacar lo establecido por la Ley de Sociedades de Capital para las sociedades de responsabilidad limitada (artículo 190 LSC), al prohibir dicho precepto el ejercicio del derecho de voto correspondiente a las participaciones de cualquier socio cuando éste sea a su vez administrador de la sociedad y el acuerdo que deba adoptar la Junta se refiera a materias en las que se presume que existe un conflicto de intereses para el administrador, siendo éstas las siguientes: (i) la concesión de la dispensa de la prohibición de entrar en competencia con la sociedad, (ii) el establecimiento de prestaciones de obra o servicios entre el administrador y la sociedad y (iii) la concesión de financiación entre la sociedad y el socio administrador.

6.1.2. Deberes legales

Las obligaciones legales son la fuente más clara de responsabilidad en caso de incumplimiento por sus administradores, si bien, su responsabilidad no se limita a lo previsto en éstas sino que, éstos responderán, a su vez, por todos los actos realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar su cargo, es decir, contraviniendo sus deberes fiduciarios anteriormente estudiados.

El grupo de deberes que ahora nos ocupa adquiere especial relevancia en lo que se refiere a la responsabilidad de los administradores por deudas, que será estudiada más adelante, ya que, si los administradores sociales incumplen algunos de sus deberes legales podrán ser responsables solidariamente junto a la sociedad por las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución (artículo 367 LSC).

• *Deber de convocatoria de la Junta General*

El deber de convocar la Junta General no opera de pleno derecho sino que surge cuando concurre un hecho que la Ley o los estatutos consideren que ha de conducir necesariamente a la disolución de la sociedad (STS de 26 de abril de 2005).

En el supuesto de la sociedad anónima, los administradores deberán convocar la Junta en el plazo de dos meses desde que concurra alguna de las siguientes causas de disolución previstas en el artículo 363.1 LSC, a saber: (i) conclusión de la sociedad; (ii) imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social; (iii) paralización de los órganos sociales; (iv) pérdidas cualificadas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso en caso de que la sociedad se encuentre en situación de insolvencia; (v) reducción del capital por debajo del mínimo legal y (vi) cualesquiera otras causas previstas en los estatutos de la sociedad. En la sociedad limitada además de por las anteriores causas, se disolverá por la falta de ejercicio de la actividad que constituye el objeto social durante tres años consecutivos (artículo 363.2 LSC).

• *Deber de solicitud de la disolución judicial*

El deber de los administradores de solicitar la disolución judicial tiene un doble presupuesto: (i) la subsistencia de la causa de disolución y (ii) el fracaso de la Junta General convocada para acordar la disolución. El primero de los presupuestos exige que la causa de disolución que motivó la convocatoria de la Junta no haya desaparecido, bien porque la sociedad ya

no se encuentre en causa de disolución, bien porque en dicho momento la sociedad se encuentre en situación de insolvencia y tenga la obligación por tanto de declararse en concurso, o bien porque algún interesado haya instado en dicho plazo la disolución de la sociedad. El segundo de los presupuestos se refiere a que la Junta debidamente convocada no haya podido celebrarse, o no hubiera adoptado el acuerdo de disolución de la sociedad. En tal supuesto el Órgano de Administración tiene la obligación de solicitar la disolución judicial, si bien cada administrador de forma individual, como interesado, tendrá la facultad para instar la disolución judicial, evitando de este modo la responsabilidad personal por las obligaciones sociales.

- *Deber de solicitud del concurso*

Como es sabido, el administrador de una entidad que no puede hacer frente a sus obligaciones, es decir, que se encuentra en un estado de insolvencia –actual o inminente– en el sentido previsto en el artículo 2 LC tiene la obligación de solicitar la declaración de concurso en el plazo de dos meses desde su conocimiento (artículo 5.1 LC).

6.2. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

La evolución actual de la legislación mercantil relativa al Órgano de Administración y, sobre todo, en referencia al endurecimiento de las posibles acciones de responsabilidad que pueden iniciarse contra sus miembros, están provocando de una parte, la adopción de medidas tendentes a garantizar y asegurar la actuación del Órgano de Administración frente a eventuales acciones de responsabilidad; de otro lado, la paulatina «profesionalización» de los miembros de los órganos de administración, prestando especial importancia a la formación y experiencia profesional de las personas que lo integran; y, por último, el asesoramiento externo de los órganos de administración en cuantas actuaciones lleven a cabo.

La Ley de reforma de la LSC define por primera vez la figura del *administrador de hecho* («Tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias del administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad» [vid. artículo 236.3 LSC]) al hacer expresamente extensivo la responsabilidad de los administradores de derecho a los de hecho.

Asimismo, cabe señalar como dicha reforma legal recoge la responsabilidad como administrador de los *altos directivos* cuando haya consejo de administración y no exista delegación permanente de facultades en uno

o varios consejos delegados y establece que la responsabilidad es solidaria entre el administrador persona jurídica y su representante persona física.

La reforma de la LSC operada por la Ley 31/2014 también extiende el régimen de responsabilidad de los administradores a personas asimiladas y facilita la interposición de la acción social de responsabilidad –a la que nos referiremos a continuación– reduciendo la participación necesaria para obtener legitimación y permitiendo, en los casos de infracción del deber de lealtad, su interposición directa, sin necesidad de esperar a un acuerdo de la junta general (conformen prevén los artículos 236, 239 y 241 bis LSC tras la modificación operada por la Ley 31/2014)¹.

Por último cabe destacar entre las novedades en materia de responsabilidad societaria introducidas por la Ley 31/2014 la *presunción de culpabilidad* de los administradores, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales y la previsión expresa de un *plazo de prescripción* para ejercitar las acciones de responsabilidad, social e individual, de cuatro años a contar desde el día en que hubieran podido ejercitarse.

6.2.1. Presupuestos de la responsabilidad

Los administradores pueden llegar a responder con su patrimonio personal en los supuestos en los que no cumplan con los deberes inherentes a su cargo, anteriormente estudiados. El artículo 236 LSC dispone que los administradores de derecho o de hecho como tales, responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por actos u omisiones contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo.

6.2.2. Responsabilidad solidaria y causas de exoneración de la responsabilidad

El artículo 237 de la Ley de Sociedades de Capital determina el carácter solidario de la responsabilidad entre los administradores y junto a la sociedad, al disponer que todos los miembros del Órgano de Administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron

1. Del mismo modo debemos destacar como la **Propuesta de Código Mercantil** regula la materia que ahora nos ocupa con algunas novedades importantes, si bien puesto que aún no es segura su entrada en vigor ni las posibles variaciones en la redacción durante su tramitación, será necesario analizar dichas cuestiones con la debida cautela.

todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General (artículo 236.2 LSC). Tampoco se verá exonerado de responsabilidad aquél administrador que alegue que se encontraba al margen de la gestión social ya que tal circunstancia contradice la obligación de todo administrador de desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal y, por tanto, en contra de las actuales exigencias de profesionalidad, eficacia y responsabilidad de los administradores sociales.

Sin perjuicio del carácter solidario de la responsabilidad de los administradores, la ley prevé determinados supuestos de *exclusión o moderación de la responsabilidad de ciertos administradores*. Para los supuestos en que el daño se produce como consecuencia de la realización de actos del administrador contrarios a la Ley o a los estatutos, o por omisión de deberes legales, resulta suficiente que de esa infracción se derive un daño para que surja la responsabilidad. No se trata a partir de ahí de afirmar una responsabilidad profesional objetiva, sino que debe entenderse en el sentido de considerar que el hecho de incumplir la ley o los estatutos implica cierto grado de negligencia, tratándose de la responsabilidad de quien, aún por ignorancia, no cumple los deberes que como administrador le corresponden. En tales supuestos no parece lógico que el administrador pueda exonerarse de responsabilidad probando que no hubo culpa por su parte. En primer lugar, debemos recordar que, como es sabido, el desconocimiento de la norma así como el conocimiento equivocado de la misma, parece que, en la mayoría de los casos, sólo será una prueba más de la negligencia del administrador, cuya diligencia exigible es superior a la general de un buen padre de familia prevista en el artículo 1.104 CC. Por otra parte, para los casos en los que al administrador se le impute la infracción del deber genérico de la diligencia en el cumplimiento de su cargo, hay que recordar que la del administrador es una de las obligaciones consideradas «de medios», es decir, responde de las faltas de gestión y del incumplimiento de sus deberes de lealtad, pero no del éxito de su gestión. La prueba de que, en las circunstancias concretas de tiempo y de lugar, su actuación ha sido la propia de un ordenado empresario y representante leal, servirán para exonerarle de responsabilidad. Por último, cabe destacar que los casos fortuitos o de fuerza mayor, en el sentido previsto en el artículo 1.105 CC, pueden jugar como circunstancias extrañas que, en caso de concurrir, interrumpirían el nexo causal entre la conducta del sujeto y la producción del daño. Por tanto, el administrador no responderá de los daños que sean

consecuencia de un suceso ajeno a su ámbito de control. Sobre la base de las referidas disposiciones legales, nuestra doctrina y jurisprudencia ha establecido determinados supuestos en los que la responsabilidad de un administrador puede verse moderada e incluso excluida si concurren circunstancias concretas fijadas por nuestra jurisprudencia.

Por último, es importante destacar que la responsabilidad de los administradores de una sociedad que se encuentre en esta situación es solidaria entre todos los miembros del Órgano de Administración y con la sociedad. Por tanto, en el supuesto de responsabilidad previsto en el artículo 367 de la Ley de Sociedades de Capital, un acreedor podrá reclamar la totalidad de la deuda de cualquiera de los administradores (*ius electionis* y *ius variandi*). Si bien, la solidaridad opera sólo frente a terceros, pero internamente la responsabilidad de los administradores es mancomunada, de manera que el administrador que hubiera pagado la deuda social podrá repetir contra la sociedad por la totalidad de la deuda pagada y contra los demás administradores por su cuota (artículo 1838 y 1839 CC).

6.3. ACCIONES SOCIETARIAS DE RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES. ESPECIAL REFERENCIA A LA SITUACIÓN DE CONCURSO DE LA SOCIEDAD

Las posibles acciones societarias que se pueden ejercitar frente a los administradores son las siguientes: la acción social, la acción individual por daños y la acción de responsabilidad por deudas de la sociedad. Existe una cuarta acción de responsabilidad de los administradores, si bien limitada a aquellos supuestos en los que la sociedad se encuentre en situación concursal, que es la acción de responsabilidad concursal, regulada en el artículo 172 bis de la Ley Concursal, que será analizado al estudiar la calificación culpable del concurso.

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, que entró en vigor el pasado 1 de enero de 2012, modificó algunos aspectos de la Ley Concursal, entre los que se encuentra el sistema de coordinación de las acciones de responsabilidad societaria. Desde la citada reforma, una vez que se declare el concurso de la sociedad el administrador concursal tendrá la legitimación exclusiva para ejercitar las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores, auditores o liquidadores (artículo 48 *quáter* LC); además, los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital

concurradas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución (artículo 50.2 LC); y quedarán en suspenso hasta que finalice el concurso, los procedimientos iniciados antes de la declaración de concurso en los que se hubieran ejercitado acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución (artículo 51 *bis* LC), quedando al margen de lo previsto en dicho precepto las acciones individuales por daño.

- ***Acción social***

La acción social es la acción propia de la sociedad contra sus administradores, basada en el daño causado al patrimonio social, sin perjuicio de que haya otros legitimados subsidiarios que pueden ejercerla subsidiariamente respecto de la sociedad porque están interesados en la reconstitución de ese patrimonio. Cuando los administradores incumplan los deberes inherentes al desempeño de su cargo referidos en el Epígrafe anterior y de dicha conducta se deriven consecuencias dañosas para la sociedad, podrá ejercitarse la acción social de responsabilidad para defender los intereses de ésta.

El ejercicio de la acción social de responsabilidad aparece regulado en el artículo 238 LSC. Dicho precepto legal determina que la responsabilidad de los administradores por daños al patrimonio social sólo es exigible cuando se cumplen determinados presupuestos expresamente previstos en la Ley, siendo posible que dicha acción sea ejercitada por la sociedad, por determinados socios o por los acreedores de ésta.

Los requisitos necesarios para su ejercicio varían en función de quien ejercita dicha acción, siendo en todo caso, insuficiencia del patrimonio social para la satisfacción de los créditos de la sociedad.

La Ley de reforma de la LSC ha supuesto una flexibilización del régimen de ejercicio de la acción social de responsabilidad, mediante la reducción al 3% del capital requerido en las sociedades cotizadas para la legitimación de la minoría y la posibilidad de ejercicio directo, sin necesidad de junta previa, en caso de infracción del deber de lealtad.

En primer lugar, debemos señalar que el ejercicio de la acción civil de responsabilidad contra un administrador negligente por daño al patrimonio social corresponde *iure proprio* a la sociedad, por medio de la Junta General, al ser éste el órgano de expresión de la voluntad social. De igual modo, la Junta puede en cualquier momento transigir o

renunciar al ejercicio de la acción, siempre que no se opusieran a ellos socios que representen el cinco por ciento del capital social, según establece el apartado segundo del artículo 238 LSC. Por otra parte, el artículo 239 LSC legitima a los socios minoritarios para que también pueda ejercitar la acción social contra los administradores. En concreto, establece el artículo 239 LSC respecto a la legitimación de la minoría para ejercitar dicha acción que: *«el socio o socios que posean individual o conjuntamente una participación que les permita solicitar la convocatoria de la junta general, podrán entablar la acción de responsabilidad en defensa del interés social cuando los administradores no convocasen la junta general solicitada a tal fin, cuando la sociedad no la entablare dentro del plazo de un mes, contado desde la fecha de adopción del correspondiente acuerdo, o bien cuando este hubiere sido contrario a la exigencia de responsabilidad»*. Éstos podrán ejercitar directamente la acción social de responsabilidad cuando se fundamente en la infracción del deber de lealtad sin necesidad de someter la decisión a la junta general. Finalmente, ante la pasividad de la sociedad y de sus socios, el artículo 240 LSC también legitima a los acreedores de la sociedad para ejercitar la acción social frente a los administradores de su sociedad deudora.

El ejercicio de la acción social por un acreedor de ésta requiere que en el patrimonio de la sociedad no haya bienes suficientes para satisfacer a sus acreedores. Se trata de una medida de protección del patrimonio de la sociedad deudora que puede ser ejercitada por sus acreedores, pero de la que es titular la sociedad, por lo que podemos establecer que el objeto de tutela de esta acción es el interés social por lo que tradicionalmente se ha entendido que la acción social tiene carácter unitario, aunque pueda ser ejercitada por diferentes sujetos. Por ello, las consecuencias inmediatas derivadas del ejercicio de la acción repercuten directamente en el patrimonio de la sociedad y no en el del acreedor instante de la acción, por lo que éste no percibe de modo directo el incremento patrimonial del ejercicio de una acción ajena, sino que será el patrimonio de la sociedad deudora el que se verá incrementado si la acción prospera y posteriormente el acreedor, sin ningún privilegio frente al resto, deberá intentar cobrar de la sociedad.

Por tanto, en los supuestos en los que el acreedor pueda ejercitar la acción individual a la que nos referiremos a continuación es comprensible que prefiera instar esa acción frente a la acción social, no dándose en la práctica muchos supuestos de acreedores que ejerciten la acción social de responsabilidad (STS de 22 de marzo de 2006).

En el caso de que la sociedad deudora se encuentre en concurso, desde la entrada en vigor de la Ley 38/2011 antes referida, el juez del concurso será el único competente para conocer de la acción social y la administración concursal la única legitimada para su ejercicio, ordenando al juez del concurso la acumulación de oficio de aquellos procesos en los que se hubiera ejercitado la acción social de responsabilidad con anterioridad a la declaración de concurso.

• *Acción individual por daños*

La Ley de Sociedades de Capital contempla en su artículo 236 los motivos por los cuales los administradores de las sociedades pueden incurrir en responsabilidad y, por tanto, responder con su propio patrimonio de los daños y perjuicios que puedan causar a terceros por sus propios actos. Dicho precepto prevé que los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios o accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar su cargo. La acción individual se dirige, por tanto, al resarcimiento de los daños directos e individuales causados a acreedores o socios concretos.

Las obligaciones legales son la fuente más clara de responsabilidad en caso de incumplimiento por sus administradores, si bien, su responsabilidad no se limita a lo previsto en éstas sino que, como veíamos al analizar los deberes de los administradores, éstos responderán, a su vez, por todos los actos realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar su cargo, es decir, contraviniendo su deber de diligencia. La acción individual de responsabilidad por daño se refiere a actos de los administradores que lesionen directamente el patrimonio individual de personas ajenas a la sociedad, y no el patrimonio de la sociedad, a diferencia de la acción social anteriormente referida. En ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General (artículo 236.2 LSC).

La acción individual se encuentra tipificada en el artículo 241 LSC en el que se establece que quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos. Lo anterior implica que el ejercicio de la acción social, estudiada anteriormente, no excluye la subsistencia de las eventuales acciones conforme al derecho común, de quienes resulten directamente perjudicados en su patrimonio por actos realizados por los administradores en el ejercicio de su cargo. La acción individual que nos ocupa puede ser ejercitada por aquellas

personas que acrediten haber sufrido un daño directamente imputable a una conducta (por acción u omisión) del administrador y por tanto, puede ser ejercitada tanto por los socios de la sociedad como por terceros ajenos a ésta.

La acción individual de responsabilidad por daño directo esencialmente requiere que el acreedor instante de esta acción acredite que ha existido: (i) una acción u omisión negligente imputable al administrador, (ii) un daño patrimonial causado directamente a un socio o a un tercero, en este caso el impago de las deudas a un acreedor y (iii) una relación de causalidad entre el comportamiento culposo del administrador y el perjuicio ocasionado al tercero. Entre los daños sufridos por el socio o el tercero que puede reclamar a los administradores sociales si acredita los extremos anteriores se encuentran los supuestos de causación dolosa de daños (incumplimiento consciente y voluntario) si tales daños son objetivamente imputables al administrador. Por ejemplo, si los administradores han continuado endeudando a la sociedad a sabiendas de la grave situación patrimonial que sufría la sociedad (por ejemplo, si estaba incurso en causa de disolución o de concurso) y a pesar de ello agravan la situación de insolvencia de la sociedad de forma consciente, siendo necesario que el acreedor no tuviera conocimiento de dicha situación de disolución o insolvencia de la sociedad.

Como es sabido, la regla general es que responde la sociedad de los daños ocasionados como consecuencia del incumplimiento o de la incorrecta ejecución de un contrato celebrado con la sociedad, si bien en determinados casos, sus administradores pueden influir directamente en esa correcta o defectuosa ejecución pudiendo responder por los daños directos ocasionados a los acreedores de la sociedad. En estos casos serán de aplicación las normas sobre responsabilidad extracontractual al encontrarnos ante una lesión de un derecho de crédito por un tercero, por lo que no se trata de una infracción contractual pues este tipo de relación existiría entre la sociedad y el acreedor en concreto, no siendo, por tanto, parte el administrador social. En estos casos, el fundamento de la responsabilidad no es el contrato sino el comportamiento doloso del administrador (incumplimiento consciente y voluntario) respecto del que siempre existe un deber de indemnizar en la medida en que los daños derivados de dicho comportamiento resulten objetivamente imputables al comportamiento del administrador.

- *Acción de responsabilidad por deudas de la sociedad*

Junto al régimen de responsabilidad societario anteriormente analizado (acción social y acción individual por daños), el legislador español

introdujo en 1989 una nueva acción de responsabilidad de administradores, probablemente influido por el Derecho comparado.

Cualquier acreedor no puede acudir a los tribunales por la vía de la responsabilidad por deudas para obtener el cobro de sus créditos frente a los administradores sino sólo los titulares de créditos que tienen origen en un momento posterior a la concurrencia de la causa de disolución podrán ejercitar la acción de responsabilidad de administradores. Para ello será necesario acreditar que la sociedad se encontraba en alguno de los supuestos legales que exige la disolución o el concurso, o en su caso la convocatoria de Junta para tratar tal extremo y que, sin embargo, los administradores no cumplieron con sus obligaciones legales.

La diferencia entre esta acción y la acción individual por daño radica en que la responsabilidad por deudas de la sociedad se establece para el caso de incumplimiento de los deberes que la Ley les impone a los administradores, aunque no sean causantes del daño sufrido por el tercero instante de la acción, mientras que la responsabilidad por daños exige que dicho daño sea imputable directamente a la conducta del administrador demandado. Efectivamente, a diferencia de lo que ocurre con la acción individual por daños, en el caso que ahora nos ocupa basta con el incumplimiento de los deberes legales del administrador de convocar la Junta para que acuerde la disolución, o en su caso, solicitar la disolución judicial para que entre el juego la responsabilidad solidaria de los administradores con la sociedad *ex* artículo 367 LSC, por lo que no es necesario acreditar un resultado dañoso ni la vinculación causal entre el acto ilícito y el daño. Se trata de una sanción extraordinariamente dura para el administrador de una sociedad. No obstante, debemos tener en cuenta que el objetivo de esta norma no es sancionar al administrador por la disminución del patrimonio social, sino por mantener en el tráfico, por ejemplo, una sociedad cuyo patrimonio se encuentra por debajo de la mitad del capital social, perjudicando a los acreedores para los que la cifra del capital de la sociedad ya no significa nada.

Desde la entrada en vigor de la reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011 (aplicable a concursos iniciados con posterioridad al 1 de enero de 2012) han quedado en suspenso las acciones de responsabilidad por deudas que hubieran sido ejercitadas antes de la declaración de concurso de la sociedad hasta la conclusión del procedimiento concursal (artículo 51.1 bis LC) y, asimismo, se impide la admisión a trámite de nuevas demandas *ex* artículo 367 LSC durante el mismo periodo (artículo 50.2 LC).

7. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN: COMPOSICIÓN. DESIGNACIÓN. SISTEMAS DE REPRESENTACIÓN PROPORCIONAL Y DE COOPTACIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS. ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO. IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS. DELEGACIÓN DE FACULTADES Y FACULTADES INDELEGABLES

• *Composición*

El Consejo de Administración es la forma más común de administración de las sociedades anónimas. Como vimos, el Consejo de Administración estará formado por un mínimo de tres miembros. Los estatutos fijarán el número de miembros del Consejo de Administración o bien un número máximo o mínimo, correspondiendo en este caso a la Junta de socios la determinación del número concreto de sus componentes. A diferencia de las sociedades anónimas en las que no existe un límite máximo de miembros del Consejo, en la sociedad de responsabilidad limitada, en caso de Consejo de Administración, el número máximo de los componentes del Consejo no podrá ser superior a doce (artículo 242 LSC). El Consejo de Administración presenta determinadas ventajas frente al resto de formas de organización de la administración de la sociedad, ya que en el Consejo pueden participar accionistas, directivos y expertos independientes lo que enriquece al Órgano de Administración y, además, a través de la delegación de facultades a la que nos referiremos más adelante, se puede lograr que uno o varios consejeros (Consejeros delegados o Comisiones ejecutivas) ostenten facultades de representación muy amplias agilizando así el funcionamiento de las sociedades.

• *Designación de Consejeros. Sistemas de representación proporcional y de cooptación de las sociedades anónimas*

Como vimos, la Junta General tiene la facultad de elegir a los miembros del Consejo de Administración. Esta facultad es absoluta en las sociedades de responsabilidad limitada, sin embargo, en las sociedades anónimas presenta dos excepciones:

- i. El *sistema de representación proporcional* de las sociedades anónimas, regulado en el artículo 243 LSC fue instaurado por el RD 823/1991, de 17 de mayo. Dispone el citado precepto que las acciones que voluntariamente se agrupen, hasta constituir una cifra del capital social igual o superior a la que resulte de dividir este último por el número de componentes del Consejo, tendrán derecho a designar los que, superando fracciones enteras, se deduzcan

de la correspondiente proporción. En el caso de que se haga uso de esta facultad, las acciones así agrupadas no intervendrán en la votación de los restantes componentes del Consejo. Se trata, por tanto, de un sistema facultativo de representación proporcional de las minorías en el Consejo de Administración, para impedir que los accionistas mayoritarios puedan designar a la totalidad de los miembros del Consejo.

- ii. El *sistema de cooptación*, regulado en el artículo 244 LSC, establece que en las sociedades anónimas, si durante el plazo para el que fueron nombrados los administradores se produjesen vacantes sin que existieran suplentes, el Consejo podrá designar entre los accionistas las personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la primera Junta General. Con el objeto de evitar la costosa y compleja convocatoria de la Junta, la Ley faculta al propio Consejo para designar entre los accionistas a las personas que ocuparan las vacantes que se queden en el Consejo, si bien con carácter provisional, únicamente hasta la celebración de la siguiente Junta General, que podrá ratificar o no al miembro del Consejo que fue elegido provisionalmente. Aunque en principio este sistema se concibe como excepcional, en especial en las sociedades cotizadas se ha convertido en la regla general al permitirse de este modo la autoselección de los miembros del Consejo, es decir, que sean los propios administradores los que decidan sobre los demás integrantes del Consejo, si bien sometidos a la posterior ratificación de la Junta.

• **Cargos. Organización y funcionamiento**

El Consejo de Administración, como órgano colegiado que es, está sujeto a unas reglas de organización y funcionamiento en materia de convocatoria, constitución, adopción de acuerdos, etc. que, en principio, pueden ser libremente acordadas por cada sociedad. En esta materia regirán, en principio, lo previsto en los estatutos sociales.

El Consejo de Administración debe designar necesariamente a su Presidente. Entre las funciones del *Presidente del Consejo* se encuentran las siguientes: (i) convocar la Junta General y al propio Consejo; (ii) verificar que se facilita la información previa solicitada por los consejeros; (iii) verificar y declarar la válida constitución del Consejo de Administración; (iv) dirigir las reuniones del Consejo de Administración, otorgando y retirando la palabra, ordenando la votación y proclamando el resultado; (v) otorgar el visto bueno a las certificaciones expedidas por el Secretario del

Consejo de Administración; y (vi) ser el destinatario de las comunicaciones y notificaciones que se dirijan a la sociedad. Por su parte, el *Vicepresidente del Consejo* tiene la función de sustituir al Presidente en sus funciones. Finalmente, el *Secretario del Consejo* tiene la función y facultad, entre otras; (i) de colaborar con el Presidente en la preparación de las sesiones; (ii) redactar las actas de las sesiones del Consejo; (iii) conservar y custodiar los libros de actas y demás documentación societaria; y (iv) ostentar la Secretaría de la Junta General, entre otras.

El Consejo de Administración será convocado por su Presidente o el que haga sus veces. Los administradores que constituyan al menos un tercio de los miembros del Consejo podrán convocar al Consejo, indicando el Orden del día, para su celebración en la localidad donde radique el domicilio social, si, previa petición al presidente, éste sin causa justificada no hubiera hecho la convocatoria en el plazo de un mes (artículo 246 LSC, en su redacción dada por la Ley 25/2011, de 1 de agosto). En las sociedades anónimas el Consejo de Administración quedará válidamente constituido cuando concurren a la reunión, presentes o representados, la mayoría de los vocales (artículo 247.2 LSC), mientras que en las sociedades de responsabilidad limitada el Consejo de Administración quedará válidamente constituido cuando concurren, presentes o representados, el número de consejeros previsto en los estatutos, siempre que alcancen, como mínimo, la mayoría de los vocales (artículo 247.1 LSC).

El consejo de administración deberá reunirse, al menos, una vez al trimestre, tal y como dispone el artículo 245.3 LSC introducido por la Ley de reforma de LSC.

• ***Adopción e impugnación de acuerdos***

Los acuerdos del Consejo de Administración en las sociedades anónimas se adoptarán por mayoría absoluta, es decir, más de la mitad de los consejeros concurrentes a la sesión presentes o representados. La votación por escrito y sin sesión sólo será admitida cuando ningún consejero se oponga a este procedimiento (artículo 248 LSC). Las discusiones y acuerdos del Consejo de Administración se llevarán a un *Libro de actas*, al que se refiere el artículo 26.1 C. Com., debiendo ser firmada el *Acta del Consejo* por el Presidente y el Secretario del Consejo (artículo 250 LSC). La firma de estas dos personas es una garantía más de la veracidad del Acta, de manera que si falta alguna de ellas habrá de ser sustituida por alguna persona que tenga su nombramiento inscrito en el Registro Mercantil. No obstante, habrá de considerarse válida el Acta levantada por un Notario que asiste a la sesión. En la Certificación del Acta que recoja acuerdos inscribibles en

el Registro Mercantil habrán de constar los nombres de los miembros del Consejo asistentes a la reunión, para que el Registrador, a la hora de calificar la validez de los acuerdos, pueda comprobar que los asistentes tienen sus cargos vigentes y debidamente inscritos en el propio Registro.

Los acuerdos del Consejo de Administración o de cualquier otro órgano colegiado de administración (Comisión delegada o Comisión ejecutiva) podrán ser objeto de impugnación. No cabe, por tanto, impugnación contra las decisiones de los Órganos de administración unipersonales (Administrador único, Administradores solidarios o Consejeros delegados).

Los administradores podrán impugnar los acuerdos impugnables del Consejo, desapareciendo con la Ley de reforma de la LSC la antigua distinción entre acuerdos nulos y anulables que vimos al estudiar la impugnación de los acuerdos de la Junta General.

El plazo de impugnación de los acuerdos del Consejo de administración es más reducido, al establecerse un plazo general de treinta días (artículo 251.1 LSC). Aunque la cuestión podría prestarse a discusión, entendemos que este plazo no resulta de aplicación para los supuestos de acuerdos contrarios al orden público.

El artículo 251.1 LSC reconoce como legitimados a los administradores y a los socios que representen un 1% del capital social, aunque este porcentaje se reduce –al igual que para la junta general– al 0,1% en el caso de las sociedades cotizadas [artículo 495.2.b) LSC], lo que supone una importante reducción respecto al régimen legal anterior.

La impugnación se tramitará conforme a lo establecido para la impugnación de los acuerdos de la Junta General anteriormente estudiada con la particularidad de que, en este caso, también procederá por infracción del reglamento del consejo de administración (artículo 251.2 LSC).

- ***Delegación de facultades y facultades indelegables***

El Consejo de Administración puede delegar facultades concretas y/o temporalmente mediante el otorgamiento de poderes o bien puede delegarlas de forma general y/o permanente creando dentro de sí otro órgano, que frente a terceros ostentará el mismo poder legal de representación que el propio Consejo. En la práctica es frecuente que los miembros del Consejo no tengan la capacidad y los conocimientos para gestionar el día a día de la sociedad, y utilicen esa posibilidad que les confiere la Ley de delegar las facultades de gestión a favor de determinadas personas, normalmente a un comisión del propio Consejo integrada por *Consejeros directivos*; a favor de un consejero que pasará a ser *Consejero delegado* o de

una *Comisión ejecutiva*; o a favor del principal directivo que ocupa también la presidencia del Consejo, denominado *Presidente ejecutivo* con delegación de facultades. Todo ello sin perjuicio de los apoderamientos que, como vimos, podían conferir a cualquier persona, y siempre que los estatutos de la sociedad no dispongan otra cosa (artículo 249.1 LSC).

La materia relativa a delegación de facultades es una de las materias que más se ha visto afectada por la Ley de reforma de la LSC.

Entre las reformas introducidas cabe destacar la obligación que ahora prevé la LSC de suscribir un contrato entre la sociedad y el miembro de su consejo de administración que sea nombrado consejero delegado o al que se atribuyan funciones ejecutivas, que deberá ser aprobado por una mayoría cualificada del consejo. El artículo 249.3 LSC prevé que cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión. En el contrato se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. El consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato. Dicho contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general.

Además, la Ley de reforma de la LSC ha ampliado las *facultades indelegables* del consejo de administración del conjunto de las sociedades mercantiles de modo que en ningún caso podrán ser objeto de delegación, siendo dichas facultades indelegables las previstas en el artículo 249 bis LSC:

- a) La supervisión del efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado.
- b) La determinación de las políticas y estrategias generales de la sociedad.
- c) La autorización o dispensa de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo dispuesto en el artículo 230 LSC.

- d) Su propia organización y funcionamiento.
- e) La formulación de las cuentas anuales y su presentación a la junta general.
- f) La formulación de cualquier clase de informe exigido por la ley al órgano de administración siempre y cuando la operación a que se refiere el informe no pueda ser delegada.
- g) El nombramiento y destitución de los consejeros delegados de la sociedad, así como el establecimiento de las condiciones de su contrato.
- h) El nombramiento y destitución de los directivos que tuvieran dependencia directa del consejo o de alguno de sus miembros, así como el establecimiento de las condiciones básicas de sus contratos, incluyendo su retribución.
- i) Las decisiones relativas a la remuneración de los consejeros, dentro del marco estatutario y, en su caso, de la política de remuneraciones aprobada por la junta general.
- j) La convocatoria de la junta general de accionistas y la elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos.
- k) La política relativa a las acciones o participaciones propias.
- l) Las facultades que la junta general hubiera delegado en el consejo de administración, salvo que hubiera sido expresamente autorizado por ella para subdelegarlas.

Por último cabe destacar como, en lo que respecta a las *sociedades cotizadas*, la LSC establece otras facultades adicionales que no podrán ser objeto de delegación, con el fin de preservar la función general de supervisión y control que corresponde al Consejo de administración. Y es que al margen de las facultades indelegables del nuevo artículo 249 bis LSC anteriormente trascritas, que se aplican a todas las sociedades mercantiles, la Ley de Reforma de la LSC ha previsto también la prohibición expresa de que el consejo de administración de las sociedades cotizadas delegue otra serie de facultades añadidas. Este régimen se incluye en el nuevo artículo 529 ter LSC a cuyo contenido nos remitimos.

8. GOBIERNO CORPORATIVO: EL «BUEN GOBIERNO» DE LAS SOCIEDADES

El Buen Gobierno o «*Corporate Governance*» puede ser definido como el conjunto de mecanismos mediante los cuales una empresa es dirigida

y controlada o como estableció la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, Principios de Gobierno Corporativo de la OECD en 2004 *«el gobierno corporativo abarca un conjunto de relaciones entre la administración de la empresa, su Consejo de Administración, sus accionistas y otras partes interesadas. También proporciona la estructura a través de la que se fijan los objetivos de la compañía y se determinan los medios para alcanzar esos objetivos y supervisar el desempeño»*.

El gobierno corporativo constituye uno de los temas más relevantes de la actualidad jurídica y societaria de los últimos tiempos. La importancia adquirida por el Consejo de Administración dentro de la estructura corporativa de las grandes sociedades cotizadas, ha dado lugar a un amplio proceso de valoración del cometido y las funciones que han de corresponder al Consejo de este tipo de sociedades. Aunque adquiere mayor relevancia en el ámbito de las sociedades anónimas cotizadas, también es importante para otras empresas e instituciones, incluso para las no societarias como las Cajas de Ahorros, otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores o las empresas públicas. En definitiva, el Buen Gobierno de las sociedades constituye la respuesta necesaria para afrontar los nuevos riesgos económicos (globalización, desregulación, inversión en nuevas tecnologías), jurídicos (incremento de las responsabilidades empresariales) y éticos (crisis de los valores morales empresariales) que desde la década de 1990 ha demostrado la debilidad de las sociedades y del sistema económico y financiero.

Se puede entender que el primer Código de Buen Gobierno relevante que existió en España fue el creado por la Comisión Especial presidida por el Profesor Olivencia en 1998, que consistía en un informe y una serie de veintitrés recomendaciones sobre buen gobierno en sociedades cotizadas que se conoce como *«Código Olivencia»*. Dicho Código tenía como objetivo que las sociedades se comprometiesen a su cumplimiento e informasen al mercado. Posteriormente se creó una segunda comisión que se conoce como *«Comisión Aldama»* que presentó sus conclusiones y recomendaciones en 2003, entre las que destaca su recomendación de que el legislador obligara a las empresas a que informen sobre sus prácticas de buen gobierno y a exigir responsabilidades a aquellos administradores que no cumplan con sus obligaciones. En resumen, dicha Comisión emitió nuevas recomendaciones y solicitó medidas para asegurar mayor calidad de la información al mercado a través de un Informe Anual de Gobierno Corporativo. Dicha propuesta tuvo su reflejo en la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el

texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas (en adelante, Ley de Transparencia), que amplió los supuestos de responsabilidad de administradores en las sociedades anónimas y obligó a que todas las sociedades anónimas cotizadas publicaran anualmente el Informe de Gobierno Corporativo (inicialmente regulado en el artículo 116 LMV y actualmente recogido en el artículo 61 bis LMV, según las modificaciones introducidas por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible –en adelante, Ley de Economía Sostenible–). A su vez, la Ley de Transparencia encargó a la CNMV que actualizara y unificara el Código de Buen Gobierno. A través de las Orden ECO/3722/2003 y la Circular 1/2004 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), se reguló el contenido mínimo y estructura que debía tener el Informe Anual de Gobierno Corporativo.

En mayo de 2006 fue aprobado por la CNMV el *Código unificado de Buen Gobierno* o «*Código Conthe*» (en honor al entonces Presidente de la CNMV), que fue actualizado parcialmente en junio de 2013 cuyo propósito fue convertir al Consejo de Administración en un órgano de control y de supervisión de los directivos de las sociedades cotizadas (consejeros delegados, altos directivos, etc.) y alinear sus intereses con los de los accionistas. Este Código armonizaba y actualizaba todas las recomendaciones anteriores. La CNMV, a través de la Circular 4/2007 estableció las pautas para adaptar el Informe de Gobierno Corporativo al Código Conthe. Nuevas modificaciones al Informe Anual de Gobierno Corporativo fueron introducidas en 2011 a través de la Ley de Economía Sostenible y mediante la Orden ECC/461/2013 de 20 de marzo se determinaba el contenido y la estructura del informe anual de gobierno corporativo, del informe anual sobre remuneraciones y de otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorros y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores, cuyo contenido fue desarrollado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores a través de los modelos de informe anual de gobierno corporativo de las sociedades anónimas cotizadas, de las cajas de ahorros y de otras entidades que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores que publicó la Circular 5/2013 de 12 de junio.

Como se puede observar por las distintas medidas adoptadas, en los últimos años se han intensificado las acciones relacionadas con las buenas prácticas en materia de gobierno corporativo, en especial por el inicio de la crisis financiera internacional, por el convencimiento generalizado de la

importancia de que las sociedades cotizadas sean gestionadas de manera adecuada y transparente como factor esencial para la generación de valor en las empresas, la mejora de la eficiencia económica y el refuerzo de la confianza de los inversores.

Por lo anterior, en España, se introdujo como uno de los objetivos del Plan Nacional de Reformas 2013, ampliar el marco del buen gobierno corporativo en España con el objetivo de mejorar la eficacia y responsabilidad en la gestión de las sociedades españolas y, al tiempo, situar los estándares nacionales al más alto nivel de cumplimiento comparado de los criterios y principios internacionales de buen gobierno.

Así, por Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de mayo de 2013 se creó en España una comisión de expertos en materia de gobierno corporativo para proponer las iniciativas y las reformas normativas adecuadas para garantizar el buen gobierno de las empresas, y para prestar apoyo y asesoramiento a la Comisión Nacional del Mercado de Valores en la modificación del Código Unificado de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas (*Código Conthe*).

El 14 de octubre de 2013, la Comisión Nacional del Mercado de Valores publicó el resultado de la primera parte del trabajo de la referida comisión de expertos: un informe sobre las propuestas de modificaciones normativas en materia de gobierno corporativo. Y, el 4 de diciembre de 2014 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital («LSC») para la mejora del gobierno corporativo. Las modificaciones introducidas por esta nueva Ley a la LSC parten de la base del citado informe de la comisión de expertos y respetaba la práctica totalidad de sus recomendaciones. Las principales modificaciones podrían ser las siguientes, agrupadas en dos grandes bloques: (i) Juntas de accionistas: Las reformas van encaminadas a ampliar las competencias de la junta general, reforzar los derechos de los accionistas minoritarios y asegurar la transparencia de la información que reciben los accionistas. (ii) Consejos de administración: Las reformas tienen como objetivo, entre otros aspectos, reforzar el régimen jurídico de los deberes y la responsabilidad de los administradores, promover la diversidad de género, experiencia y conocimientos en los consejos, introducir la figura del consejero coordinador –cuando confluyan en la misma persona los cargos de presidente del consejo y primer ejecutivo–, reducir el plazo de mandato a 4 años, clarificar el régimen de remuneraciones y su aprobación por la junta, o convertir en obligatoria, por mandato legal para las sociedades cotizadas, además de la comisión de auditoría, la comisión de nombramientos y retribuciones.

Con el estudio para la elaboración del informe, la comisión de expertos citada, empezó a diferenciar aquellas cuestiones que debían ser propuestas para la mejora del marco regulatorio vigente en España, lo que dio lugar a la Ley 31/2014 ya citada, de las medidas que debían constituir recomendaciones de seguimiento voluntario sujetas al principio de «cumplir o explicar», que son las que se deben contener en un código. Así, con fecha 24 de febrero de 2015 la Comisión Nacional del Mercado de Valores hizo público el nuevo Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas (el «Código»), elaborado con el apoyo de la Comisión de expertos en materia de gobierno corporativo y aprobado por Acuerdo del Consejo de la CNMV el día 18 de febrero de 2015.

El nuevo Código, que sustituye al *Código Conthe* unificado de 2006, actualizado en 2013, completa la reforma del marco normativo del gobierno corporativo en España, cuyo primer exponente fue la referida reforma de la Ley de Sociedades de Capital, a través de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo.

El nuevo Código está compuesto por 64 recomendaciones, frente a las 53 de la versión de junio de 2013. Las recomendaciones se agrupan en tres grandes bloques: aspectos generales, junta general de accionistas y consejo de administración. Como novedad, el Código se ajusta a un nuevo formato que parte de distinguir e identificar 25 principios que sirven de base para las distintas recomendaciones de carácter concreto y específico. Las sociedades cotizadas deberán dar cuenta, según el principio de «cumplir o explicar», del seguimiento de los distintos aspectos recogidos en el Código en los informes anuales de gobierno corporativo que remitan a la CNMV en 2016. Corresponderá a los accionistas, a los inversores y, en general, a los mercados valorar las explicaciones que las sociedades cotizadas den en relación con el no seguimiento o el seguimiento parcial de las recomendaciones que, en su caso, corresponda.

A nivel europeo, destacamos el *Libro Verde* de la Comisión Europea «*La normativa de gobierno corporativo de la UE*» que fue publicado en el mes de abril de 2011, con la finalidad de evaluar la eficacia de la normativa actual de gobierno corporativo de las empresas europeas. El Libro Verde planteó una serie de cuestiones para que los Estados miembros, el Parlamento Europeo, el Comité Económico y Social y otras partes interesadas expresasen su opinión al respecto. Los tres temas tratados, todos ellos centrales para el buen gobierno corporativo, fueron (i) el Consejo de Administración; (ii) los accionistas; y (iii) la aplicación del principio «cumplir o explicar». El planteamiento de las cuestiones tratadas en el Libro Verde marcan una

tendencia de hacia dónde se dirigen las futuras Leyes y recomendaciones en la materia. Destacamos las siguientes consideraciones del Libro Verde: (i) el gobierno corporativo y la responsabilidad social de las empresas son elementos clave para cimentar la confianza de las personas en el mercado único; y (ii) el gobierno corporativo es un medio para frenar planteamientos a corto plazo perjudiciales y la asunción de riesgos excesivos.

Respecto a la obligatoriedad del actual Código debemos señalar que, al igual que el Código Conthe, el mismo no es vinculante, si bien las sociedades cotizadas que no cumplan las recomendaciones previstas en el mismo, tendrán que justificarlo en el Informe Anual de Gobierno Corporativo cuya presentación si es obligatoria. Corresponderá a la Comisión Nacional del Mercado de Valores el seguimiento de las reglas de gobierno corporativo, a cuyo efecto podrá recabar cuanta información precise al respecto, así como hacer pública la información que considere relevante sobre su grado efectivo de cumplimiento, y ello sin perjuicio de las sanciones que proceda imponer a las sociedades cotizadas por la falta de remisión de la documentación o del informe de gobierno corporativo, o la existencia de omisiones o datos engañosos o erróneos (artículo 540.5 LSC).

El Informe de Gobierno Corporativo deberá ofrecer una explicación detallada de la estructura del sistema de gobierno de la sociedad y de su funcionamiento en la práctica. En todo caso, el contenido mínimo del informe de gobierno corporativo será el siguiente (artículo 540.4 LSC): (i) estructura de propiedad de la sociedad (que habrá de incluir, información relativa a los accionistas con participaciones significativas, información de las participaciones accionariales de los miembros del Consejo de Administración, etc.); (ii) cualquier restricción a la transmisibilidad de valores y cualquier restricción al derecho de voto; (iii) estructura de la administración de la sociedad (que habrá de incluir: información relativa a la composición, reglas de organización y funcionamiento del Consejo de Administración y de sus comisiones; identidad y remuneración de sus miembros, funciones y cargos dentro de la sociedad, sus relaciones con accionistas con participaciones significativas, etc.); (iv) operaciones vinculadas de la sociedad con sus accionistas y sus administradores y cargos directivos y operaciones intragrupo; (v) sistemas de control del riesgo, incluido el fiscal; (vi) funcionamiento de la Junta General; (vii) grado de seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo, o, en su caso, la explicación de la falta de seguimiento de dichas recomendaciones; y (viii) sistemas internos de control y gestión de riesgos en relación con el proceso de emisión de la información financiera. Como novedad

introducida por la Ley 31/2014, respecto al contenido mínimo del informe de gobierno corporativo, podemos destacar que se añade la información sobre las medidas que se hayan adoptado para procurar incluir en el consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar un presencia equilibrada de mujeres y hombres, así como las medidas que, en su caso, hubiere convenido la comisión de nombramientos. Asimismo, en los sistemas de control de riesgo, se añade la referencia al fiscal.

La información incluida en el Informe Anual de Gobierno Corporativo sobre la composición del Consejo de Administración, sus comisiones delegadas y la calificación de sus consejeros, debía elaborarse de acuerdo con las definiciones del Ministro de Economía y Hacienda o, con su habilitación expresa, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Destacar que en 2011, la Ley de Economía Sostenible otorgó rango legal al uso de las definiciones de las categorías de consejeros y la Ley 31/2014 incluyó en el artículo 529 duodécimo de la LSC las distintas clases de consejeros previstas en la Orden ECC/461/2013, de 20 de marzo, i.e., consejeros ejecutivos, dominicales e independientes, y se mantiene la de otros consejeros externos.

Además, las sociedades cotizadas y otras entidades que emitan valores cotizados deberán difundir a través de sus páginas webs los hechos e información más relevantes previamente comunicados a la CNMV con toda exactitud, garantizando que esta información se efectúa de manera comprensible, gratuita, directa y de fácil acceso para los inversores, incluso se regula el contenido mínimo que deberá tener la página web de una sociedad cotizada, de forma actualizada y con las especificaciones técnicas y jurídicas que determine la CNMV.

Por último, cabe destacar lo dispuesto en el artículo 541 LSC (añadido también por la Ley de Economía Sostenible) que junto con el Informe Anual de Gobierno Corporativo, el Consejo de las sociedades anónimas cotizadas deberá elaborar también un «Informe anual sobre las remuneraciones de sus consejeros», que incluirá información completa, clara y comprensible sobre la política de remuneraciones de la sociedad aprobada por el Consejo para el año en curso, así como, en su caso, la prevista para años futuros. El Informe anual sobre las remuneraciones de sus consejeros debe ser sometido a votación por la Junta General Ordinaria de Accionistas con carácter consultivo. La Circular 4/2013, de 12 de junio, incorporó los modelos de informe anual de remuneraciones de los consejeros de sociedades anónimas cotizadas y de los miembros del consejo de administración y de la comisión de control de las cajas de ahorros que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores (artículo 541 LSC).

CASO PRÁCTICO

La sociedad LA MEJOR INVERSIÓN CAPITAL PRIVADO, SA, dedicada a la promoción y gestión de fondos de capital riesgo y está, integrada por tres socios (Pepe, Juan y María) que, a su vez, son miembros del Consejo de Administración. El citado Consejo de Administración ha adoptado un acuerdo en la reunión del Consejo celebrada el 1 de marzo de 2015 en virtud del cual se aprueba la distribución de un importante *bonus* a favor de los empleados (incluidos los socios) que hayan obtenido unos fondos anuales superiores a un millón de euros. Juan y María, que se dedican a viajar por todo el mundo captando fondos para la sociedad y que han obtenido en el último año unos fondos superiores al millón de euros, han votado a favor de dicho acuerdo del Consejo. Sin embargo, Pepe, que se dedica normalmente a las labores financieras y contables de la sociedad, y no a la obtención de fondos por su fobia a los aviones, ha votado en contra del referido acuerdo del Consejo, ya que entiende que al haber venido arrastrando pérdidas la sociedad, considera que dicho acuerdo en el que se aprueba el reparto del *bonus* sería perjudicial para los intereses de la sociedad. Por el contrario, Juan y María alegan que si no se incentiva la obtención de fondos la sociedad estará perdida.

Indique si Pepe podrá iniciar acciones para impugnar el acuerdo del Consejo de 1 de marzo de 2015 y, en caso de que su respuesta sea afirmativa, el procedimiento a seguir y los motivos que alegaría para impugnar dicho acuerdo. En el supuesto de que Ud. representara a la sociedad, indique qué podría alegar para defender la validez del acuerdo. Por último, ¿creé Ud. que el acuerdo impugnado podría tener alguna relación con la retribución de administradores? De ser así, indique qué aspectos deberán ser tenidos en consideración.

BIBLIOGRAFÍA

CABALLERO GEA, J. A., *Ley de Sociedades de Capital. Síntesis y ordenación de la doctrina de los Tribunales y de la Dirección General de los Registros y del Notariado*. Madrid, Dykinson, 2011.

GIMENO-BAYÓN COBOS, R. (Dir.), *Órganos de la sociedad de capital. Tomo I: Junta General e impugnación de acuerdos, los administradores y su responsabilidad*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

HOPT, K. J., *Estudios de Derecho de sociedades y del Mercado de Valores*. Madrid, Marcial Pons, 2010.

- MATEU DE ROS CEREZO, R., *El Código Unificado de Gobierno Corporativo*, Navarra, Aranzadi-Thomson, 2007.
- MOYA JIMÉNEZ, A., *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*. 7^a ed., Barcelona, Bosch, 2011.
- OLCESE SANTOJA, A., *Teoría y práctica del buen gobierno corporativo*. Madrid, Marcial Pons, 2005.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., *Comentario de la LEY de Sociedades de Capital*. Tomo II, Navarra, Aranzadi, 2011.
- SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. 13^a Ed. Pamplona, 2012.
- VEGA VEGA, J. A., *Sociedades de Capital*. Colección UEX, Cáceres, 2014.
- VIVES RUIZ, F., *La impugnación de acuerdos sociales en la reforma de la legislación mercantil*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2014.

TEMA 10

MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Daniel Prades Cutillas
Profesor de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas

SUMARIO: 1. RÉGIMEN GENERAL DE LAS MODIFICACIONES ESTATUTARIAS. 1.1. *Requisitos*. 1.2. *Publicidad: Página web corporativa*. 1.3. *Protección de los socios*. 1.4. *Derecho de separación*. 2. CAPITAL SOCIAL Y PATRIMONIO SOCIAL. 2.1. *Función de garantía*. 2.2. *Equilibrio legal de capital y patrimonio*. 2.3. *Reflejo estatutario de las operaciones de aumento y reducción: Requisitos comunes*. 3. OPERACIONES DE AUMENTO DEL CAPITAL SOCIAL. 3.1. *Modalidades*. 3.2. *Capital autorizado*. 3.3. *Operaciones de aumento del patrimonio social*. 3.3.1. *Derecho de suscripción preferente*. 3.3.1.1. *Ejercicio del derecho*. 3.3.1.2. *Supresión del derecho: prima de emisión*. 3.3.2. *Aumento mediante nuevas aportaciones*. 3.3.3. *Conversión de créditos ordinarios y obligaciones en capital*. 3.4. *Suscripción pública de nuevas acciones*. 3.5. *El aumento incompleto*. 3.6. *Operaciones de reestructuración contable del patrimonio social*. 3.7. *Inscripción en el registro mercantil*. 4. OPERACIONES DE DISMINUCIÓN DEL CAPITAL SOCIAL. 4.1. *Modalidades*. 4.2. *Operaciones de reducción del patrimonio social*. 4.2.1. *Devolución de aportaciones*. 4.2.2. *Adquisición de acciones propias*. 4.3. *Tutela de los acreedores*. 4.3.1. *Derecho de oposición de los acreedores*. 4.3.2. *Responsabilidad limitada de los socios por las deudas sociales*. 4.4. *Operaciones de reestructuración contable del patrimonio social*. 4.5. *Aumento y disminución simultáneos: Operación acordeón*. 5. MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES. 5.1. *Transformación*. 5.1.1. *Procedimiento*. 5.1.2. *Consecuencias*. 5.2. *Traslado internacional del domicilio social*. 6. FUSIÓN, ESCISIÓN Y CESIÓN DE ACTIVOS Y PASIVOS. 6.1. *Concepto y modalidades*. 6.2. *Procedimiento*. 6.2.1. *Proyecto de la operación*. 6.2.2. *Acuerdo de fusión o escisión*. 6.2.3. *Fusiones especiales*. 6.3. *Cesión en bloque de activos y pasivos: Segregación, constitución mediante traspaso patrimonial y cesión global*. 6.4. *Garantías del proceso*. 6.4.1. *Derecho de Oposición*. 6.4.2. *Responsabilidad por las deudas anteriores*. 7. DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y EXTINCIÓN. 7.1. *La disolución: causas y modalidades*. 7.1.1. *Disolución Automática*. 7.1.1.1. *Caducidad de la sociedad*. 7.1.1.2. *Insuficiencia de capital*. 7.1.2. *Supuestos especiales o extravagantes*. 7.1.2.1. *Disolución por Liquidación Concursal*. 7.1.2.2. *Disolución por infracción de la Ley de Marcas*. 7.1.2.3. *Disolución de la sociedad delincuente*. 7.1.3. *Disolución Obligatoria: Causas legales y estatutarias*. 7.1.4. *Disolución Voluntaria*. 7.2. *Procedimiento de la disolución*. 7.2.1. *Supuestos automáticos y especiales*. 7.2.2. *Supuestos voluntarios*. 7.2.3. *Supuestos obligatorios*. 7.2.3.1. *Disolución por Acuerdo de Junta General*. 7.2.3.2. *Disolución Judicial*. 7.2.3.3. *Responsabilidad del Administrador*. 7.3. *Liquidación, extinción y reactivación*. CASO PRÁCTICO. BIBLIOGRAFÍA.

1. RÉGIMEN GENERAL DE LAS MODIFICACIONES ESTATUTARIAS

Los estatutos sociales son la expresión de la voluntad inicial de los socios en cuanto se refiere a la organización de la sociedad. Contienen, además de las disposiciones que son obligatorias por ministerio de la ley, los pactos alcanzados por los socios fundadores o propuestos por los promotores de la sociedad al futuro suscriptor de las acciones. Conforman la personalidad propia y distinta de cada sociedad concreta y son a la vez la expresión de su autorregulación, la ley interna, propia y distinta, por la que cada sociedad se rige en su funcionamiento, reguladora también de las relaciones entre los socios y la sociedad y de los órganos de la entidad entre sí. Incluso los nuevos socios, al adquirir sus participaciones en el capital social, prestan su consentimiento al contenido de los estatutos, que actúan como un contrato de adhesión que los nuevos socios aceptan al tomar su participación en el capital.

Pero esta voluntad inicial puede verse alterada por las circunstancias, e incluso por la renovación de las personas de los socios a través de la transmisión de las acciones o de las participaciones sociales. De aquí que la ley permita la modificación de los estatutos, su adaptación a las nuevas circunstancias, pero a la vez establezca un procedimiento preciso para garantizar los derechos de las partes, encomendando la modificación de los estatutos –con las escasas salvedades que más adelante se verán– a los socios constituidos en junta, es decir a la expresión de la soberanía social.

La LSC regula las diversas modificaciones estatutarias en el Título VIII, artículos 285 a 345, de los que quedan excluidas las denominadas modificaciones estructurales –transformación, fusión, escisión y cesión global– objeto de regulación específica en la *Ley 3/2009, de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*; por su parte el Título IX, artículos 346 a 359, regula los supuestos de separación y exclusión de socios, directamente vinculados con algunos supuestos de modificación, por lo que se analizarán aquí conjuntamente.

Cualquier modificación estatutaria queda reservada expresamente (LSC 285) para la competencia de la Junta General, con la excepción del cambio de domicilio, cuando los estatutos no nieguen expresamente esta posibilidad y el traslado sea a cualquier otro lugar dentro del territorio nacional, para cuya decisión queda excepcionalmente autorizado el órgano de administración de la sociedad.

1.1. REQUISITOS

El procedimiento establecido en la LSC requiere de la existencia de una propuesta de modificación, elaborada por quienes fueren sus impulsores, que contendrá necesariamente el texto literal de las nuevas normas estatutarias propuestas, así como, si se trata de sociedad anónima, incorporará un informe escrito que justifique la conveniencia, procedencia o necesidad de la modificación. La capacidad de iniciar el procedimiento corresponde tanto al órgano de administración como a los socios en general (LSC 286) si bien en este último caso se sobreentiende que será necesario, para la admisión del proyecto a consideración en junta general, el porcentaje de socios preciso para solicitar su convocatoria al efecto, o bien para solicitar la inclusión del punto en el orden del día de una junta previamente convocada.

En cualquier caso, en la convocatoria o su complemento habrá de especificarse la propuesta de modificar los estatutos (LSC 287) con expresión concreta de los extremos que se pretende modificar y haciendo constar el derecho de los socios a consultar el texto íntegro de la propuesta en el domicilio social y, si lo prefieren, a obtener su envío gratuito.

Cumplidos los requisitos previos de convocatoria y publicidad, la junta deberá reunirse con los requisitos de quórum o mayoría reforzados, exigidos en la Ley para los asuntos especiales en cada tipo de sociedad. Es decir, para constituir válidamente la junta en la SA y SCA (LSC 194) se precisará de la asistencia, directa o por representación, del 50% del capital en primera convocatoria y del 25% en segunda; la mayoría precisa para la aprobación del acuerdo será la ordinaria (LSC 201) es decir más votos a favor que en contra, salvo que en segunda convocatoria no se alcance el 50% de capital, en cuyo caso se precisará el voto a favor de dos tercios del capital presente o representado en el momento de la constitución de la junta.

En cuanto a las SL será necesaria una mayoría reforzada (LSC 199 a), en este caso el voto favorable de al menos la mitad del capital social. Tanto el quórum de asistencia en las SA y SCA en ambas convocatorias, como las mayorías de capital previstas en la ley para los tres tipos de sociedad, podrán ser elevadas, pero no reducidas, por los propios estatutos sociales (LSC 194.3 y 200).

Una vez tomado válidamente el acuerdo, deberán cumplirse los requisitos de escrituración, inscripción registral y publicación en el BORME de las modificaciones para su plena validez (LSC 290).

1.2. PUBLICIDAD: PÁGINA WEB CORPORATIVA

El *RDL 9/2012*, de 16 de marzo, ha regulado las obligaciones de publicidad de los acuerdos sociales, simplificando los procedimientos hasta ahora vigentes, en cumplimiento de las sucesivas Directivas de la Unión Europea en la materia (Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE, 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo, y la Directiva 2005/56/CE en lo que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones). La citada norma ha introducido en el Capítulo II del Título I de la LSC una nueva sección, la 4ª, dedicada a la Página web corporativa, y compuesta por el artículo 11 *bis*, reformado, y los nuevos artículos 11 *ter* y *quáter*, además de modificar diversos artículos de la Ley de Modificaciones estructurales.

Se establece así la posibilidad para las sociedades de capital –obligación en las sociedades cotizadas– de disponer de una web corporativa oficial, cuya creación habrá de ser acordada en junta general –en cuyo orden del día habrá de figurar su creación– inscrita en el Registro y publicada en el BORME, opcionalmente los estatutos podrán exigir la notificación personal a cada socio de la creación de la web corporativa antes de su inscripción. Una vez cumplidos los requisitos para la creación de la web corporativa, las facultades para su modificación, traslado o supresión entre las del órgano de administración, con la posibilidad de que los estatutos sociales dispongan otra competencia (artículo 11 *bis* LSC). Las modificaciones, el traslado o la supresión de la web deberán también inscribirse y publicarse en el BORME, así como constar en la propia web modificada durante treinta días, antes de la efectividad de los cambios introducidos.

Aunque la ley no lo menciona expresamente, deducimos del contexto que la existencia de la web corporativa supone, en todos los casos, la posibilidad de cumplimiento de todos los requisitos de publicidad, manifestación o depósito de documentos mediante su sustitución por la exposición en la web corporativa. La publicación en la web de los documentos obligatorios, el acceso gratuito a la misma y su mantenimiento durante los plazos dictados por la norma, serán responsabilidad del órgano de administración, y sus miembros responderán solidariamente, entre sí y con la sociedad, de los perjuicios que se pudiesen causar –a socios, acreedores, trabajadores y terceros– por la interrupción del acceso.

Se dispone además que, a efectos del cómputo de los plazos legales de publicidad, la interrupción del acceso –durante dos días consecutivos o cuatro alternos dentro de cada plazo legal preceptivo– anulará el cumplimiento de éste, salvo que el total de días de publicación real y acceso efectivo supere el mínimo establecido por la norma en cada caso (artículo 11 *ter* LSC).

En cuanto a las comunicaciones a los socios por medios electrónicos, quedan autorizadas en sustitución de las obligatorias por correo certificado, pero sólo para aquéllos que hayan aceptado expresamente tal posibilidad (artículo 11 *quáter* LSC).

1.3. PROTECCIÓN DE LOS SOCIOS

Como regla especial en los supuestos de introducción de nuevas obligaciones para los socios por vía de modificación estatutaria, se prevé la necesidad de que el acuerdo sea, además de por la junta general, aprobado por los socios afectados específicamente (LSC 291 a 294). En el caso de la SL, la ley no establece procedimiento concreto, sino tan solo la exigencia de que el acuerdo se adopte con el requerido consentimiento, que se debe entender como prestado individualmente por analogía con el sistema previsto en el artículo 329 LSC para las reducciones de capital que afecten solo a una parte de los socios.

Para las SA se regula el procedimiento cuando el acuerdo afecta a una o varias clases de acciones o a parte de los accionistas de una misma clase. En todos los casos habrá de tomarse acuerdo separado por los socios específicamente afectados, cuya junta especial –de una o varias clases de acciones, o de parte de los accionistas de la misma clase– se ajustará a las normas previstas para la general, o bien en votación separada en la propia junta general ya convocada.

Para las SCA se prevé además la tutela especial de los socios colectivos, que deberán prestar consentimiento unánime en los supuestos en que la modificación de estatutos afecte al objeto social, se amplíe el plazo establecido de duración de la sociedad, se altere el régimen de administración de la entidad o se produzca el nombramiento de administradores.

1.4. DERECHO DE SEPARACIÓN

Reconociendo la importancia que para la vida societaria representan algunas menciones estatutarias, por ser idealmente el fundamento de cada contrato social específico, la LSC establece el derecho del socio a separarse

de la sociedad si resultaran modificadas, retirando del patrimonio de ésta la parte que corresponda a su participación en el capital.

Lógicamente, por tratarse de sociedades de capital, cualquier socio podría abandonar la sociedad por el simple expediente de transmitir sus acciones o participaciones, por lo que el derecho de separación se presenta como una solución extrema y reservada para modificaciones de gran relevancia, de manera que los afectados no se vean perjudicados por una decisión trascendente, cuyo sentido no comparten y que puede afectar al valor de sus participaciones o acciones.

La norma (LSC 346) reconoce la existencia del derecho de separación, para los accionistas que no hubieran votado a favor del acuerdo, en los casos en que se sustituya el objeto social, se prorrogue la duración de la sociedad o se reactive la misma una vez disuelta –conforme lo admite el artículo 370– y finalmente si se crea, modifica o extingue anticipadamente la obligación de realizar prestaciones accesorias, aunque este último supuesto admite disposición estatutaria en contra del derecho de separación. Para el caso de SL (LSC 346.2) se añade a las anteriores, como desencadenante del derecho de separación, la modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales. La Ley 25/11 de 1 de agosto ha añadido una nueva causa de separación al catálogo inicial (LSC 348 *bis*), concediendo esta facultad a los socios que voten a favor del reparto de dividendos cuando la sociedad acuerde no distribuir o hacerlo por cuantía inferior al tercio del beneficio corriente legalmente repartible; esta causa de separación no existirá hasta que la sociedad haya cumplido cinco años de vida, computados desde la fecha de su inscripción en el Registro.

En lo referente al ejercicio de este derecho de separación se debe advertir la diferencia con la separación automática prevista en la Ley de Modificaciones Estructurales (LME 15.2) para los supuestos especiales de transformación en que los socios hayan de asumir responsabilidad por las deudas sociales. Por el contrario, se aplica el derecho de separación, y no la separación automática (LSC 346.3), cuando la modificación estatutaria consiste en transformación de la sociedad que no suponga para los socios adquisición de responsabilidad por las deudas sociales, y en el caso de traslado del domicilio de la misma al extranjero (LME 99).

En el caso del derecho de separación no existe automatismo alguno, sino simplemente que la ley concede a los socios disconformes la posibilidad de abandonar la sociedad, ejerciendo su derecho dentro del plazo de un mes desde la inscripción registral del acuerdo que da lugar a la

existencia del derecho de separación (LSC 348.2), o en el mismo plazo desde la comunicación personal del acuerdo por la sociedad, si se ha optado por este procedimiento. Por el contrario la separación automática supone que el hecho de votar contra el acuerdo es, al tiempo, expresión del ejercicio del derecho de separación si el acuerdo fuere aprobado, por lo que los socios contrarios están separados de la sociedad desde el momento en que el acuerdo se aprueba y sin ulterior manifestación o requisito.

En la práctica este derecho de separación viene a ser una liquidación parcial de la sociedad, ya que no se limita el procedimiento a la simple adquisición de las acciones o participaciones por la sociedad, sino que la ley prevé su amortización directa con la consiguiente reducción del capital (LSC 356.1) salvo acuerdo contrario de la junta. Se trata en realidad de arbitrar un sistema interno de «justiprecio» de las acciones o participaciones, de forma que los socios separados no resulten económicamente perjudicados por la decisión mayoritaria, pero evitando al tiempo que se lucren indebidamente, como consecuencia del acuerdo mayoritario, perjudicando tanto el interés social como el de los demás socios.

El procedimiento en sí consiste simplemente en la valoración de las acciones o participaciones. Si las acciones tuvieran cotización en mercado secundario oficial, su valoración será la media de su cotización en el último trimestre (LSC 353.2). De no ser así, cabe el acuerdo entre la sociedad y el socio separado o bien, a falta de acuerdo, la valoración por un auditor independiente (LSC 353.1) nombrado al efecto por el registrador mercantil. Determinado el valor, los socios dispondrán de un plazo de dos meses para retirar en el domicilio social la cantidad que les corresponda; agotado el plazo, la sociedad habrá de consignar en una entidad de crédito, y a disposición de los interesados, las cantidades no retiradas.

Junto con el acuerdo desencadenante del derecho de separación, la junta deberá autorizar expresamente la adquisición de las acciones o participaciones por la sociedad. De no constar esta aprobación previa de la adquisición, el derecho de separación tendrá como consecuencia la reducción automática del capital social en la medida correspondiente al separado (LSC 358.1) de forma que –una vez efectuados los reembolsos y consignaciones en su caso– los administradores, ya sin necesidad de ulterior acuerdo, otorgarán la escritura de reducción del capital. En ésta deberán constar los datos relativos a las acciones o participaciones separadas, que la amortización de éstas se produce como consecuencia del ejercicio del derecho de separación, la fecha del pago o consignación, la identidad de

los socios separados y la cuantía de la devolución a éstos y finalmente la nueva cifra de capital.

Si el capital quedase, como consecuencia de la separación de socios, por debajo del mínimo legal, procederá la convocatoria de junta para decidir sobre la subsanación de la causa de disolución, mediante nuevo aumento o transformación de la sociedad, o acordar su disolución y liquidación. De no cumplirse este requisito de adaptación o disolución, en plazo de un año, la sociedad quedará disuelta de pleno derecho (LSC 360.1.b), recayendo en los administradores responsabilidad solidaria, entre sí y con la sociedad, por la totalidad de las deudas sociales.

Los socios así separados, en la SL, serán responsables de las deudas sociales en la misma medida que si se hubiere tratado de una reducción de capital ordinaria, supuesto que se expondrá más adelante (LSC 357). Por su parte los accionistas no se ven afectados por ninguna responsabilidad especial.

2. CAPITAL SOCIAL Y PATRIMONIO SOCIAL

Las sociedades capitalistas comparten la característica de que sus socios aportan, o se comprometen a aportar, una cantidad de dinero al proyecto común, a cuyo disfrute y administración directa renuncian para cederlos a la entidad, que gestionará su patrimonio y decidirá sobre las operaciones a realizar por intermedio de sus órganos legales.

El patrimonio inicial de la sociedad se forma por el total conjunto de las aportaciones –efectivas o comprometidas– de los socios y coincide con el capital social. Pero su cuantía, una vez iniciada la actividad de su objeto, variará con el resultado de cada operación económica realizada. Mientras el capital permanece determinado y estable –salvo las operaciones legales de aumento o disminución que modifiquen lo inscrito en el Registro y que aquí analizaremos– el patrimonio fluye en su cuantía a cada instante, crece con los beneficios obtenidos en cada operación y decrece con las resultas negativas.

2.1. FUNCIÓN DE GARANTÍA

El capital depende de los socios, el patrimonio de los resultados económicos de la gestión y sobre el capital aportado se construye el patrimonio mediante la función gestora desarrollada por los administradores.

La cifra de capital social, además de constituir la acumulación de medios patrimoniales desde el punto de vista interno de la sociedad, desempeña

una segunda función hacia el exterior de la sociedad. Desde el punto de vista externo, el capital supone ante los operadores del tráfico un indicador de la solvencia de la sociedad, ya que es el conjunto del patrimonio de los socios arriesgado por éstos para afrontar el desarrollo de la actividad y satisfacer las posibles pérdidas. Por lo tanto el capital es también una garantía aparente o indicación hacia el exterior de la solvencia de la sociedad.

El capital es pues tanto la chispa iniciadora de la actividad, pues financia la inversión necesaria para acometer el negocio con posibilidad de éxito, como la garantía aparente, para los acreedores, de hasta donde alcanza la asunción de riesgo por los socios. Desde este punto de vista el capital, o suma de los recursos propios iniciales comprometidos en el proyecto, representa también el colchón financiero sobre el que descansa el negocio, la red de seguridad que garantiza a los terceros el cobro de sus créditos pues, si fuera necesario liquidar los activos, debería quedar limpio para su devolución a los socios tras satisfacer la totalidad de las obligaciones. Por lo tanto, y en prevención del error de cálculo, a mayor capital invertido en la sociedad más seguridad teórica de cobro para los acreedores, pues existirá un mayor fondo de seguridad o colchón financiero para cubrir la pérdidas de gestión y atender los pagos comprometidos.

En el momento de la constitución de la sociedad capital y patrimonio social coinciden, pero ya no volverán a hacerlo, salvo casualidad, en ningún momento de la vida de la institución. La función de garantía del capital no supone, por supuesto, su estatismo ni la obligación de conservarlo en líquido y a disposición de los acreedores, si así fuera no cumpliría su primera y primordial función, que no es la de garantía sino la de chispa de ignición y puesta en marcha. Todo lo contrario, el capital habrá de ser invertido en lo necesario para la puesta en marcha de la actividad.

Si la sociedad funciona en términos de rentabilidad económica, obteniendo beneficios en su actividad, primero se repondrá el patrimonio realizable mediante la amortización de los activos ficticios, y se dotará la reserva legal –precaución del legislador para aumentar la solvencia patrimonial de la sociedad– y finalmente se dotarán otras reservas y se repartirán dividendos entre los socios. Éstos, a propuesta de los administradores, tomarán la decisión de constituir reservas voluntarias, que incrementen el patrimonio para ampliar la actividad o garantizar la solvencia, o si lo consideran más conveniente retirarán los beneficios repartiendo dividendos.

Pero si los resultados son negativos, el capital seguirá financiando el mantenimiento de la actividad, el gasto corriente, pues la ausencia de beneficios no permitirá que el patrimonio neto recupere la cifra de capital. Las pérdidas

de la actividad, en su caso, harán que la empresa se digiera patrimonialmente a sí misma, comiéndose literalmente el capital. Se produce así la consagración del desequilibrio endémico entre las cifras de capital y patrimonio, de manera que la cifra teórica de capital, estática, devenga en garantía ilusoria por diluirse en las pérdidas que reducen poco a poco la cuantía del patrimonio, magnitud dinámica y, en este supuesto, descendente en su cuantía.

2.2. EQUILIBRIO LEGAL DE CAPITAL Y PATRIMONIO

La ley determina la presencia de una serie de avisos sucesivos de que las cosas no van como sería deseable, obligando a la sociedad a tomar medidas que o bien repongan la situación en la estabilidad o declaren al exterior la situación, reequilibrando capital y patrimonio mediante la reducción del primero, para que su montante desproporcionado con la solvencia real no produzca en los terceros una ilusión de garantía ya inexistente. Ante la ley la empresa se mantiene viable mientras su patrimonio neto alcance las dos terceras partes del capital social. En tal caso, y aun habiéndose autodigerido parcialmente los recursos propios, tomando como símil el semáforo diremos que tenemos *luz verde* para continuar con la actividad y el desarrollo del proyecto según lo previsto inicialmente.

Pero si el patrimonio desciende por debajo de esas dos terceras partes del capital se nos enciende la *luz ámbar*. Algo va mal en el proyecto y éste no responde a las expectativas iniciales: debemos estar alerta ante el desarrollo de los acontecimientos. Si la situación se mantiene así durante el siguiente ejercicio, sin recuperación del patrimonio hasta alcanzar de nuevo la luz verde, será indicativo de que los cálculos iniciales son incorrectos y es necesaria una revisión, en cuyo caso, a propuesta de los administradores y decisión de los socios, procederá –en las SA, aunque no en las SL– tomar medidas correctoras de la situación (LSC 327 y 363.1.d).

Estas medidas impuestas por el legislador serán o bien el aumento legal de la cifra de capital para que, aún con las pérdidas acumuladas en balance, recuperemos el equilibrio de capital y patrimonio –pues al aumentar el capital desciende la proporción que de éste representan las pérdidas– o al contrario la reducción del capital con cargo a pérdidas, desapareciendo éstas del balance –total o parcialmente– y recuperando igualmente el equilibrio al menos en los términos legales.

Ambas alternativas van encaminadas a conseguir que la cifra del capital, información externa, mantenga una correcta relación con la cuantía del patrimonio neto, información interna pero que representa la situación

real, y unidas al depósito de cuentas anuales pretenden asegurar la trascendencia al exterior del equilibrio o desequilibrio patrimonial, en aras de la seguridad del tráfico mercantil y para evitar las insolvencias «por sorpresa», es decir que se trata de un conjunto de normas encaminadas a garantizar la seguridad del tráfico mercantil. La norma legal impone la reducción del capital (LSC 327) si bien nada obsta a la recuperación del equilibrio mediante el aumento en la proporción necesaria.

La opción a adoptar como más conveniente en cada caso dependerá de varios factores, entre otros de la propia confianza de los socios en el proyecto, pues será difícil convencerles de tomar un mayor riesgo aumentando las aportaciones si la realidad se desvía demasiado de lo presupuestado. Así lo natural parece que sería reducir el capital trasladando nominalmente la pérdida del patrimonio de la sociedad al de los accionistas, pero esta solución adolece de tres defectos: por un lado el impacto psicológico en los propios socios y en el mercado, pues supone reconocer una planificación errónea del proyecto, además denota escasa confianza de los propios socios en el proyecto, ya que no aceptan tomar mayor riesgo. Finalmente tiene un importante coste económico adicional, pues al desaparecer las pérdidas del balance ya no podrán ser compensadas fiscalmente con beneficios futuros, es decir que éstos, cuando se produzcan, tributarán íntegramente aun cuando no sean reales en la cuantía equivalente a las pérdidas amortizadas con capital, que ya no podrán deducirse de los beneficios obtenidos.

Por todo ello es solución frecuente la combinación proporcionada de ambas opciones, reduciendo el capital para cubrir parcialmente el desequilibrio, y aumentándolo en una cuantía menor de la que habría sido necesaria de mantenerse en balance las pérdidas en su integridad (LSC 343). Se trata de la llamada «operación acordeón», por la cual el capital se encoge y se ensancha sucesivamente como el fuelle que proporciona aire al instrumento musical.

Pero las pérdidas continuadas de gestión pueden aún llevar a peor situación a la sociedad. El *semáforo rojo* se encenderá para la actividad social en el instante en que el patrimonio neto, como consecuencia de las pérdidas acumuladas, se reduzca por debajo de la mitad del capital social. En este momento se produce, según la opinión legal, la evidencia de que las cosas van demasiado mal y hay que parar inmediatamente y reconsiderar si el proyecto es o no viable.

El legislador parece opinar que en estas circunstancias ya no lo es, por ello ordena la inmediata –en término de dos meses– disolución y posterior liquidación de la sociedad, si bien queda la alternativa a los socios de

apurar la situación, ya sea mediante la reducción del capital por pérdidas –que puede además llevar a la obligación de cambiar de modelo social si se reduce por debajo del mínimo correspondiente– o bien con el aumento necesario para el reequilibrio (LSC 363.1.d). Todo ello será posible sólo en el caso de que no se haya incurrido en los presupuestos objetivos que dan lugar a la obligación de constituirse en concurso voluntario de acreedores.

Mediante el conjunto de las medidas descritas, la ley pretende proteger al mercado contra la insolvencia, manteniendo a las sociedades capitalistas dentro de unos parámetros teóricos de solvencia que aseguren el cumplimiento de sus obligaciones ante terceros.

Pero además de los supuestos indicados, existen otras muchas situaciones en que las sociedades, no ya por obligación sino por conveniencia o interés concreto, pueden precisar de mayor capital a su disposición o bien por el contrario tenerlo en exceso, adoptándose entonces voluntariamente las decisiones de aumentar o disminuir el capital social, según los procedimientos que a continuación se detallan.

2.3. REFLEJO ESTATUTARIO DE LAS OPERACIONES DE AUMENTO Y REDUCCIÓN: REQUISITOS COMUNES

Ambas operaciones, aumento y reducción del capital social, son modificaciones estatutarias, por lo cual están sometidas al régimen general de éstas y comparten los requisitos necesarios que más arriba se han expuesto (LSC 296.1 y 318.1).

Así, las dos precisarán reformar los estatutos, ya que tanto si se aumenta como si se reduce el capital social será necesario dar nueva redacción a las normas estatutarias que recogen la cifra del capital social, su distribución, y el número y las características de las acciones o participaciones en que el capital se divide. Será entonces necesario alterar bien el nominal de las acciones o participaciones, bien el número de las mismas. Si la cifra de capital aumenta, habrá que emitir nuevas acciones o participaciones, o incrementar el valor nominal de las preexistentes (LSC 295.1); por el contrario si se disminuye, o se amortizan íntegramente, cancelándolas, parte de las acciones o participaciones o bien se reduce el nominal –de todas o de algunas de ellas– proporcionalmente al decremento del capital, cabe también la reducción mediante reducción del nominal y agrupación de acciones elevándolo de nuevo (LSC 317.2).

Será por lo tanto necesario para la aprobación de los acuerdos la publicación de la convocatoria con mención expresa de la operación propuesta y los artículos de los estatutos afectados. Asimismo la redacción del informe

específico en el que habrá de constar la cuantía del aumento o reducción y su justificación y finalidad, la nueva redacción del o los artículos correspondientes en los estatutos sociales, con mención de la nueva distribución del capital en acciones o participaciones y el nominal y características de las mismas, así como la mención del derecho de los socios a la consulta del informe en el domicilio social y al envío gratuito del mismo (LSC 318.2).

El acuerdo habrá de adoptarse en junta general, que se constituirá con los requisitos especiales de quórum previstos para las modificaciones estatutarias en las SA y SCA (LSC 194). Las mayorías serán las reforzadas previstas para las SL en el supuesto general (LSC 199, a), y para las SA y SCA en los supuestos de asistencia inferior a la mitad del capital social (LSC 201.2). Como supuesto especialísimo debe mencionarse que para la aprobación del aumento de capital con nuevas aportaciones mediante el simple incremento de nominal de las acciones o participaciones será necesario el consentimiento de la totalidad de los socios, ya que no es posible obligar a realizar nuevos desembolsos a los socios que no quieran hacerlo; sin embargo, este consentimiento no será exigible, bastará la mayoría, cuando el aumento se plasme en incremento del nominal pero su contravalor consista en reservas o beneficios no distribuidos (296.2).

Por último, aprobado el acuerdo, será necesaria su escrituración recogiendo la nueva redacción de los estatutos, la inscripción de lo escriturado en el Registro Mercantil correspondiente y la publicación en el BORME (LSC 314-315).

A estos requisitos generales se añadirán, ya dependiendo de las características de la operación concreta que se realice, otros especiales que se exponen a continuación.

3. OPERACIONES DE AUMENTO DEL CAPITAL SOCIAL

La ampliación del capital es el proceso jurídico que tiene por objeto la elevación de la cifra del capital social inscrita en el registro. Al venir determinada esta cifra por los estatutos, es obvio que cualquier operación que afecte a la misma habrá de suponer necesariamente la modificación estatutaria (LSC 296.1).

El reflejo estatutario de la ampliación afectará necesariamente a la cifra del capital social, y podrá hacerlo también, alternativamente, al número de acciones emitidas por la sociedad, si se lleva a cabo mediante la emisión de nuevas acciones o participaciones, o al valor nominal de las

preexistentes, ya que puede hacerse la ampliación mediante simple aumento del nominal, sin necesidad de emitir acciones nuevas (296.2). La necesidad real o conveniencia de la ampliación puede venir justificada por diferentes razones, que a su vez permiten clasificar las diferentes modalidades en atención a las necesidades que se pretende cubrir con la operación (LSC 295.2).

3.1. MODALIDADES

Básicamente, las razones serán la necesidad de allegar más fondos o la adecuación de la cifra del capital social al patrimonio real de la sociedad, tanto porque éste haya aumentado como disminuido. Téngase en cuenta que el capital social inscrito es una cifra permanente y casi inmutable, constituida por las aportaciones realizadas por los socios, mientras el patrimonio es una cifra en constante variación.

Dependiendo del contravalor de las acciones o participaciones, es decir de la procedencia de los fondos que pasarán a integrarse en el capital social, podemos establecer diversas modalidades de aumento de capital:

a) Algunas de ellas conllevarán un aumento efectivo tanto del capital como del patrimonio, por tratarse de la aportación real de nuevos fondos a la actividad social, es decir que producirán un aumento del activo contable. Se trata de los incrementos de capital con nuevas aportaciones realizadas bien por los socios, bien por terceros, es decir ampliando el número de socios de la entidad. En estos supuestos, normalmente, se procederá a la emisión de nuevas acciones, salvo que se produzca la suscripción íntegra de las nuevas acciones por los socios preexistentes y en la misma proporción que cada uno tenía en el capital primitivo, en cuyo caso será posible proceder por el simple incremento proporcional del nominal de las participaciones preexistentes, que requiere acuerdo unánime de todos los socios (LSC 296.2).

Un grupo especial de éstas supone la reestructuración del patrimonio social a través de la reducción del pasivo, es decir mediante la conversión de deudas de la empresa en capital social. Puede hacerse tanto mediante la conversión en capital de deudas ordinarias como a través de la conversión de obligaciones en acciones, y en ambos supuestos requiere necesariamente de la emisión de nuevas participaciones, ya que los suscriptores del incremento de capital son acreedores y no socios, lo que impide la simple elevación del nominal, salvo el rarísimo supuesto de que todos ellos fueran a la vez socios y acreedores u obligacionistas, se respetase en la conversión

la participación de cada uno en el capital social preexistente y existiese además acuerdo unánime sobre el procedimiento.

Ha de tenerse en cuenta que en todos los supuestos de aumento real del patrimonio, si se trata de SA o SCA, será preciso que se desembolse la cuarta parte del nominal de las acciones nuevas o, si se procede por aumento del nominal, que esté previamente desembolsado –o se exija el desembolso– en la misma proporción del nuevo nominal de las acciones (LSC 79 y 296.3). En las SL el capital desembolsado habrá de ser siempre el nominal íntegro de las participaciones, ya sean nuevas o incrementadas en su valor (LSC 78).

b) Otros supuestos de aumento del capital no afectarán a la cifra del patrimonio, por ser consecuencia de la simple reestructuración del reflejo contable de los recursos propios; estos casos se traducirán en un nuevo reparto contable del neto patrimonial sin incremento del patrimonio social ni del número de socios. Es el caso de los aumentos con cargo a reservas o beneficios, que tanto pueden realizarse mediante el aumento del valor del nominal de las acciones preexistentes –que en este caso no requiere el consentimiento de todos los socios al no existir obligación de desembolso (LSC 296.2)– como mediante la emisión de nuevas acciones «liberadas», es decir que se entregan a los socios sin contraprestación aparente por su parte. Decimos aparente porque en realidad la contraprestación se ha producido previamente con la renuncia a retirar del patrimonio social, en concepto de dividendos, parte o la totalidad de los beneficios producidos por la actividad, por lo que no se contraviene la norma (LSC 59) de realidad y efectividad de las aportaciones de los socios a capital.

3.2. CAPITAL AUTORIZADO

A pesar de que el aumento de capital debe ser necesariamente aprobado por acuerdo de la junta general, la ley reconoce la posibilidad de que este acuerdo solo se pronuncie sobre el hecho concreto de la ampliación, delegando en el órgano de administración ciertas facultades de decisión y ejecución de lo acordado (LSC 297) supuesto que designamos con la denominación de capital autorizado.

La ley reconoce dos modalidades diferentes de la institución, según la extensión de la delegación de facultades de la junta en los administradores. En la primera de ellas, la delegación más corta, los socios aprueban en junta la ampliación de capital, determinando solamente su cuantía (LSC 297.1.a) y estableciendo un plazo máximo de un año para su ejecución –salvo en el

supuesto de conversión de obligaciones en que no existe este máximo— que llevarán a cabo los administradores. Queda por tanto a decisión del órgano de administración la fecha exacta en que se realizará la ampliación de capital, así como la determinación de las condiciones del aumento que no hayan sido expresamente especificadas en la autorización de la junta.

En la segunda modalidad de capital autorizado, más amplia, los socios se limitan a aprobar en junta la autorización genérica a los administradores para ampliar el capital. Esta autorización está limitada por la ley (LSC 297.1.b) tanto en el plazo de su validez temporal —máximo de cinco años— como en la cuantía de la ampliación, que no podrá exceder del cincuenta por ciento del capital social en el momento en que se concede la autorización, si bien esta suma podrá alcanzarse de una sola vez o en varias ampliaciones sucesivas dentro del plazo autorizado. Se determina también legalmente el contravalor de la ampliación, que sólo podrá consistir en aportaciones dinerarias.

En ambas modalidades los administradores quedan implícitamente autorizados también para dar la nueva redacción, según corresponda a la ampliación llevada a efecto, de los artículos de los estatutos sociales relativos tanto a la cifra de capital como a su distribución y características de las acciones o participaciones.

3.3. OPERACIONES DE AUMENTO DEL PATRIMONIO SOCIAL

Se exponen a continuación las diferentes opciones de aumento de capital que suponen simultáneamente el incremento del patrimonio de la sociedad. En todas ellas, como regla común, se establece la obligación de desembolso efectivo desde el momento de la asunción de las nuevas participaciones o de la suscripción de las acciones (LSC 312). Además, y por tratarse de la aportación de nuevos recursos, debe tenerse en cuenta tanto el derecho de los socios a mantener proporcionalmente su participación en el haber social, como las posibilidades de suprimir ocasionalmente este derecho.

3.3.1. Derecho de suscripción preferente

La facultad de los socios de mantener su participación proporcional en el haber social, o derecho de suscripción preferente, viene reconocida por la ley entre los derechos del socio (LSC 93.b) para todos los tipos de sociedad capitalista, y se plasma tanto en la asunción de las nuevas participaciones de las SL como en la suscripción de las nuevas acciones de la SA y SCA, así como en la suscripción de obligaciones convertibles.

En todas las operaciones de aumento del patrimonio social con nuevas aportaciones, los socios ostentan la preferencia en la asunción del compromiso de realizar las nuevas aportaciones al capital social, derecho que reconoce nuevamente la ley al tratar de las ampliaciones de capital (LSC 304.1). Este derecho solo queda excluido legalmente en los supuestos de emisión de acciones por absorción total o parcial de otra entidad –pues las acciones nuevas habrán de canjearse por las de la sociedad absorbida– y en los de conversión de obligaciones en acciones (LSC 304.2).

El fundamento de este derecho está en su valor económico, y es consecuencia de los también reconocidos derechos a participar tanto en las ganancias sociales como en el patrimonio (LSC 93.a) resultante de la liquidación de la sociedad. Se justifica económicamente por el hecho de la dotación de reservas, que incrementan el patrimonio social sin un correlativo aumento del capital, así el valor contable de la acción –patrimonio neto dividido por número de acciones– aumenta por encima de su valor nominal en virtud de la acumulación de beneficios no distribuidos, reservas, en el patrimonio neto. La dotación de reservas es por lo tanto el sistema de autofinanciación de la sociedad, pues al dotarlas los socios renuncian a percibir los dividendos que les corresponden como consecuencia del resultado del ejercicio, permaneciendo estos en poder de la sociedad e incrementando su patrimonio, lo que a su vez se traduce en un mayor valor contable de las acciones o participaciones sociales, y con ello en un aumento teórico y correlativo del patrimonio individual de los socios.

Si en esta situación se emitiesen nuevas participaciones por el mismo valor nominal de las preexistentes, el valor contable de éstas se reduciría al repartirse las reservas constituidas entre un mayor número de acciones. Es decir que las nuevas participaciones se verían beneficiadas injustamente, al participar de unas reservas que no han contribuido a crear. Por ello, los socios preexistentes deben disponer del derecho a asumir las nuevas participaciones en la misma proporción en que ya participan del capital social, de manera que puedan mantener la que tenían en las reservas que han constituido.

Por lo tanto este derecho de suscripción preferente tiene un valor económico determinable: el de la proporción que corresponderá a las nuevas participaciones en las reservas previas; derecho que es además transmisible a terceros con las mismas condiciones y restricciones que lo serían las acciones o participaciones preexistentes que otorgan la preferencia en la suscripción de las nuevas (LSC 306), y que deberá ser compensado en caso de supresión del derecho. Consecuentemente resulta posible tanto el

ejercicio del derecho de suscripción por los socios que lo ostentan, como su transmisión por éstos a tercero y, finalmente, la supresión del mismo con carácter general en determinadas circunstancias, además de su inexistencia en los supuestos arriba mencionados.

3.3.1.1. Ejercicio del derecho

Establece la LSC la necesidad de determinar un plazo mínimo, para el ejercicio por los socios del derecho de suscripción preferente, de un mes desde la publicación del anuncio de oferta de las nuevas participaciones en el BORME (LSC 305.2). Este plazo podrá ampliarse en las SL por decisión de la junta en el acuerdo de ampliación, y en las SA por decisión de los administradores (LSC 305.1).

A su vez la publicación del anuncio en el BORME podrá sustituirse por notificación individualizada a los socios en las SL. Este procedimiento individual podrá igualmente adoptarse en las SA en los casos en que todas las acciones emitidas sean nominativas. La notificación habrá de hacerse por escrito tanto a los socios como, en su caso, a los usufructuarios que estén inscritos en el Libro de Acciones nominativas (SA) o en el Libro de socios (SL), computándose el plazo en estos casos desde el envío de la notificación a sus destinatarios (LSC 305.3).

Como particularidad de las SL, dispone la ley –con posibilidad de regulación distinta e incluso exclusión en los estatutos sociales– un derecho de suscripción preferente de segundo grado (LSC 307), consistente en la posibilidad de que los socios que han asumido las participaciones que proporcionalmente les corresponden, puedan en una segunda vuelta asumir igualmente aquéllas que no hayan sido suscritas por sus iniciales titulares. En caso de existir varios interesados, las participaciones no aceptadas se repartirán de nuevo entre ellos proporcionalmente a la cuota inicial de cada uno. Este derecho de segundo grado existe durante los quince días siguientes a la expiración del plazo inicial de suscripción, agotados ambos plazos la sociedad podrá ofrecer a terceros, durante un nuevo plazo de quince días, las participaciones que no hubieran sido cubiertas por los socios en las dos oportunidades previas.

3.3.1.2. Supresión del derecho: prima de emisión

La junta puede suprimir el ejercicio por los socios del derecho de suscripción preferente, si bien, y por tener éste un valor económico propiedad del socio, con la necesaria compensación por los nuevos socios de las reservas constituidas por los anteriores a través de la prima de emisión. Tal

supresión se limita en la ley a los casos en que lo exige el interés social, como lo son los supuestos de aumento de capital por conversión de créditos y obligaciones o mediante aportación de bienes concretos.

En estos caso las acciones nuevas se emitirán por el nominal que la junta decidiera, pero la sociedad habrá de recibir, además del desembolso correspondiente al nominal, una cantidad equivalente a la diferencia entre el valor teórico y el nominal de las preexistentes, de manera que se mantenga inalterable el valor contable de éstas. Es decir que en la práctica los nuevos accionistas no aportarán sólo el nominal de las acciones que suscriban, sino que al menos deberán alcanzar con su aportación la suma del nominal y las reservas antes constituidas en la proporción en que se aumente el capital, hasta igualar su desembolso con el valor contable de las participaciones antiguas.

Esta diferencia entre el nominal reconocido y la aportación real efectuada se denomina prima de emisión. La emisión de acciones con prima viene expresamente autorizada por la ley (LSC 298.1) y la prima deberá desembolsarse íntegramente en el momento de asumir las nuevas participaciones o de suscribir las nuevas acciones, es decir que el desembolso mínimo en este último supuesto habrá de ser el 25% del nominal de las nuevas acciones más el importe íntegro de la prima de emisión (LSC 298.2).

El acuerdo de la junta requerirá (LSC 308) un informe previo especial, elaborado por los administradores, en el que se habrán de hacer constar las personas a quienes se atribuyen las nuevas acciones o participaciones, el valor de las preexistentes y el nominal y la prima de emisión correspondientes a las nuevas. A este informe, en las SA, deberá añadirse un segundo informe realizado por un auditor de cuentas diferente del de la sociedad, que habrá de ser nombrado por el Registro Mercantil. La convocatoria de la junta deberá recoger la propuesta de supresión del derecho de suscripción preferente, la proporción entre nominal y prima de emisión y la certificación de que el nominal de las nuevas acciones más la prima de emisión se corresponde con el valor real o contable atribuido en el informe a las participaciones antiguas.

3.3.2. Aumento mediante nuevas aportaciones

Se trata del supuesto más sencillo de aumento de capital, en el que el contravalor de las acciones se percibe directamente por la sociedad, ya sea mediante la entrega de dinero efectivo o mediante aportaciones en especie, es decir la transmisión de bienes o derechos a la sociedad a cambio de las acciones emitidas.

En el supuesto de aportaciones dinerarias, la ley no exige más requisito previo –del que se exime a las entidades aseguradoras (LSC 299)– que el total desembolso de las acciones preexistentes. Es decir que no cabrá aumento de capital con aportaciones dinerarias mientras existan dividendos pasivos pendientes de cobro. Sin embargo y excepcionalmente, para evitar que un socio perjudique a la sociedad reteniendo el desembolso del dividendo pasivo –supuestos de mora del accionista– se autoriza el aumento de capital si el desembolso pendiente no supera el tres por ciento del total del capital social.

Si se trata de aportaciones no dinerarias será necesario, antes de la junta a cuya decisión se someta el aumento, el informe previo de los administradores (LSC 300) sobre las aportaciones concretas, con detalle de su valoración e identificación de quienes realicen las aportaciones, así como del número y valor nominal de las acciones a entregar a cambio y la total cuantía del aumento de capital. Como en todos los casos en que se requiere informe especial, en la convocatoria habrá de hacerse constar el derecho especial de información de los socios sobre el particular.

3.3.3. Conversión de créditos ordinarios y obligaciones en capital

Cabe también el aumento de capital realizado con cargo a créditos ordinarios, a través del cual el acreedor recibe, en lugar de la devolución del crédito a su favor, participaciones o acciones, de manera que el valor contable de éstas sea equivalente al importe de la cantidad adeudada. La ampliación de capital en estos supuestos tiene un tratamiento similar al de las aportaciones en especie, con renuncia de los socios al derecho de suscripción preferente, por lo que requiere igualmente del informe especial de los administradores, que habrá de ser puesto a disposición de los socios para su consulta o solicitud de envío (LSC 301.2 y 4). Al informe anterior se añade, en las SA, el requisito de que el auditor de cuentas de la sociedad –si no se auditare anualmente, el auditor será nombrado por el Registro Mercantil específicamente para evacuar este informe– certifique la realidad de la deuda y la certeza de los datos facilitados por los administradores en su informe (LSC 301.3), certificación ésta que además habrá de incorporarse a la escritura de ampliación del capital.

En cuanto a requisitos económicos, la ley dispone, en correlación con las obligaciones de desembolso, que los créditos convertidos en capital habrán de ser necesariamente líquidos (LSC 301.1). Además en la SL habrán de ser totalmente exigibles, para cumplir con el requisito de su desembolso íntegro, y en las SA habrán de ser exigibles en un 25% para cumplir con la correlativa obligación de desembolso de la cuarta parte del valor

nominal de las acciones. Lógicamente, en el caso de que la emisión de las nuevas participaciones se realizase con prima de emisión, el importe de ésta habrá de sumarse a la parte del crédito que ha de ser exigible en el momento de la ampliación.

En cuanto al aumento mediante conversión de obligaciones deben tenerse en cuenta dos supuestos diferentes. Por una parte la conversión de obligaciones ya emitidas como convertibles, de otro lado la conversión de obligaciones ordinarias. En el primer supuesto necesariamente se habrá de estar al contenido del acuerdo de emisión, en el que constarán las condiciones y plazos de conversión (LSC 302). En el segundo supuesto, aunque la ley no establece aquí norma específica, debe entenderse que cabe la posibilidad de la conversión no acordada en el momento de la emisión, pero necesariamente habrá de someterse a la decisión del sindicato de obligacionistas tras el acuerdo de ofrecimiento por la junta general.

3.4. SUSCRIPCIÓN PÚBLICA DE NUEVAS ACCIONES

Una vez agotado el plazo para el ejercicio del derecho de suscripción preferente, o en los supuestos en que éste se haya suprimido, procederá la oferta de las acciones a suscripción pública, de la que también quedan exceptuados los supuestos de conversión de créditos en capital o de aportaciones en especie concretas.

Para esta oferta de las acciones a suscripción pública, deberá la sociedad emitir el boletín de suscripción, documento que sirve a la vez de resguardo y control de las suscripciones realizadas y de publicidad de las condiciones de la emisión, es decir que se trata en la práctica de un contrato de adhesión mediante el que los suscriptores obtienen el detalle de las condiciones de la ampliación de capital y el resguardo o comprobante de la suscripción y el desembolso realizados, hasta el momento en que sea sustituido por las acciones, en su caso. Por ello el boletín debe contener las menciones de las condiciones esenciales de la emisión (LSC 309).

Así figurarán los datos de identificación completa de la sociedad –denominación, domicilio y datos registrales– y del suscriptor concreto, además del número de acciones suscritas, con constancia del nominal y en su caso de la prima de emisión y de la cantidad desembolsada desglosada en ambos conceptos, así como la firma del suscriptor y del receptor del desembolso y la fecha de la operación. Se completa el boletín con los datos de información relativos a entidad de crédito interviniente en la suscripción y la fecha a partir de la cual podrá el suscriptor reclamar la restitución de sus

aportaciones si la ampliación resultase fallida económica o formalmente, es decir que no resultase cubierta o se hubiese incurrido en defecto que impida la inscripción de la operación en el Registro Mercantil.

Dispone finalmente la ley que el suscriptor tiene derecho a la entrega de una copia firmada del boletín de suscripción, que hace para él las veces de resguardo o comprobante de la operación., ya que está obligado a realizar el correspondiente desembolso desde el momento en que asume las participaciones o suscribe las acciones (LSC 312).

3.5. EL AUMENTO INCOMPLETO

Previendo la posibilidad de que el aumento de capital ofrecido no sea cubierto en su integridad, regula la ley de distinta forma las consecuencias de este aumento incompleto, según se trate de SL o de SA.

En las SL (LSC 310), se establece como norma el que el incremento se llevará a efecto por el importe efectivamente cubierto y desembolsado en los plazos previstos, ya sea por los socios –en uso de sus derechos de suscripción preferente de primer y segundo grado– o por terceros en el ofrecimiento libre arriba mencionado. No obstante se permite la posibilidad de que el acuerdo de aumento de capital aprobado en la junta quede sin efecto si no se cubriese íntegramente; en este supuesto el órgano de administración quedará obligado a la restitución de las aportaciones realizadas en concepto de desembolso de la ampliación de capital malograda. La devolución habrá de realizarse en plazo de un mes desde el vencimiento del último plazo hábil para el desembolso, normalmente la oferta a terceros, salvo que el acuerdo niegue esta posibilidad. Si fueran dinerarias las aportaciones realizadas cabrá la posibilidad de consignar las cantidades a devolver en una entidad de crédito y a favor de quienes realizaron las aportaciones, debiendo notificarse a éstos la consignación realizada. La notificación habrá de ser escrita y en la misma se harán constar tanto la fecha de la consignación como la entidad de crédito elegida para el depósito.

Si se trata de SA (LSC 311) se toma la solución exactamente contraria a la descrita para las SL. Así, en lugar de establecer como norma la ampliación por el importe suscrito, se opta legalmente por considerar sin efecto el incremento de capital si no es cubierto en su integridad, permitiéndose la concreción del aumento de capital al realmente suscrito sólo en el caso en que el acuerdo de la junta lo haya previsto así expresamente. En el supuesto de malograrse la ampliación, será necesario publicar en el BORME el anuncio de que el aumento de capital ha quedado sin efecto, debiendo restituir las aportaciones en el mes siguiente al vencimiento del plazo inicialmente previsto

para la suscripción. De ser éstas dinerarias cabe la devolución directa por la sociedad a quienes las realizaron, o bien mediante consignación a su favor. Se limitan también las entidades depositarias de la consignación, que sólo podrá realizarse en el Banco de España o la Caja General de Depósitos.

3.6. OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN CONTABLE DEL PATRIMONIO SOCIAL

El aumento de capital con cargo a reservas o a beneficios no distribuidos no supone en realidad un aumento correlativo del patrimonio social, sino una reestructuración contable del mismo, cuya cuantía permanecerá inalterada por la operación. Se trata en realidad de incrementar la cifra del capital social reduciendo correlativamente la de las reservas, es decir que se modifica la estructura de los recursos propios pero no su cuantía.

La primera, y obvia, precaución legal ha de ser en estos casos el control de la realidad patrimonial de la nueva cifra de capital, lo que exige que la contrapartida sean reservas efectivas y no ficticias, pues de lo contrario la cifra de capital no tendría correspondencia con una aportación real, incumplándose la exigencia de efectividad de la aportación exigida por el artículo 59 de la LSC.

Se materializa este control a través de la exigencia (LSC 303.2) de que el balance que sirva de base a la ampliación tenga una antigüedad inferior a los seis meses previos al acuerdo, y que además sea verificado por el auditor de cuentas de la sociedad o por un auditor nombrado al efecto por el Registro Mercantil si la sociedad no está obligada a la auditoría anual.

Son válidas como contrapartida del incremento de capital las reservas voluntarias y disponibles en su integridad, así como las procedentes de la asunción de participaciones o suscripción de acciones con prima de emisión. En cuanto a la reserva legal será apta en su totalidad como contrapartida de las nuevas participaciones en las SL, pero en las anónimas sólo en la cuantía en que exceda del 10% del capital ampliado, es decir que una vez que se haya efectuado la ampliación la reserva legal habrá de ser como mínimo del 10% del nuevo capital.

En cuanto al aumento específico con cargo a beneficios no distribuidos (pendiente de aplicación) nada dice la ley, de donde cabe deducir que será válida la ampliación cumpliéndose los requisitos establecidos para las reservas. No obstante, y puesto que la constitución de reservas se lleva a cabo mediante acuerdo de la junta, ante los posibles problemas de interpretación restrictiva de la norma, parece aconsejable tomar primero el

acuerdo de aplicación de los beneficios a reservas y acto seguido convertir éstas en capital.

3.7. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL

Sea cual fuere la modalidad del aumento de capital, en todos los casos será necesario, para finalizar la operación, el otorgamiento de escritura pública que lo refleje y su inscripción en el Registro Mercantil.

La escritura deberá recoger el detalle de la operación realizada, expresándose los bienes o derechos aportados a la sociedad y el importe de la ampliación, así como el contravalor en acciones o participaciones emitidas y la nueva redacción de los estatutos, encomendada a los administradores, en la que figurará la distribución del capital tras la ampliación, con constancia de la nuevas series y numeraciones de la acciones creadas y el nominal de las mismas, o del nuevo nominal de las preexistentes si se hace la ampliación por aumento del nominal. Igualmente figurará la identificación individualizada de los aportantes, las acciones o participaciones concretas adjudicadas a cada uno de ellos y la declaración de los administradores de la constancia en los correspondientes libros de registro de socios (LSC 314).

Una vez otorgada la escritura, se presentarán a inscripción simultáneamente el acuerdo de ampliación de capital y la definitiva ejecución del mismo, si bien se exceptúa de la simultaneidad, inscribiéndose primero solamente el acuerdo, el caso en que una SA acuerde la ampliación previendo la suscripción incompleta y la emisión haya sido autorizada por la CNMV.

Si por cualquier circunstancia transcurriesen seis meses desde la puesta en marcha de la ampliación –mediante la apertura del plazo para ejercer el derecho de suscripción preferente– sin que su acuerdo y ejecución se presenten a inscripción registral, los titulares de las nuevas aportaciones realizadas podrán exigir la cancelación de la obligación de desembolso, en su caso, de los dividendos pasivos y la restitución íntegra de lo aportado, con el interés legal si la causa de la falta de presentación resultase imputable a la sociedad (LSC 316).

4. OPERACIONES DE DISMINUCIÓN DEL CAPITAL SOCIAL

La reducción del capital es el proceso contrario al aumento, y tiene por objeto la disminución de la cifra de capital social inscrita en el registro, por lo que representa igualmente la necesidad de modificar los estatutos y su inscripción en el Registro Mercantil (LSC 318.1 y 319), previa

publicación de un anuncio del acuerdo de reducción tanto en el BORME como en un diario de gran circulación en la provincia donde la sociedad tenga su domicilio.

El reflejo estatutario de la disminución afectará necesariamente a la cifra del capital social, y podrá hacerlo también, alternativamente, al número de acciones emitidas por la sociedad, si se lleva a cabo mediante la amortización íntegra de algunas acciones o a su agrupación, o sólo a su valor nominal, ya que también cabe reducir el capital mediante simple disminución del nominal de todas o solo parte de las acciones o participaciones sociales (LSC 317.2). La reducción puede, como la ampliación, obedecer a diferentes razones, que justifican la existencia de distintas modalidades, en atención a las necesidades que se pretenda cubrir con la operación.

El acuerdo de la junta que apruebe la reducción de capital mencionará obligatoriamente la cuantía y finalidad de la reducción, el procedimiento elegido para llevarla a cabo, el plazo de ejecución y la cantidad que se haya de abonar a los socios en los casos de devolución de capital (LSC 318.2).

4.1. MODALIDADES

Básicamente, las razones de la reducción de capital serán el exceso innecesario de fondos a disposición de la actividad o la adecuación de la cifra del capital social al patrimonio real de la sociedad, cuando éste haya disminuido en exceso como consecuencia de pérdidas de la actividad. La propuesta de reducción de capital, como la de ampliación o las de modificación de los estatutos, deberá ir siempre acompañada de un informe especial, en el que habrá de hacerse mención expresa de la cuantía y finalidad de la reducción, procedimiento para realizarla y, en su caso, la cantidad a abonar a los socios (LSC 318.2).

Dependiendo del contravalor de las acciones o participaciones amortizadas, es decir del destino de los fondos que se restan del capital social, cabe distinguir dos modalidades básicas de reducción (LSC 317.1), que a su vez pueden revestir diferentes procedimientos.

a) De una parte aparecen las que suponen una disminución efectiva tanto del capital como del patrimonio, supuestos que lógicamente causarán también una reducción del activo contable. Se trata de las reducciones de capital con devolución parcial de aportaciones, que suponen normalmente la reducción del valor nominal de las participaciones, por tratarse de la devolución a los accionistas de parte de lo aportado. Cabe igualmente la devolución a algunos socios del total que aportaron en cuyo caso

procederá la amortización íntegra de las acciones preexistentes afectadas, es el caso de la reducción del capital mediante adquisición de acciones propias, y puede aparecer además como consecuencia del ejercicio por los socios del derecho de separación (LSC 358). Por último un caso especial de devolución de aportaciones, específico de las SA y SCA, se produce con la reducción del patrimonio social a través de la minoración del activo, que se realiza renunciando a la exigencia del capital suscrito y no desembolsado, es decir mediante la condonación de dividendos pasivos.

b) Otras no afectarán a la cifra del patrimonio por tratarse de la reestructuración, obligatoria o voluntaria, del reflejo contable de los recursos propios. Suponen una nueva distribución contable del neto patrimonial pero no producirán disminución del patrimonio social ni del número de socios. Es el caso de las reducciones para la dotación de reservas, que tanto pueden realizarse mediante la disminución del nominal de las acciones preexistentes como mediante la amortización de acciones. También se incluyen en este apartado las reducciones de capital para la compensación de pérdidas, en las que se cancelan contablemente las pérdidas acumuladas trasladándolas directamente al patrimonio de los accionistas.

4.2. OPERACIONES DE REDUCCIÓN DEL PATRIMONIO SOCIAL

Analizaremos seguidamente las distintas posibilidades de reducción del capital que suponen simultáneamente la disminución del patrimonio de la sociedad. En todas ellas, como regla común, se establece la obligación de proteger a los acreedores sociales, para quienes la reducción del patrimonio supone lógicamente una correlativa minoración de la solvencia de la sociedad que podría producir perjuicio a sus derechos de cobro. Para evitar, o al menos paliar, este riesgo, establece la ley distintas opciones según se trate de SA o de SL, que se analizarán en el siguiente epígrafe.

En todas las operaciones de reducción del patrimonio social se produce de forma directa o indirecta la devolución, total o parcial y a todos o solo a una parte de los accionistas o partícipes, de sus aportaciones a la sociedad. El procedimiento básico es por lo tanto la reducción mediante devolución de aportaciones, pero puede revestir diversas formas específicas.

4.2.1. Devolución de aportaciones

El supuesto más sencillo es la devolución en metálico de parte de su aportación a capital a la totalidad de los accionistas o partícipes, aplicando

la regla de prorrata que la ley (LSC 330) establece como principio general, es decir reduciendo todas ellas en un mismo porcentaje, a no ser que por unanimidad se adoptase otro sistema de reparto.

Queda también expresamente autorizada la posibilidad de que la reducción no afecte a todas las participaciones sociales, sino solo a parte de ellas (LSC 329). Para estos casos, y tanto si se trata de devolución parcial como amortización total, la ley establece un sistema de protección de los socios afectados, consistente para las SL en la aceptación expresa e individual de cada uno de los socios afectados, y en las SA en la aprobación por acuerdo separado de los afectados, con remisión expresa al artículo 293 LSC, que más arriba hemos citado al hablar de las reglas especiales de protección de los socios ante las modificaciones estatutarias.

No regula la ley especialidad alguna en el supuesto de condonación de los dividendos pasivos, expresamente autorizada por el artículo 317.1 *in fine* LSC. Como en definitiva la condonación de la obligación de aportar el capital suscrito es equivalente a una devolución de aportaciones, entendemos aplicables las mismas reglas que en los supuestos anteriores, con la salvedad de que no existirá entrega o devolución en metálico, sino cancelación total o parcial de los saldos a favor de la sociedad en las cuentas de accionistas deudores por dividendos pasivos.

4.2.2. Adquisición de acciones propias

Finalmente, si la reducción se plantea mediante la amortización total de parte de las acciones o participaciones sociales, deberá procederse mediante el sistema de adquisición para su amortización. El procedimiento legal requiere en primer lugar el acuerdo de reducción específico por este sistema, que deberá precisar si afecta a todas las acciones o participaciones o solo a una clase de éstas, en cuyo caso será necesario el acuerdo separado de los socios afectados. La oferta de adquisición deberá extenderse a todos los socios de la clase o clases afectadas, o a la totalidad de los socios si afecta por igual a todas las clases de acciones (LSC 338).

Si se trata de SL la oferta de adquisición, y sus condiciones, se remitirá por escrito a todos los socios, necesariamente por correo certificado con acuse de recibo (LSC 339.1) y computándose el plazo desde este envío (LSC 340.1); en el caso de SA habrá de publicarse en el BORME y en un diario, expresando todas las condiciones relevantes de la operación, las consecuencias en caso de no alcanzarse la adquisición del número de acciones a amortizar previsto en el acuerdo y el plazo de validez de la oferta de adquisición, que la ley determina en el mínimo de un mes desde la

última publicación (LSC 339.2). Si todas las acciones fueran nominativas el anuncio podrá sustituirse por el sistema previsto para las SL.

Concluido el plazo para la aceptación, si el número de estas excediese del previsto en la oferta se aplicará el principio de prorrateo entre los aceptantes. Si no se alcanzase el total previsto se reducirá el capital en la suma de las aceptaciones, salvo que en el acuerdo se hubiese establecido consecuencia distinta. La sociedad deberá amortizar las acciones así adquiridas en el plazo de un mes desde el vencimiento del plazo ofertado para la aceptación. Si se trata de participaciones el plazo de amortización se extenderá hasta tres años desde la fecha de la oferta.

Conviene recordar que el ejercicio del derecho de separación de los socios ante las modificaciones estatutarias, o la separación automática en los supuestos en que la determina la ley, producen el efecto de una reducción de capital por el importe total de las acciones o participaciones que hayan hecho uso del mismo, con amortización de la totalidad de las mismas.

4.3. TUTELA DE LOS ACREEDORES

La ley establece dos sistemas, según se trate de SA o de SL, de protección de los derechos de los acreedores ante la reducción del patrimonio social. En el primero de los casos concede a los acreedores la posibilidad de oponerse a la reducción, con el fin de obtener el pago anticipado o bien una garantía especial. Para las SL se dispone como principio la responsabilidad limitada de los socios que hayan percibido devolución del capital.

4.3.1. Derecho de oposición de los acreedores

En las SA se dispone con carácter general el derecho de los acreedores a oponerse a la reducción de capital (LSC 334.1), cuando se trate de créditos nacidos con anterioridad a la fecha del último anuncio de la reducción, en el plazo de un mes a contar desde esta publicación. La utilización de este derecho por los acreedores obligará a la sociedad a garantizar el crédito del acreedor que lo haya ejercitado, ya sea con la garantía que entre ambos acuerden o, en defecto de acuerdo, acreditando la constitución de una fianza que habrá de ser prestada por entidad de crédito habilitada para esta función, tendrá carácter solidario con la sociedad, deberá cubrir el importe íntegro de la deuda y extenderse temporalmente no sólo al plazo de vencimiento de la obligación, sino hasta que transcurra íntegramente el plazo de prescripción de la misma (LSC 337). Lógicamente, y aunque no se dice en la ley de forma expresa, la entidad podrá también

enervar la oposición pagando anticipadamente la deuda, ya que entonces el acreedor dejaría de serlo y por ello carecería de legitimidad para oponerse a la reducción.

En definitiva la norma, reconociendo que la reducción del capital reduce en igual medida la solvencia de la sociedad y por ello una variación de las condiciones previas de la obligación, pone en manos de los acreedores un mecanismo de aseguramiento del pago de la deuda para protegerles de las consecuencias de esa reducción de la solvencia. Por ello quedarán excluidos del derecho de oposición aquellos acreedores que ya gocen de una garantía específica (LSC 334.2), pues no precisan de garantía añadida para proteger sus derechos.

Por el mismo motivo queda también excluido el derecho de oposición (LSC 335) en los casos en que la reducción de capital no suponga una disminución correlativa del patrimonio social, es decir en los supuestos en que la reducción sea en realidad una reestructuración del reflejo contable de los recursos propios. Así carecerán los acreedores del derecho de oposición en los casos de reducción con cargo a pérdidas –para reequilibrar capital y patrimonio– o se produzca para la dotación de reserva legal. Permanecerá por lo tanto el derecho de oposición en todos los supuestos de reducción de capital que suponen realmente disminución del patrimonio social.

Un último supuesto de inexistencia se produce, porque tampoco hay reducción de patrimonio, si la disminución se hiciese con cargo a beneficios o reservas libres o por la amortización de acciones adquiridas a título gratuito. Se trata de dos supuestos especiales en los que la ley excluye la oposición de los acreedores, pero a la vez limita la disponibilidad de los fondos liberados, ya que obliga a que se constituya con el nominal de la reducción una reserva especial de la que la sociedad sólo podrá disponer con los mismos requisitos que si se tratase de reducir el capital. Dicho de otra forma, se autoriza en estos casos la disminución nominal del capital, pero no la disminución real correlativa del patrimonio al obligar a constituir una reserva de disponibilidad limitada por el mismo importe de la reducción.

Para las SL la ley establece como norma general un sistema totalmente diferente que analizaremos a continuación, pero permite a la vez la posibilidad de prever en los estatutos sociales el derecho de oposición de los acreedores de forma similar al descrito para las SA. En este modelo legal de derecho de oposición estatutario (LSC 333), el plazo para su ejercicio se alarga a tres meses desde la notificación personal a cada acreedor del acuerdo de reducción o, en caso de imposibilidad, la publicación de anuncio del acuerdo en el BORME y en un diario. Por lo demás se mantiene

el sistema descrito en cuanto a las reglas de prorrata y de enervación del derecho mediante pago anticipado o garantía suficiente.

4.3.2. Responsabilidad limitada de los socios por las deudas sociales

En el sistema previsto como general para las SL (LSC 331) se sustituye la oposición del acreedor por la responsabilidad de los socios por las deudas sociales, en algunos casos de reducción de capital. Esta responsabilidad se establece como solidaria de los socios entre sí y con la sociedad, si bien queda sometida a una doble limitación.

El primero de los límites es de carácter temporal, ya que esta responsabilidad se extinguirá a los cinco años de inscrita la reducción en el Registro Mercantil. El segundo límite es de cuantía: cada socio quedará responsable de las deudas sociales hasta el máximo de la cantidad efectivamente percibida de la sociedad como consecuencia de la reducción de capital (LSC 331.2). Podemos hablar de una tercera limitación por la fecha de nacimiento de la obligación, ya que tal responsabilidad no afectará a las deudas posteriores a la reducción de capital sino que se extiende sólo a las obligaciones ya existentes en el momento de la reducción de capital.

A su vez esta responsabilidad puede ser excluida por la sociedad mediante la constitución de una reserva especial del mismo importe de la reducción, que habrá de dotarse con cargo a reservas libres o beneficios no aplicados, y será además indisponible durante el mismo plazo de cinco años –que habrán de contarse desde la publicación de la reducción en el BORME– que la responsabilidad legalmente atribuida a los socios, salvo amortización anterior de la totalidad de las deudas para cuya garantía se constituye la reserva (LSC 332).

Téngase en cuenta que la responsabilidad de los socios, en su caso, está limitada para cada uno de ellos a la cuantía efectivamente percibida en concepto de reducción del capital. Ello significa que no existe tal responsabilidad si no hay restitución de capital, por lo que quedan exentas las reducciones de capital cuyo objeto sea la reestructuración del reflejo contable del patrimonio social, es decir si se hacen con cargo a pérdidas o para la dotación de reservas, los mismos casos en que se excluye el derecho de oposición en las SA.

Además la responsabilidad de los socios sería inexigible en la práctica si no se hiciese constar quienes y cuanto han recibido en concepto de restitución de capital, por lo que se exige que en la escritura de reducción se incluya la identidad de los socios perceptores de la restitución y

la cuantía recibida por cada uno de ellos, que constarán inscritas en el Registro Mercantil. Alternativamente, en caso de que se constituya la reserva especial e indisponible antes citada, deberá constar expresamente en la escritura la declaración de los administradores sociales en tal sentido (LSC 331.4).

4.4. OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN CONTABLE DEL PATRIMONIO SOCIAL

Se trata aquí de aquellos supuestos en que la reducción de capital no supone realmente reducción del patrimonio, es decir que no existe una salida de fondos del patrimonio social, sino tan solo la modificación de las partidas contables que representan los recursos propios de la sociedad.

Dispone la ley la reducción obligatoria del capital social para las SA cuyo patrimonio se vea reducido, como consecuencia de la acumulación de pérdidas, a una cifra inferior a las dos terceras partes del capital social, siempre que se mantenga esta situación durante un ejercicio social completo (LSC 327), sin embargo, no existe norma equivalente para las SL. Por otra parte, y para ambos modelos de sociedad, se establece (LSC 363.1.d) la obligación de disolver la sociedad en los supuestos en que las pérdidas reduzcan el patrimonio neto por debajo de la mitad del capital social, aunque aquí la norma prevé la posibilidad de aumentar o reducir el capital en la cuantía necesaria para recuperar el equilibrio y adecuar la solvencia aparente –cifra del capital– a la solvencia contable –montante de los recursos propios según balance–. Además de las situaciones de obligación legal, cabe también la reducción voluntaria del capital por pérdidas, sin que estas alcancen las proporciones que desencadenan la aplicación del mandato legal. Ya sea voluntaria u obligatoria, la reducción de capital por pérdidas se llevará a cabo por el mismo procedimiento.

Ante todo exige la ley que el balance que refleje las pérdidas y sobre el que se ha de tomar el acuerdo de la junta tenga una antigüedad inferior a seis meses desde la fecha de la junta, esté verificado por un auditor –ya sea el social o uno nombrado al efecto por los administradores si no estuviese obligada a la auditoría anual– y haya sido aprobado en junta general (LSC 323). Tanto el balance como el informe de auditoría habrán de ser incorporados a la escritura pública que documente la reducción. A todo ello se añade el requisito (LSC 324) de dar publicidad a la causa de la reducción, ya que la finalidad de esta deberá expresarse tanto en el acuerdo de la junta como en su posterior anuncio público exigido por el artículo 319.

Se establecen además condiciones previas para que la junta pueda tomar válidamente este acuerdo. Si se trata de una SL, antes de reducir capital con cargo a pérdidas deberán haberse agotado todo tipo de reservas, si fuese una SA sólo podrá permanecer en balance la reserva legal y por una cuantía máxima del 10% del capital resultante de la reducción (LSC 322). Se prohíbe en todos los casos que esta reducción –que sólo es una reestructuración contable de los recursos propios– produzca cualquier tipo de devolución de capital a los socios o, en las SA, la condonación total o parcial del dividendo pasivo, es decir la reducción del patrimonio real de la sociedad. Por último se prohíbe el reparto posterior de dividendos mientras la reserva legal no haya sido de nuevo repuesta en el 10% del capital. Como norma general, esta reducción habrá de afectar en la misma proporción a todos los socios, reduciéndose en un mismo porcentaje la totalidad de las acciones o participaciones sociales (LSC 320), si bien deben tenerse en cuenta los privilegios legales que asisten a las acciones y participaciones sin voto o a las estatutariamente privilegiadas.

A tal efecto recordemos que (LSC 100) las participaciones y acciones sin voto no podrán ser afectadas por la reducción de capital con cargo a pérdidas mientras subsistan sin amortizar total o parcialmente acciones o participaciones sociales ordinarias. Si la reducción produjese como efecto el que las acciones o participaciones sin voto excedieren de la mitad del capital social resultante en la SL, o del desembolsado en la SA, la sociedad dispondrá de un plazo de dos años para restablecer el equilibrio legal, transcurridos los cuales sin obtenerlo habrá de disolverse. Las acciones o participaciones sin voto solo adquirirán este derecho en el supuesto de que sean amortizadas la totalidad de las ordinarias y dispondrán de voto hasta que se recupere la proporción legalmente establecida.

En cuanto a la reducción para la dotación de reserva legal, la LSC remite a las mismas obligaciones ya establecidas para la reducción con cargo a pérdidas. Extrañamente no se prevé su extensión, al menos expresamente, para la dotación de reservas voluntarias, ni se dispone para este caso limitación o especialidad alguna. Sin embargo no cabe deducir de este silencio legal la imposibilidad de reducir capital con cargo a reservas voluntarias, ya que sí se hace mención expresa de este supuesto, autorizándolo, al enumerar la ley las modalidades de la reducción (LSC 317.1).

4.5. AUMENTO Y DISMINUCIÓN SIMULTÁNEOS: OPERACIÓN ACORDEÓN

La disminución del capital por debajo de la cifra de capital mínima legalmente establecida para cada tipo de sociedad está, lógicamente, proscribida por la ley. Por ello se determina que en caso de tomar acuerdo en tal sentido, solo será válido si simultáneamente se adopta el acuerdo de transformar la sociedad, adoptando un tipo social que admita el nuevo capital, o bien el aumento simultáneo hasta la cifra mínima establecida.

Se trata en este último caso de la llamada operación acordeón, por la que se reduce el capital y simultáneamente se aumenta, quedando la eficacia del acuerdo de reducción condicionada a la ejecución del acuerdo de aumento y por lo tanto sin efecto la reducción mientras no se ejecute el incremento (LSC 344), y prohibida su inscripción en el Registro Mercantil, salvo que al propio tiempo se presente a inscripción el acuerdo de transformación o de incremento de capital (LSC 345). El sistema descrito encuentra su utilidad en determinados casos de obligación de reequilibrio de capital y patrimonio por pérdidas, pues permite la continuidad con un desembolso menor del que sería necesario si sólo se incrementa el capital, y a la vez permite la conservación en balance de parte de las pérdidas para la compensación de beneficios futuros, con la consiguiente ventaja fiscal.

En prevención de operaciones incompletas, se determina la disolución de pleno derecho (LSC 360.1.b) de la sociedad si transcurre un año desde el acuerdo sin que se logre la inscripción de la transformación o el aumento, desplazándose en este caso a los administradores la responsabilidad por las deudas sociales, personal y solidaria entre sí y con la sociedad.

5. MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES

Se definen como modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles la transformación, fusión, escisión, cesión global de activo y pasivos y el traslado internacional de domicilio, que acarrea el cambio de nacionalidad de la sociedad afectada. Todos los indicados supuestos aparecen enumerados en el artículo 1 de la *Ley 3/2009 de Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles* (en adelante LME), cuyo artículo 2 extiende su aplicación a la totalidad de las sociedades de carácter mercantil, por constitución o por objeto, con la excepción de las cooperativas, en cuyo caso se remite a la regulación de su régimen propio.

5.1. TRANSFORMACIÓN

Se entiende por transformación de una sociedad el cambio de su tipo social de adscripción, conservando su personalidad jurídica (LME 3). Cualquier sociedad mercantil o civil puede transformarse en otro tipo de sociedad (LME 4), incluso aunque se encuentre en período de liquidación, siempre que en tal caso no haya comenzado la distribución de la cuota liquidatoria entre los socios (LME 5).

5.1.1. Procedimiento

El acuerdo de transformación habrá de tomarse en junta de socios (LME 8), que se regirá conforme a la normativa aplicable al tipo social de origen (LME 10.1), y en el que se dará cumplimiento a los requisitos establecidos para la constitución del tipo social de destino, así como se recogerá el balance de transformación (LME 10.1). Como información previa al acuerdo, y desde la convocatoria de junta al efecto, deberá estar a disposición de los socios un informe especial de los administradores (LME 9) explicativo de las causas, circunstancias y consecuencias para los socios de la transformación propuesta. Al informe se acompañarán el balance de transformación –cuya antigüedad será inferior a seis meses desde la fecha prevista para la junta– con informe de auditoría –en los casos en que la sociedad esté obligada a auditarse– y el proyecto de escritura o estatutos de la sociedad de destino. Todo ello salvo que el acuerdo de transformación se tome en junta universal y por unanimidad. En el acto de la junta, los administradores informarán a los socios de las modificaciones relevantes de activo y pasivo acaecidas entre la fecha del balance y la celebración del acto.

Alcanzado el acuerdo, habrá de ser publicado en el BORME y en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio social, como paso previo a su escrituración (LME 14.1). Se exime de este requisito a las sociedades en el supuesto de que el acuerdo se comunique por escrito –o por medio electrónico si así se ha aceptado expresamente por cada interesado– a la totalidad de los socios y acreedores, así como a los titulares de derechos o participaciones que se eliminen como consecuencia de la transformación. Esta comunicación habrá de dirigirse a los domicilios que consten a la sociedad por notificación de los interesados o, en su defecto, a los domicilios legales, y deberá realizarse mediante un procedimiento que asegure su recepción (LME 14.2).

Tras la publicación o notificación del acuerdo, se deberá aguardar el plazo de un mes –plazo destinado a posibilitar el ejercicio de diferentes

actuaciones por los socios— antes de proceder al otorgamiento de la escritura de transformación. Al otorgamiento deberán asistir tanto los representantes de la sociedad transformada como la totalidad de los socios que, en su caso, asuman en adelante responsabilidad personal por las deudas sociales (LME 18.1). Deberán consignarse en la escritura las menciones legalmente obligatorias para la constitución de la sociedad de destino, a las que se añadirá el detalle de la nueva estructura de capital —con informe de expertos independientes sobre el patrimonio social si lo exige la norma para la sociedad transformada— y la relación de socios separados de la sociedad como consecuencia de la transformación, con el detalle de la proporción de capital que éstos representen en el de la sociedad de origen (LME 18.2).

Permite la ley expresamente que, junto con la transformación, se acuerden otras modificaciones estatutarias —respetándose los requisitos exigidos para cada una de ellas en la sociedad de destino— así como la incorporación de nuevos socios a la sociedad.

La transformación no adquirirá plena eficacia hasta su inscripción en el Registro Mercantil, y podrá ser impugnada durante los tres meses siguientes a ésta.

5.1.2. Consecuencias

La transformación de una sociedad puede acarrear ciertos problemas de adaptación de la original en la de destino, por existir en la primera determinados supuestos no admisibles en la segunda, tales como dividendos pasivos u obligaciones. El proceso de transformación de la sociedad no basta para cancelar las obligaciones de los socios para con la sociedad, caso de existir éstas, por lo que la LME exige para estos casos la adaptación previa a la normativa de la sociedad de destino, así pues se trata de consecuencias de la transformación, pero habrán de resolverse con anterioridad a ésta.

Así, en el supuesto de que existan dividendos pasivos en la sociedad de origen, cuya persistencia sea legalmente imposible en la de destino, se habrá de optar por la exigencia del desembolso pendiente o bien por la reducción del capital mediante condonación de los desembolsos aún pendientes, acuerdo que en ambos casos tendrá carácter previo al de transformación (LME 11). Ambos supuestos podrán escriturarse simultáneamente con la transformación, debiendo, en su caso, acreditarse ante el notario el desembolso efectivo del capital pendiente.

Lo mismo sucederá con las obligaciones, en el caso de transformarse de una sociedad autorizada legalmente para emitirlas en otra que no lo esté, tanto si son ordinarias como si fueren convertibles en acciones, siendo anónima la sociedad de origen (LME 13). En ambos casos las obligaciones habrán de extinguirse previamente a la transformación, ya sea mediante amortización total de las ordinarias o su conversión en acciones si estuviera prevista.

Tampoco, salvo que se acuerde expresamente por unanimidad de los socios que permanezcan en la sociedad transformada, podrá alterarse la proporción de capital que ostente cada uno de los socios. En cuanto a los socios industriales, si los hubiere en la de origen, que no puedan mantener tal condición en la de destino, les será atribuida en ésta la misma participación que tuvieren ya reconocida –salvo acuerdo unánime que la modifique o la establezca de no constar previamente establecida– para lo cual se reducirá proporcionalmente, en la medida necesaria, la de los restantes socios (LME 12).

Se reconoce a los socios de la sociedad de origen el derecho de separación, si bien, y según el tipo legal de la sociedad de destino, puede también producirse separación automática (LME 15). Se dará ésta en todos los supuestos en que los socios que permanezcan adquieran responsabilidad por las deudas sociales en la sociedad de destino, sin haberla tenido en la de origen. En tales casos, quedarán automáticamente separados todos aquellos socios que no hayan votado a favor de la transformación, salvo que manifiesten fehacientemente su adhesión al acuerdo durante el mes siguiente a la toma acuerdo, o a su notificación por la sociedad, según hubieran o no asistido a la junta que lo haya aprobado. En caso de inexistencia de mayor responsabilidad en la sociedad de destino, los socios que prefieran ejercer su derecho de separación deberán proceder según se ha expuesto en el epígrafe 6.1.3 para las sociedades limitadas.

Los titulares de derechos especiales, diferentes de las acciones, participaciones o cuotas de capital, que no puedan mantenerse en la sociedad de destino, gozarán del derecho de oposición, que impedirá la transformación de la sociedad, durante el plazo de un mes desde la publicación del acuerdo en el BORME –o, en su caso, la comunicación escrita por la sociedad o la propia fecha del acuerdo si asistieron a la junta– salvo que hubiesen votado a favor del acuerdo.

5.2. TRASLADO INTERNACIONAL DEL DOMICILIO SOCIAL

El traslado internacional del domicilio social se regula en los artículos 92 a 103 de la LME, autorizándose para las sociedades con nacionalidad española sólo en los casos en que la legislación interna del país de destino permita la conservación de su personalidad jurídica, pues en otro caso se trataría de una sociedad de nueva constitución, con disolución de la sociedad de derecho español (LME 93). Fuera de este caso, se prohíbe únicamente el traslado de las sociedades en liquidación o concurso de acreedores.

En cuanto a las sociedades de otra nacionalidad, distingue la ley (LME 94) entre las procedentes del espacio económico europeo, a las que se reconoce la personalidad jurídica y la nacionalidad española sin más requisitos que el cumplimiento de los exigidos por nuestra legislación para constituir el tipo de sociedad de que se trate (salvo convenio vigente que diga otra cosa) y las procedentes de otras nacionalidades, a las que se exige además informe de experto demostrativo de que su patrimonio neto es superior a la cifra mínima de capital establecida por la legislación interna.

Para las sociedades españolas, el procedimiento de traslado internacional requiere acuerdo de la junta de socios (LME 97), con base en un proyecto de traslado que deberá contener la denominación social de origen y datos de inscripción, los nuevos estatutos sociales, incluyendo la denominación y el domicilio social de destino, el calendario del traslado y las medidas tomadas en protección de socios, acreedores y trabajadores. El proyecto se depositará en el Registro Mercantil, publicándose en el BORME los elementos esenciales del mismo.

Una vez efectuada la publicación del proyecto, se convocará junta mediante anuncio en el BORME y en un diario (LME 98), con dos meses, al menos, de anticipación sobre la fecha prevista, que contendrá los domicilio de origen y destino, y la expresión de los derechos de información de los socios, con respecto al proyecto, y de separación así como el de oposición de los acreedores, que se neutralizará con la oportuna garantía como en los casos de fusión. Los socios disidentes tendrán derecho de separación de la sociedad, que habrán de ejercitar por el procedimiento general establecido en la LSC.

El acuerdo se elevará a escritura pública para su inscripción en el Registro Mercantil, que expedirá certificación de cumplimiento de los requisitos legales del traslado, momento desde el cual queda cerrada la hoja registral de la sociedad para nuevas inscripciones. Una vez inscrito el traslado en el domicilio de destino, cobrará éste plena eficacia, cancelándose

la inscripción registral mediante certificación de haberse inscrito la sociedad en el nuevo domicilio.

6. FUSIÓN, ESCISIÓN Y CESIÓN DE ACTIVOS Y PASIVOS

Constituyen en su conjunto operaciones en las que se produce un traslado en bloque de patrimonio entre sociedades. En el caso de fusiones y escisiones hay además continuidad en las participaciones, con traslado de socios y canje de acciones o participaciones de la sociedad de origen por las de la sociedad o sociedades de destino, aplicándose a los socios industriales la misma regla que en el caso de transformación (LME 24.2). Para determinar la participación de cada socio en la nueva sociedad será preciso establecer un tipo de canje, es decir la determinación de la proporción existente entre los valores de las acciones de las sociedades implicadas; por el contrario, y éste es el elemento distintivo (LME 24), no existe canje de acciones en los supuestos de cesión de activos y pasivos, ya sea por cesión global o mediante simple segregación.

El tipo de canje habrá de establecerse necesariamente en proporción a los valores reales de los patrimonios de las sociedades participantes y resultantes (LME 25). Excepcionalmente, de ser necesario para ajustar el tipo, se autoriza la posibilidad de compensaciones en metálico que no excedan del diez por ciento del nominal de las acciones o participaciones de las sociedades resultantes atribuidas a sus socios. Se prohíbe la atribución de acciones propias, por lo que, de existir en las sociedades preexistentes, habrán de ser amortizadas antes de proceder al cálculo del valor real de las restantes (LME 26). Se autoriza expresamente la fusión de las sociedades en liquidación exclusivamente en el caso de que no haya comenzado la distribución de las cuotas liquidatorias a los socios.

En las fusiones será preciso además tener en cuenta la normativa sobre defensa de la competencia (LDC 7.a), en los casos en que la sociedad resultante alcance como resultado una participación significativa de control del mercado (LDC 8), debiendo notificarse previamente a la Comisión Nacional de la Competencia (LDC 9) para su autorización o condicionamiento.

6.1. CONCEPTO Y MODALIDADES

Entendemos por fusión el proceso por el cual los patrimonios de dos o más sociedades pasan en su totalidad a integrarse en una única, cuyas acciones se entregan a los socios de las preexistentes a cambio de las de

éstas y en proporción a sus respectivos valores y participaciones individuales. Escisión será el proceso contrario, es decir el encaminado a repartir el patrimonio y los socios de una entidad entre varias menores, cuyas acciones se entregan a los socios de la primera, igualmente en proporción a los valores de todas ellas y a las participaciones individuales.

La LME distingue varios tipos de fusión. Así hablamos de *fusión propia* en el supuesto en que todas las sociedades originales se extinguen, pasando sus socios y patrimonios a integrarse en otra de nueva creación (LME 23.1). La *fusión por absorción* se produce cuando una de las sociedades iniciales no se extingue, sino que integra la totalidad de los patrimonios de las originales y acoge asimismo a todos sus socios (LME 23.2). En ambos supuestos la sociedad resultante de la fusión adquiere por sucesión universal la totalidad de los derechos y obligaciones de las preexistentes, mientras que los socios de éstas se integran en ella.

También establece la ley varios tipos de escisión, entendiendo por *escisión total* el proceso por el cual la preexistente se extingue totalmente, traspasando su patrimonio a otras, que pueden tanto ser de nueva creación como existentes con anterioridad (LME 69). La *escisión parcial* se produce cuando la preexistente no desaparece en el proceso, sino que conserva parte de su patrimonio, capital y socios y mantiene su personalidad jurídica, aunque reduce su tamaño. En ambos casos las nuevas acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias se integran en el patrimonio de los socios de la original, siempre en proporción a su valor previo y a la participación individual de cada uno de ellos.

Impropia, incluye la ley entre los supuestos de escisión los casos de *segregación* (LME 68 y 71) –ya que en este caso no se produce canje de acciones, sino que la contraprestación pasa al patrimonio de la sociedad segregada– y de *constitución mediante traspaso de patrimonio* (LME 72) –en el que la totalidad de las participaciones en el capital de la sociedad constituida queda en propiedad de la constituyente– por lo que aquí se analizarán como supuestos independientes de cesión de activos y pasivos.

6.2. PROCEDIMIENTO

El procedimiento de fusiones y escisiones es similar, con las lógicas diferencias por tratarse de supuestos con objeto diametralmente opuesto, la integración de varios patrimonios en el primer caso y la segregación de un patrimonio en el otro. Sin embargo, el elemento común del canje de acciones identifica básicamente el objetivo de la ley al regular los respectivos

procesos, de hecho la norma al regular las escisiones se remite expresamente al procedimiento de fusión (LME 73), especificando tan sólo las diferencias provocadas por el diferente objetivo.

6.2.1. Proyecto de la operación

Se inicia el proceso con la elaboración de un proyecto por las sociedades implicadas (LME 30), que deberá contener (LME 31) las identificaciones, tipo social, domicilios e inscripciones de las sociedades implicadas y de la resultante del proceso; el procedimiento y tipo de canje determinados y, en su caso, las compensaciones económicas establecidas para su ajuste; los estatutos completos de la sociedad resultante de la fusión; indicación de los ajustes necesarios en las aportaciones de industria y prestaciones accesorias, o las compensaciones establecidas; detalle de las soluciones ofrecidas a los titulares de derechos especiales y tenedores de títulos no participativos; ventajas o remuneraciones ofrecidas a los administradores de las sociedades participantes y a los expertos que intervengan en el proceso; las fechas de efectos contables de la fusión y de comienzo de la participación de los socios en los beneficios de la nueva sociedad; detalle de las valoraciones de activos y pasivos patrimoniales de las sociedades fusionadas transmitidos a la resultante; fecha de las cuentas sociales utilizadas como base de la fusión y las consecuencias que el proceso pueda producir en el empleo, impacto de género y responsabilidad social.

El proyecto, firmado por los administradores de todas las participantes, se insertará en la página web corporativa, donde deberá permanecer publicado durante al menos un mes antes de la celebración de la junta general a cuya aprobación ha de someterse el acuerdo, manteniéndose en la misma hasta que finalice el plazo de oposición que la ley concede a los acreedores. Si alguna o varias de las sociedades intervinientes carecieran de web corporativa, el proyecto se depositará en los Registros correspondientes a los domicilios de todas ellas (LME 32). La inserción del proyecto en la web, o su depósito, se publicará en el BORME con expresión tanto de las páginas web que lo inserten como de las fechas de publicación o, en su caso, depósito.

La ley autoriza la utilización, como base de la fusión o escisión, del balance de cierre anual, en el caso de que su antigüedad sea menor de seis meses desde la fecha del proyecto (LME 36). En caso contrario, deberá utilizarse un balance posterior al primer día del tercer mes anterior a la fecha del proyecto. Se admite en ambos supuestos la corrección de valores, con base en los razonables no contabilizados, y, una vez introducidas éstas, habrá de ser auditado, si la sociedad está obligada, y sometido a la

aprobación de la junta, en cuya convocatoria se hará constar que se tratará de la aprobación del balance de fusión.

Por ser estos balances la base para establecer el tipo de canje, los socios que se consideren perjudicados por el tipo propuesto podrán, a su vez (LME 38) y en un mes desde la publicación del acuerdo de fusión en el BORME, solicitar del Registro el nombramiento de experto independiente para su revisión.

El proyecto se completará con un informe de los administradores de todas las sociedades participantes, en el que se detallarán los aspectos jurídicos y económicos más significativos del proceso, especialmente en lo relativo a la determinación del tipo de canje y las valoraciones patrimoniales efectuadas, y las consecuencias de la fusión para trabajadores, acreedores y socios (LME 33). En los supuestos de escisión, si las resultantes fueran anónimas o comanditarias por acciones (LME 77), este informe de los administradores comprenderá a su vez los previstos para las aportaciones no dinerarias.

Cuando la sociedad resultante de la fusión sea anónima o comanditaria por acciones, se realizará necesariamente un segundo informe separado por cada sociedad participante en el proceso, elaborado por expertos independientes, designados a solicitud de los administradores por el Registro de su domicilio (LME 34). Cabe también que se solicite nombramiento de expertos para elaborar un informe único, comprensivo de todos los anteriores parciales; en tal caso la competencia para el nombramiento corresponderá al Registro del domicilio de la sociedad beneficiaria de la fusión. El informe de expertos tendrá como objeto dos principales, y se dividirá en dos partes, la primera dedicada al análisis de tipo de canje y su procedimiento de determinación y la segunda a la idoneidad de las valoraciones de los elementos integrados en el patrimonio de la resultante, para que éste iguale cuando menos al capital social establecido. Podrá reducirse a sólo la segunda si así lo hubiesen acordado todos los socios de todas las sociedades intervinientes, o si la absorbente fuese titular, directa o indirecta, de la totalidad del capital de la absorbida.

Los informes de expertos serán también obligatorios en las escisiones de sociedades anónimas y comanditarias por acciones (LME 78.1), e igualmente sustituibles por un informe único (LME 78.2) o suprimida su necesidad por acuerdo unánime (LME 78.3) o en el caso en que a cada uno de los socios de la escindida se le atribuya en cada una de las resultantes la misma proporción de capital que ostentaba en la causante (LME 78 *bis*).

En los supuestos de escisión, el proyecto incorporará (LME 74), además de lo indicado para la fusión, el detalle del reparto del patrimonio de la escindida entre las resultantes, así como el de las acciones, participaciones o cuotas de capital que correspondan a los socios de la escindida en los capitales de las beneficiarias, y el criterio adoptado para este reparto. Aquellos socios que no reciban participaciones proporcionales en todas las sociedades resultantes de la escisión deberán manifestar su consentimiento expreso e individual a esta circunstancia (LME 79).

6.2.2. Acuerdo de fusión o escisión

Antes de convocar las preceptivas juntas generales, se insertarán en la página web (LME 39.1) el proyecto común, los informes de los administradores sobre éste, los informes de expertos elaborados, las cuentas anuales de los tres últimos ejercicios cerrados –con sus correspondientes informes de auditor– los balances de fusión de todas las sociedades –o el de escisión, si es el caso, y los iniciales de las resultantes– los estatutos sociales vigentes y el proyecto de escritura de constitución de la o las sociedades resultantes –comprensivo de sus estatutos– o las modificaciones en los estatutos que reflejen la nueva situación de las que permanezcan, y la identidad de los administradores, tanto de las implicadas en el proceso como de los propuestos para las resultantes. Las sociedades que no dispongan de web corporativa, pondrán los mismos documentos de manifiesto y a disposición de los interesados para consultarlos u obtener copia de los mismos (LME 39.2).

Hecha la inserción, se publicará –o se notificará individualmente– la convocatoria de junta individual de cada una de las sociedades implicadas. Desde este momento, y hasta la celebración de la junta, se requiere que estén a disposición de socios, obligacionistas, titulares de derechos especiales y representantes de los trabajadores los citados documentos que, en su conjunto, detallan el proceso y sus consecuencias, todos ellos podrán solicitar la entrega o envío gratuito de copia de toda la documentación.

En la convocatoria o notificación se harán constar tanto la inserción de los documentos en la web como, en su caso, el derecho a examinar los documentos sometidos a aprobación, o a obtener una copia gratuita (LME 40.2). El acuerdo será individual de cada una de las sociedades implicadas, cuya junta habrá de constituirse con arreglo a lo previsto para las que han de tratar asuntos especiales, según el tipo de cada sociedad participante (LME 40.1). Como supuesto especial, se recoge la necesidad

de consentimiento individual expreso de todos aquellos socios que en la nueva sociedad adquieran responsabilidad personal por las deudas sociales (LME 41.1), así como de los titulares de derechos especiales que desaparezcan como consecuencia de la operación, salva la circunstancia, en este caso, de aprobación previa por su asamblea correspondiente (LME 41.2).

El acuerdo podrá adoptarse sin necesidad de las publicaciones expresadas si cada una de las sociedades intervinientes hubiese aprobado el proceso en junta universal y por unanimidad (LME 42.1), sin que ello implique la restricción de los derechos de información de los representantes de los trabajadores (LME 42.2).

Adoptado el acuerdo, deberá publicarse en la web o, si se carece de ella, en el BORME y en un diario de gran circulación en la provincia del domicilio de cada sociedad interviniente, procedimiento que puede ser sustituido por la notificación personal a cada uno de los socios y acreedores (LME 43). A continuación deberá aguardarse el plazo de un mes desde la inserción, la última publicación o notificación –para el ejercicio del derecho de oposición que se analiza más abajo– antes de proceder al otorgamiento de la preceptiva escritura pública y la posterior inscripción en el Registro, que acarreará la cancelación de las hojas registrales de las sociedades que se extingan en el proceso.

6.2.3. Fusiones especiales

Conceptúa la ley como operaciones especiales de fusión las absorciones de una sociedad íntegramente participada o participada al noventa por ciento, y como operación asimilada la extinción de una sociedad que transmite su patrimonio en bloque a su matriz.

En el primer supuesto, absorción de sociedad íntegramente participada, de forma directa, se exige en el proyecto (LME 49) la mención del tipo de canje, la de la fecha de efecto de la fusión para los socios, los informes sobre valoraciones de activo y pasivo y las fechas de las cuentas anuales utilizadas como base del proyecto. Tampoco serán precisos los informes de administradores ni de expertos independientes, el aumento de capital de la absorbente ni la aprobación por la junta de la sociedad absorbida. Si la participación fuese indirecta en su totalidad, sí se requerirán el informe de expertos y la nueva cifra de capital de la absorbente.

Cuando la participación exceda del noventa por ciento, sin alcanzar el total, se exige el informe de expertos, pero solo en el caso de que se

realice la oferta de adquisición a precio razonable de las participaciones no controladas.

6.3. CESIÓN EN BLOQUE DE ACTIVOS Y PASIVOS: SEGREGACIÓN, CONSTITUCIÓN MEDIANTE TRASPASO PATRIMONIAL Y CESIÓN GLOBAL

En las cesiones en bloque de activos y pasivos una sociedad traslada la totalidad o una parte de su patrimonio –constitutivo de una unidad económica independiente– para que se integre en el de otra. Es elemento común a todos estos supuestos la inexistencia de canje de acciones, en su lugar se establece una contraprestación por parte de la sociedad cesionaria. A su vez esta contraprestación se integrará en el patrimonio social de la cedente o bien, extinguiéndose ésta, directamente en el patrimonio de sus socios.

Si la cesión afecta sólo a parte del patrimonio, estaremos ante los supuestos de *cesión parcial*, que a su vez podrá realizarse a otra sociedad preexistente, mediante una contraprestación que se integra en el patrimonio de la cedente –supuesto de *segregación* (LME 71)– o bien reteniendo ésta la totalidad de las acciones, participaciones o cuotas del capital de una sociedad de nueva constitución beneficiaria de la cesión, supuesto de *constitución de sociedad íntegramente participada* mediante traspaso patrimonial (LME 72). Estos dos casos se rigen en todo con el mismo procedimiento que las escisiones, entre cuyos supuestos los incluye la LME indebidamente, por lo que se les aplicarán las normas expuestas en el epígrafe anterior.

Si el traslado afecta a la totalidad del patrimonio –supuesto de la *cesión global* propiamente dicha (LME 81)– cabe que los socios de la cedente, que se extinguirá de pleno derecho, reciban directamente la contraprestación acordada –en tal caso se aplicarán las reglas de la liquidación– o bien que, sin extinción de la cedente, sea ésta la que integre la contraprestación en el patrimonio propio, pudiendo luego acordar la disolución o la continuidad con las modificaciones legales oportunas. Se trata de los supuestos que la LME regula bajo el título de cesión global y para los que establece un procedimiento propio.

La ley autoriza expresamente tanto la cesión global a un único cesionario como la *cesión plural* (LME 88) a varios cesionarios, con la condición en este caso de que cada uno de éstos reciba un conjunto de elementos patrimoniales constitutivo de unidad económica independiente. Igualmente se autoriza el procedimiento para las sociedades en liquidación, facilitando

este proceso, en tanto no se haya iniciado el reparto del haber líquido entre los socios (LME 83).

Como en las fusiones y escisiones, el proceso se inicia con la elaboración de un proyecto de cesión global (LME 85), que los administradores habrán de insertar en la web o depositar en el Registro Mercantil, y en el que se harán constar la identificación de las sociedades cedente y cesionaria, la fecha de efectos contables de la cesión, las valoraciones de activo y pasivo –incluyendo en su caso la designación de los elementos cedidos a cada cesionario– la contraprestación acordada, así como si ésta la recibirá la sociedad cedente o los socios de la misma, y en tal caso el criterio de reparto adoptado entre éstos, y un informe sobre las consecuencias que la operación tendrá sobre el empleo. Como elemento integrador de todos los detalles expuestos, figurará un informe elaborado por los administradores, en el que se explicará y justificará la operación (LME 86). Tanto el proyecto en sí como el informe de los administradores se pondrán a disposición de los representantes de los trabajadores.

Una vez aprobado el acuerdo por la sociedad cedente, con los mismos requisitos que el de fusión, deberá ponerse en conocimiento de los socios y acreedores, ya sea mediante publicación ya por notificación personal como en los casos anteriores (LME 87). Se reconoce igualmente el derecho de oposición, durante un mes desde la publicación o última notificación del acuerdo, tanto a los acreedores de la entidad cedente como, en su caso, a los de la cesionaria (LME 88).

Finalizado el plazo de oposición, se otorgará la escritura pública correspondiente por parte de cedente y cesionarios, reflejando íntegramente el contenido del acuerdo. El proceso culminará con la inscripción, sin la que carecerá de eficacia (LME 89.2), que supondrá además la cancelación de los asientos registrales de la sociedad extinguida.

6.4. GARANTÍAS DEL PROCESO

Con el fin de asegurar los derechos de los acreedores, y como reflejo del principio de seguridad del tráfico, la ley otorga a los acreedores el derecho de oponerse a las diferentes operaciones descritas, si consideran que la realizada perjudica sus intereses, al tiempo que establece criterios de responsabilidad solidaria entre las sociedades resultantes con respecto a las obligaciones previas de las participantes en cada uno de los procesos.

6.4.1. Derecho de Oposición

Una vez tomado e insertado en la web corporativa o publicado el acuerdo de fusión, escisión o cesión, y en cualquiera de sus modalidades, la ley establece, como hemos dicho, un plazo de espera de un mes antes de proceder al otorgamiento de la escritura pública que lo refleja para culminar el proceso con la inscripción registral. Durante este plazo, los acreedores por obligaciones nacidas antes de la fecha de inserción o publicación del proyecto podrán oponerse al proceso. Si el proyecto no se hubiese publicado, por darse el caso de aprobación unánime en junta universal, el derecho de oposición existirá para todos los acreedores por obligaciones anteriores a la publicación del acuerdo ya adoptado. El mismo derecho se reconoce a los obligacionistas, salvo que la operación haya sido aprobada expresamente y con anterioridad por su asamblea.

El cómputo del plazo se habrá de iniciar desde la fecha de inserción o publicación del acuerdo, o en su caso, de la de notificación personal escrita o electrónica al último de los socios y acreedores (LME 44.1).

Ejercido el derecho de oposición por algún acreedor, quedará en suspenso el otorgamiento de la escritura hasta que la sociedad implicada cancele la deuda o bien preste garantía suficiente de cumplimiento de la obligación a satisfacción del acreedor (LME 44.2). Lógicamente, no podrán oponerse al proceso los acreedores que hubieran obtenido con anterioridad garantía suficiente. En el supuesto de que se hubiese escriturado el acuerdo a pesar de constar la oposición, se podrá practicar inscripción marginal a solicitud del deudor, quien dispondrá de un plazo de seis meses para demandar la prestación de la garantía preceptiva (LME 44.4).

6.4.2. Responsabilidad por las deudas anteriores

Complementando el derecho de oposición, se establecen diversas reglas para determinar la responsabilidad de las obligaciones anteriores a todas las operaciones de fusión, escisión y cesión de activos y pasivos.

Así, para las fusiones, al integrarse los patrimonios de varias sociedades, lógicamente la resultante será responsable directa de todas las obligaciones contraídas por las sociedades fusionadas, pero además se establece (LME 48) que los socios que tuvieran responsabilidad personal en las sociedades anteriores seguirán respondiendo de estas deudas durante cinco años desde la publicación del acuerdo en el BORME, salvo de aquéllas cuyos acreedores hayan consentido expresamente la fusión.

En las escisiones se determina la responsabilidad solidaria (LME 80) de la escindida, si subsiste, por la totalidad de las obligaciones, y de todas las resultantes de la escisión por las obligaciones que incumpla una de ellas, con el límite para cada una del patrimonio neto percibido.

En cuanto a las cesiones, y como garantía del cumplimiento de las obligaciones transmitidas a los cesionarios (LME 91), se determina la responsabilidad solidaria de los cesionarios, y la sociedad cedente, si no se hubiese extinguido, o los socios en caso contrario. Para cesionarios y socios con el doble límite temporal (cinco años) y de cuantía (neto patrimonial percibido) ya conocido en las devoluciones de capital o patrimonio de las SL. La responsabilidad de la cedente no tendrá más límites que los correspondientes a la obligación incumplida.

7. DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y EXTINCIÓN

El proceso de extinción de la sociedad, igual que el de su nacimiento, viene detalladamente regulado por la LSC y articulado en tres puntos sucesivos que desembocan en la inscripción registral de la desaparición de la sociedad.

Habla así la Ley de disolución, liquidación y extinción, y podríamos decir que mientras la disolución y la extinción son los dos instantes o momentos temporales extremos en que se inicia y acaba el proceso, respectivamente, la liquidación es el proceso en sí mismo que lleva de un instante al otro.

La disolución, sus causas y consecuencias directas se regulan en la LSC entre los artículos 360 y 369. El artículo 370 se encarga de las condiciones que hacen posible la reactivación, es decir el proceso y condiciones por el que la sociedad disuelta puede regresar a su actividad ordinaria. La liquidación y las operaciones que llevan a ella se regulan en los artículos 371 a 394 y la extinción es objeto de los artículos 398 a 400.

7.1. LA DISOLUCIÓN: CAUSAS Y MODALIDADES

Recordemos que la sociedad de capital es en realidad un contrato personalizado, es decir una ficción jurídica cuya personalidad reconoce el ordenamiento jurídico si se cumplen unas determinadas condiciones establecidas en la ley. *A contrario*, si tales condiciones dejaran de cumplirse la consecuencia lógica sería el «des-reconocimiento» de la sociedad, es decir su extinción, de aquí que la ley establezca una serie de situaciones que, de cumplirse, acarrearán la desaparición de la personalidad jurídica que

se reconoció en su momento, pero cuyo beneficiario se ha alejado de las normas que permitieron su existencia.

7.1.1. Disolución Automática

Sin embargo, como estas causas pueden revestir diferente gravedad, la ley establece una primera gradación, de forma que las más graves acarrearán la disolución automática, sin posibilidad de corrección si tal causa se consume, aunque podrán ser consideradas *ex ante* y así evitadas o prevenidas antes de producirse. Se trata de los supuestos de disolución de pleno derecho, es decir sin remisión. La LSC establece dos causas de disolución propiamente automáticas, ambas en el artículo 360.1, que podemos etiquetar como caducidad e insuficiencia de capital.

7.1.1.1. Caducidad de la sociedad

La primera y de más sencilla comprensión es el transcurso del plazo por el que la sociedad fue constituida. Poco hay aquí que comentar sobre este punto, ya se ha visto al tratar del contenido de los estatutos que es posible determinar el plazo por el que se constituye el contrato de sociedad, pero que éste plazo será indefinido si no se pacta expresamente otra cosa.

Por lo tanto esta causa sólo actuará si se ha determinado un plazo concreto, de forma que cumplido éste la sociedad estará disuelta y se iniciará automáticamente el proceso de liquidación. Sin embargo cabe la actuación preventiva, modificando la norma estatutaria para prolongar la vida de la sociedad, pero ha de hacerse necesariamente de forma que esta prolongación está inscrita en el Registro antes de cumplirse el plazo inicialmente previsto, pues la ley dice... *con anterioridad hubiera sido expresamente prorrogada e inscrita*, no cabe pues la duda interpretativa. Se trata con ello de evitar el error de tercero, partiendo de que el contenido del Registro se entiende veraz y conocido por todos, si un tercero consulta la duración de la sociedad y encuentra que se ha cumplido el plazo necesariamente ha de tenerla por disuelta, y no cabe que con posterioridad se inscribiese una prórroga pues el registro habría inducido a confusión al tercero de buena fe, de aquí que se exija el requisito de inscripción de la prórroga antes del vencimiento del plazo.

7.1.1.2. Insuficiencia de capital

La segunda causa automática de disolución es de más compleja y difícil comprensión, como consecuencia de una muy deficiente redacción del art. 360.1.b) de la LSC. Se dispone en éste que si transcurre un año desde el

acuerdo de reducción de capital por debajo del mínimo legal como consecuencia del cumplimiento de una ley, la sociedad quedará automáticamente disuelta si en el período indicado no se ha inscrito la transformación, la propia disolución o el aumento de capital.

Sin embargo el precepto es aparentemente antagónico del contenido en el artículo 343 LSC, que sólo autoriza a reducir el capital por debajo del mínimo legal si simultáneamente se transforma la sociedad o se aumenta de nuevo el capital hasta el mínimo, reforzado además por el contenido en el artículo 345 LSC, que prohíbe inscribir el acuerdo salvo que simultáneamente se inscriban la transformación o el nuevo aumento.

En realidad la ley prevé una situación levemente distinta de lo que la lectura inicial parece indicar. Se trata de la previa aprobación de un acuerdo sobre otra materia *cuya consecuencia legal sea la reducción inevitable del capital social*. Por ejemplo cualquier acuerdo que acarree la existencia de un derecho de separación de los socios (artículo 346 LSC) –extremo que hemos analizado en este mismo capítulo– podrá provocar indirectamente la reducción del capital por debajo del mínimo legal, si resultase ejercida la separación por un número elevado de socios. Igualmente la expulsión disciplinaria o exclusión en las sociedades limitadas (artículo 350 LSC).

De hecho el artículo 358 LSC establece en estos casos el otorgamiento inmediato de la escritura de reducción sin necesidad de acordar ésta, que se habría producido automáticamente como consecuencia del ejercicio de la separación o del acuerdo de exclusión. Para resolver estos supuestos de irregularidad sobrevenida de la sociedad, la ley concede un plazo de un año, en el que habrá de subsanarse la situación, y si no fuera así la sociedad quedará automáticamente disuelta. El legislador descarga sobre el o los administradores la responsabilidad de subsanar o disolver normalmente en el plazo previsto y, si no fuese así, les penaliza con la responsabilidad personal y solidaria entre sí y con la sociedad por todas las deudas sociales. Y decimos les penaliza pues en el supuesto legal subyace la idea de que la disolución se produce como consecuencia de la inactividad negligente del administrador, que desaprovecha el plazo de un año concedido por la ley para subsanar la situación y por ello provoca la disolución de la sociedad.

7.1.2. Supuestos especiales o extravagantes

Junto a los dos supuestos analizados existe un segundo grupo de causas de extinción –éstas *cuasiautomáticas*– que requieren de un pronunciamiento judicial previo, del que la disolución será consecuencia necesaria aunque no exista resolución judicial expresa que la declare. Simplemente

si la decisión del juez se produce sobre otro extremo previsto en el ordenamiento, la disolución se producirá necesariamente.

Se trata en este punto de unos supuestos especiales de disolución, que aquí llamamos *extravagantes* por regularse la causa de disolución fuera de la LSC, aunque en un caso ésta al menos la refiere. Se diferencian de los propiamente automáticos en que en éstos hay un hecho exterior que produce la disolución, y en los extravagantes el hecho causante es necesariamente una resolución judicial sobre otra materia, cuya consecuencia será la disolución.

Aquí podemos diferenciar tres situaciones distintas.

7.1.2.1. Disolución por Liquidación Concursal

El procedimiento legal de Concurso de Acreedores –que estudiaremos en el capítulo final del presente volumen– tiene por objeto la solución de las situaciones de crisis económica de los particulares, sean o no empresarios. Ante la situación de insolvencia la ley procura ante todo proporcionar una segunda oportunidad al deudor, es decir que intenta obtener la continuación de la actividad para evitar la pérdida de puestos de trabajo –en el caso de empresarios– o el malbaratamiento del patrimonio; de aquí que la propia ley prevea varias posibilidades de solución pactada o Convenio de Acreedores.

Sin embargo –y en demasiadas ocasiones– la solución convencional es imposible y entonces se hace necesario liquidar el patrimonio del deudor para atender en lo posible el pago de sus deudas. En este punto el juez de lo mercantil –competente en todos los supuestos concursales de derecho privado– dicta el Auto de Apertura de la Fase de Liquidación en el Concurso. Es decir que se inicia la liquidación del patrimonio deudor. Si la sociedad es, como tantas veces hemos dicho, un patrimonio personalizado, la desaparición de éste supone que la ficción societaria carezca del aspecto material –el patrimonio– que le sirve de base y justificación, por lo tanto la sociedad habrá de extinguirse legalmente.

Por todo ello, el artículo 361.1 LSC establece que la simple Declaración en Concurso no producirá la disolución, ya que aún será posible llegar a una solución convenida; para después rematar en el artículo 361.2 LSC que si se produce la apertura de la fase de liquidación –cómo el objeto de ésta es la desaparición del patrimonio para satisfacer a los acreedores– la sociedad se extinguirá, extremo que el juez hará constar en el auto.

7.1.2.2. *Disolución por infracción de la Ley de Marcas*

En la Disposición Adicional 17^a de la Ley de Marcas se establece que si en sentencia judicial se estableciera la obligación de una sociedad de cambiar su denominación social como consecuencia de la violación de un derecho de marca, la sociedad afectada dispondrá del plazo de un año para inscribir en el registro su nueva denominación. De no hacerlo así, el registrador, de oficio, habrá de «practicar la cancelación».

Es pues un supuesto similar al de insuficiencia de capital ya analizado, pero se diferencian en que éste no precisa pronunciamiento judicial –la comprobación de que el capital social sea inferior al mínimo legal es evidente– mientras que el derivado de la infracción marcaría exige precisamente que el juez establezca, en sentencia, la existencia de la infracción e imponga a la sociedad infractora la condena de cambiar su denominación.

7.1.2.3. *Disolución de la sociedad delincente*

El último supuesto especial es la consecuencia de la responsabilidad penal de las sociedades. En el Orden Penal la *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* ha introducido en nuestra legislación con carácter general la posibilidad de que las personas jurídicas puedan cometer delito y resulten imputables directamente. Así pues la sociedad, en tanto que persona jurídica reconocida por el Ordenamiento, es capaz de delinquir en propio interés y por intermedio de sus órganos o representantes legales, y puede hacerlo tanto por acción de éstos como por omisión de su deber de vigilancia y control de sus dependientes. El requisito esencial exigido por el CP para apreciar responsabilidad penal de la sociedad es que del acto u omisión delictivos se haya deducido provecho directo para la sociedad responsable. Si del delito no obtiene provecho la sociedad, sino directamente la persona física actuante o incluso si no se obtiene provecho alguno, aunque haya daño, no habrá responsabilidad penal de la sociedad por faltar este elemento, aunque en todo lo demás la actuación u omisión sea delictiva y realizada en nombre o por cuenta de la entidad.

En cuanto a la concurrencia de responsabilidades, queda establecida sin lugar a dudas la no exclusión de responsabilidad de la persona jurídica por existir la personal del actuante, y viceversa. Es decir que serán íntegramente responsables tanto la persona física, si se determinase la autoría directa, como la persona jurídica –aunque no se determinase aquélla– y sin posibilidad de desplazar la culpa de una a otra, incluso en los supuestos de delito por omisión del control debido.

Se determinan como penas aplicables a la persona jurídica las de multa, *disolución*, suspensión temporal de actividades en general, cierre temporal de establecimientos, prohibición de actividades concretas, inhabilitación temporal para recibir subvenciones o incentivos, e intervención judicial. Se aprecia desgraciadamente en la norma penal poca coherencia con el derecho societario en las penas previstas. Por ejemplo, se establece la pena de suspensión temporal de actividades por un máximo de cinco años, cuando la suspensión de actividad por un plazo superior a un año es causa de disolución en las sociedades capitalistas (LSC 363.1.a) con lo cual la condena por un plazo igual o superior es en realidad condena a la disolución.

7.1.3. Disolución Obligatoria: Causas legales y estatutarias

Otras causas, con ser graves, podrán admitir corrección o subsanación *ex post*, por ello la ley se limitará en estos caso a ordenar la disolución (artículo 362. LSC) pero dejará a la decisión de la sociedad la posibilidad de bien disolverse, bien hacer desaparecer la causa, es decir corregir el incumplimiento y readaptar la sociedad a la normativa para que pueda seguir siendo sujeto del mercado; estamos ante las causas de disolución obligatoria.

La LSC enumera en el art. 363.1 estas causas legales de disolución, y en todos los casos, como ahora veremos, se trata de la desaparición sobrevinida de uno de los elementos esenciales del contrato de sociedad o bien de los requisitos esenciales del modelo social elegido. Recordemos que el contrato de sociedad (artículo 1665 CC) consiste en un acuerdo por el que dos o más personas se obligan a poner en común (consentimiento) capital y/o trabajo para destinarlo a un fin común (objeto) y con ánimo de repartirse las ganancias obtenidas (causa) con la particularidad de que se prolonga en el tiempo, es decir que se trata de un acuerdo constantemente renovado por sus socios. En consecuencia, si el objeto desaparece o deviene imposible por uno u otro motivo, el contrato debiera ser resuelto o revisado, asimismo si es la causa la afectada –de aquí el derecho de separación por la negativa mayoritaria al reparto de dividendos– e igualmente cuando se incumple un requisito esencial del modelo social elegido.

Así, la sociedad estará obligada a disolverse en las siguientes situaciones, según se enumeran en la LSC:

a) *Por el cese en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyan el objeto social. En particular, se entenderá que se ha producido el cese tras un período de inactividad superior a un año.* Es decir, que si hemos reunidos unos medios

de producción para «ponerlos a trabajar» y no lo hacemos, habrá que devolverlos a sus titulares iniciales por no aplicarlos a su destino.

b) *Por la conclusión de la empresa que constituya su objeto.* Es el supuesto, por ejemplo, en que se constituyó la sociedad para explotar un yacimiento minero o una concesión administrativa: una vez extinguidos el contrato carece de objeto. Si habíamos reunido esos medios para dedicarlos a una actividad y ésta ya se ha agotado, será preciso devolverlos o al menos consultar qué hacemos con ellos.

c) *Por la imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social.* Casos en lo que el objeto es imposible de alcanzar, ya sea material o jurídicamente: por ejemplo se pretendió comerciar con un producto que ya no se fabrica o cuyo comercio o fabricación ha devenido ilegal (supongamos que se prohíbe la venta de alcohol o de tabaco o de vehículos a motor; o que pretendemos vender el *silphium* que tanto valoraban los romanos, pero cuya identidad hoy desconecemos, es obvio que no podemos comerciar con un producto del que carecemos). Igualmente nos encontramos con la necesidad de consultar el nuevo destino de estos medios de producción o de devolverlos a sus titulares originales.

d) *Por la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento.* Los órganos de la sociedad *paralizables* sólo pueden ser la Junta General y la Administración. Su paralización supondría en la práctica el descabezamiento de la sociedad, estamos pues ante un supuesto de incapacidad de la organización para administrarse y ordenar u organizar su actividad, de alguna forma comparable a la situación de incapacidad de la persona física, sólo que aquí sí se puede producir la muerte civil – la disolución– porque en realidad no estamos ante una persona sino ante una ficción jurídica. Hay que matizar también que con la actual redacción de la Ley es casi imposible la paralización definitiva del Órgano de Administración, ya que de producirse siempre cabría la posibilidad de su sustitución por acuerdo de Junta, y la convocatoria de ésta se ha facilitado para los casos –antes problemáticos– de fallecimiento o incapacitación del administrador único, uno de los mancomunados o la mayoría de los miembros del consejo; así ahora el artículo 171 LSC resuelve todas estas situaciones. Consecuentemente, y como ya tenía establecido el TS, sólo cabe aquí la paralización de la Junta por imposibilidad permanente de reunir el *quorum* necesario (en la SA) o de alcanzar la mayoría mínima requerida (en las SL).

e) *Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.*

Se trata del supuesto más grave de despatrimonialización de la sociedad, que ya hemos analizado más arriba al tratar de las reducciones de capital: el patrimonio se ha reducido en su cuantía hasta el extremo de dejar de cumplir su función de garantía, por lo que la situación ha de ser revisada. De otro lado, es imposible personificar un patrimonio que no existe, si no hay patrimonio en la medida legalmente necesaria no habrá sociedad de capital, aunque pueda haber otro tipo social, de aquí que se admitan como soluciones sanatorias tanto las indicadas de aumento o reducción de capital como la transformación en un modelo social que traslade a los socios la responsabilidad por las deudas sociales, protegiendo así a los acreedores.

f) Por reducción del capital social por debajo del mínimo legal, que no sea consecuencia del cumplimiento de una ley. Se trata aquí de un supuesto imposible en realidad, ya que el acuerdo de reducción del capital por debajo del mínimo legal sólo puede aprobarse válidamente –como ya hemos dicho– si se toma simultáneamente el de ampliación, es decir la operación acordeón prevista en los artículos 343 a 345 LSC, que solo es posible con el estricto cumplimiento de la norma. Por ello debemos considerar que se trata simplemente del recordatorio de que es imposible la existencia de una sociedad de capital sin que éste exista en la medida mínima necesaria establecida en la LSC: si no hay capital y patrimonio suficientes no cabe su personificación ni la existencia de la sociedad.

g) Porque el valor nominal de las participaciones sociales sin voto o de las acciones sin voto excediera de la mitad del capital social desembolsado y no se restableciera la proporción en el plazo de dos años. La LSC autoriza y a la vez limita la existencia de un grupo de socios que no participa en la adopción de las decisiones sociales, pero lógicamente no puede admitir que las decisiones minoritarias se impongan a la voluntad social. De aquí que establezca el máximo de acciones o participaciones sin voto en el 50% del capital social, y permita incluso una infracción temporal –dos años– de este límite. Pero cuando la infracción deja de ser coyuntural y se convierte en estructura misma del capital social, la ley reacciona proscribiendo la situación y obligando a revisarla, sea restableciendo la proporción u ordenando la disolución de la sociedad.

h) Por cualquier otra causa establecida en los estatutos. Finalmente, y en virtud de la naturaleza contractual de la sociedad, es de reconocer que los socios puedan prever en el contrato fundacional –en los estatutos sociales– las causas que particularmente consideren que deben poner fin a su acuerdo de colaboración, de aquí que la ley invoque y reconozca estas cláusulas estatutarias entre las que legalmente obligan a la sociedad a disolverse.

Es fácil apreciar que en las tres primeras causas enumeradas estamos ante situaciones que afectan al objeto del contrato de sociedad: la actividad acordada. La disolución por paralización es en realidad, y con toda lógica, una suerte de eutanasia civil. La insuficiencia del patrimonio o del capital social significan a su vez la ausencia del elemento esencial para la existencia de la sociedad capitalista: todas ellas requieren por lo tanto una consulta del nuevo destino de estos medios de producción acumulados o bien su reintegración a quienes los aportaron.

7.1.4. Disolución Voluntaria

Teniendo en cuenta que los contratos en derecho privado pueden resolverse por el «mutuo disenso», el acuerdo en el desacuerdo, la ley reconoce también a la sociedad la capacidad para disolverse voluntariamente y sin concurrencia de otra causa que la mera voluntad social de dejar de colaborar en adelante.

Sólo que en este caso se trata en realidad de un acuerdo que modifica los estatutos sociales, en los que estará prevista una duración de la sociedad, sea concreta y por determinación expresa de la misma, sea indefinida por defecto de mención expresa. Por lo tanto es un acuerdo de modificación estatutaria y habrá de tomarse con los requisitos exigibles en estos supuestos, de dónde la exigencia del artículo 368 LSC.

7.2. PROCEDIMIENTO DE LA DISOLUCIÓN

Como hemos dicho, la Disolución es en realidad un instante, y se produce de hecho en el momento en que concurre cualquiera de las causas que hemos enumerado. Sin embargo la diferente procedencia de las causas y la facilidad de su comprobación por terceros, hace que la ley prevea tratamientos levemente distintos para los diferentes casos.

7.2.1. Supuestos automáticos y especiales

Así en los casos de disolución automática no es preciso trámite alguno para que la disolución se produzca. Simplemente concurre el hecho y la sociedad ha de considerarse disuelta e iniciar su período de liquidación. Si se trata del transcurso de plazo o término, es fácil su comprobación en el registro por parte de cualquier tercero, y la actitud diligente de éste sería abstenerse de contratar con una sociedad que ya no existe, salvo que el objeto del contrato sea precisamente parte de las operaciones de liquidación. No hay pues posibilidad de perjudicar a tercero, salvo evidente negligencia

de éste. Lo mismo sucede con la insuficiencia de capital, dado que ha de inscribirse la reducción de capital consecuente al ejercicio de derecho de separación o a la exclusión de socio, cualquier tercero que consultase el Registro Mercantil podría apreciar esta insuficiencia de capital y el transcurso de un año desde su inscripción. Nuevamente no cabe el perjuicio de tercero salvo por su propia negligencia, y además se acompaña para mayor seguridad la responsabilidad del administrador por todas las deudas de la sociedad, anteriores y posteriores a la disolución. Téngase en cuenta que, de alguna forma, en ambos casos es la inactividad social la que desencadena la disolución, luego no se va a pedir actividad alguna para su puesta en marcha.

En los supuestos *extravagantes* tampoco existe dificultad alguna de apreciación, ya que en todos ellos el juez emisor de la resolución que acarrea la disolución de la sociedad ha de comunicarlo al Registro Mercantil, para que se proceda a inscribir la disolución en los supuestos de concurso y de responsabilidad penal de la persona jurídica, y para comenzar el cómputo del año en el de infracción de la Ley de Marcas. Por lo tanto tampoco se requiere en estos casos actividad alguna de la sociedad.

7.2.2. Supuestos voluntarios

Caso distinto es el de Disolución Voluntaria, aquí es la sola voluntad social la que determina esta disolución sin causa, que se produce como consecuencia de una decisión consciente. Consecuentemente la primera interesada en que se inscriba y consume la disolución es la propia sociedad, pues así lo quiere, y no será necesario conminarla a que realice actividad alguna.

Aquí el procedimiento por tanto será sencillo: una vez tomado el acuerdo, con los requisitos de constitución y/o mayorías de los asuntos especiales (artículo 199.a LSC para las SRL y 194 y 201.2 para las SA) deberá otorgarse la escritura pública –sea mediante exhibición del libro de actas o bien mediante la correspondiente certificación de su contenido según se establece en los artículos 109 y 111 RRM– que habrá de contener el nombramiento de Liquidador o Liquidadores en su caso, y presentarse a inscripción en el Registro Mercantil.

7.2.3. Supuestos obligatorios

Donde la situación se complica es en los casos de disolución obligatoria: Aquí nos encontramos con la concurrencia de una causa de disolución, pero la LSC permite a la sociedad –a través del acuerdo de

Junta– decidir si prefiere subsanar la causa de disolución o simplemente constatar su presencia y acordar la disolución ordenada por la ley. Este mandato aparece doblemente recogido en la LSC, en primer lugar el artículo 362 establece que la disolución se producirá por la simultaneidad de dos requisitos.

El primer requisito será la propia existencia de la causa de disolución, el segundo su constatación, que a su vez puede alcanzarse mediante dos procedimientos: directamente en acuerdo de Junta o, en su defecto, por constatación judicial.

7.2.3.1. *Disolución por Acuerdo de Junta General*

Dispone el artículo 364 LSC que, en caso de concurrir una causa de disolución obligatoria, será necesario convocar la Junta General, para que ésta decida si se remueve la causa (artículo 365.2 LSC) o por el contrario se acepta la situación y se disuelve la sociedad. Para adoptar válidamente el acuerdo de disolución se exigirán los requisitos de *quorum* y mayoría correspondientes a los asuntos comunes u ordinarios (artículo 198 LSC para las SRL y artículos 193 y 201.1 para las SA), ya que se estará aceptando simplemente el cumplimiento de una obligación legal.

Sin embargo la decisión de remover o corregir la causa de disolución supondrá necesariamente una modificación estatutaria –cambiar el objeto social o la forma del órgano de administración, aumentar o disminuir el capital o suprimir de los estatutos la causa en ellos establecida– con lo que la subsanación de la causa de disolución requerirá los requisitos de constitución y mayoría establecidos para los asuntos especiales (artículo 199.a o 199.b LSC, según los casos, para las SRL y 194 y 201.2 para las SA).

Para ello, lógicamente, habrá de reunirse previamente la Junta General, que deberá ser convocada por el administrador en el plazo de dos meses (artículo 365.1 LSC). Se entiende aquí que estos dos meses habrán de contarse desde la concurrencia de la causa, y que dentro de este plazo habrá de *convocarse* –no *celebrarse*– la Junta, es decir habrá de cumplirse dentro de este plazo el requisito de publicidad de la convocatoria, no su celebración. Cabe también que la iniciativa de la convocatoria corresponda a los socios (artículo 365.1 LSC) sin que se exija en este caso el requisito de su solicitud por un 5%, sino que bastará con que lo pida cualquier socio por concurrir supuestamente una causa legal para la convocatoria.

Si se cumplen los mandatos legales expresados más arriba, la Junta será convocada en plazo, se reunirá válidamente y tomará voluntariamente

el acuerdo que proceda, disolver o remover la causa. En caso contrario, se podrá poner en marcha el procedimiento judicial de disolución.

7.2.3.2. *Disolución Judicial*

Cabe que el incumplimiento de lo ordenado por la LSC se produzca en cualquiera de varios puntos, y siempre se reconduce la ley a la disolución judicial según el artículo 366 LSC.

Así, puede que transcurran los dos meses sin que se produzca la convocatoria, o bien que la junta no pueda constituirse por insuficiencia de quorum (si es una SA) o que el acuerdo no se tome válidamente por insuficiencia de mayoría (si es una SL), o incluso que se tome un acuerdo contrario a la ley como sería mantener la inactividad y no remover la causa ni aprobar la disolución, o bien que el acuerdo tomado fuera insuficiente para remover íntegramente la causa... en cualquiera de los procederá la constatación judicial de la concurrencia de la causa de disolución y que la disolución se acuerde por el juzgado, pero se nos producirá una doble alternativa:

- a) *Solicitud voluntaria* de la disolución judicial. Se la atribuye la LSC (artículo 366.1) a cualquier interesado, puede por tanto ser un socio, un acreedor o un tercero, pero habrá de demostrar interés en la solución del caso y el procedimiento se dirigirá contra la propia sociedad.
- b) *Solicitud obligatoria* de la disolución judicial: se la impone al administrador el art. 366.2 LSC, y habrá de instarla dentro de los dos meses siguientes a la celebración prevista de la junta fallida o reunida pero insuficiente para remover el acuerdo.

Sólo hay un supuesto excepcional en el que el administrador no estará obligado a promover la disolución, y es el caso en que según ordena la Ley Concursal exista una obligación de preferente cumplimiento, que consiste en el deber de presentar la solicitud voluntaria de Concurso de Acreedores, según se dispone en el artículo 5 de la Ley Concursal, extremo que se analizará en el último capítulo de este volumen.

7.2.3.3. *Responsabilidad del Administrador*

La consecuencia, para el administrador, del incumplimiento de su obligación de poner en marcha el procedimiento de disolución por acuerdo de Junta o de instar la disolución judicial o el Concurso de Acreedores en los casos en que la ley se lo ordena, le viene impuesta por el artículo 367 LSC, y es parecida, pero no idéntica, a la que ya hemos visto en el artículo 360.1.b para el supuesto automático de disolución por insuficiencia de capital.

Establece el artículo 367 que, en el supuesto de incumplimiento de su obligación de promover la disolución cuando ésta es obligatoria, los administradores responderán solidariamente de las obligaciones sociales posteriores a la concurrencia de la causa de disolución. Debemos en primer lugar aclarar que esta responsabilidad se diferencia de la del 360.1.b en que sólo abarca las deudas *posteriores* a la concurrencia de la causa, mientras que la deducida del capital insuficiente alcanza a la totalidad de las deudas sociales.

Además la solidaridad se produce solidariamente entre los administradores en el supuesto del 367, y no como en el otro caso *solidariamente entre sí y con la sociedad*; la consecuencia es que en el incumplimiento de promover la disolución la responsabilidad de las obligaciones corresponde a la sociedad y, si ésta carece de patrimonio suficiente se extiende solidariamente entre todos los administradores, funciona pues como una garantía de las obligaciones sociales. Sin embargo en el supuesto del capital insuficiente la responsabilidad existe directamente, y no subsidiariamente de la sociedad, como se deduce de la fórmula *entre sí y con la sociedad*.

La determinación de cuáles sean las obligaciones posteriores a la concurrencia de la causa se resuelve mediante la presunción de que lo son todas. Así la LSC obliga al administrador a demostrar primero la fecha en que concurrió la causa de disolución –casi siempre imposible de demostrar para el tercero reclamante– y después la fecha en que se contrajo la obligación cuyo cumplimiento se reclama. De esta manera la actividad probatoria se desplaza íntegramente al administrador, que será el primer interesado en establecer indubitadamente ambas fechas.

7.3. LIQUIDACIÓN, EXTINCIÓN Y REACTIVACIÓN

Acordada la disolución, se habrá de proceder al nombramiento de Liquidadores, que se hará en su caso en el mismo acto que apruebe la disolución. Sin embargo, y para evitar argucias, la LSC establece (artículo 376) que los administradores se convertirán en liquidadores, salvo nombramiento expreso de la Junta o disposición contraria de los estatutos. Los liquidadores inician su actividad con base en el Balance de Disolución incorporado, en su caso, al acuerdo social y su función es, obviamente, llevar a cabo el proceso de liquidación, por el cual el patrimonio de la sociedad habrá de convertirse en efectivo –liquidarse, hacerse líquido– y por lo tanto apto para atender el pago, en su caso, de la cuota de retorno societario, es decir susceptible de reparto entre los socios proporcional a su participación respectiva en el capital.

El proceso de Liquidación consiste por lo tanto en hacer líquidos los activos, atender el pago de los pasivos y repartir el patrimonio neto entre los socios. Los encargados del proceso serán los liquidadores, cuyas competencias y responsabilidad son en todo similares a las de los administradores con la salvedad de que éstos tenían encomendado el desarrollo del objeto social, mientras que el objeto de la actividad de los liquidadores será la óptima realización del patrimonio, y no el objeto social. Por tanto no podrán, en principio, celebrar nuevos contratos relativos a la actividad, pero sí los concernientes a la realización del patrimonio (artículo 384 LSC) cobrando los créditos y pagando las deudas sociales.

Durante el período de liquidación permanecen vigentes las obligaciones sociales de llevanza de contabilidad, auditoría en su caso, convocatoria y celebración de juntas, derecho de información de los socios etc. Su actividad termina con la determinación –y posterior aprobación por los socios– de la cuota de liquidación y el Balance de Liquidación de la sociedad y el pago efectivo de la cuota liquidatoria, atendiendo la obligación que hemos descrito en los supuestos de reducción del capital de atender en su caso el derecho de oposición de los acreedores antes de otorgar la escritura de liquidación de la sociedad, en la que se hará constar la cuota liquidatoria abonada y la declaración expresa de haberse atendido el derecho de oposición y la incorporación del listado de socios y cuotas de liquidación abonadas para el caso de obligaciones de pago no atendidas.

La escritura de extinción será presentada para su inscripción en el Registro Mercantil, en el que además quedarán depositados los libros oficiales de la sociedad extinguida, con lo cual se habrá dado fin a la existencia de la sociedad.

Queda sólo reseñar la posibilidad, contenida en el artículo 370, de reactivar la sociedad, es decir de volver atrás la disolución, pero teniendo en cuenta que ésta no será posible en los casos de disolución automática ni en los supuestos especiales de disolución por orden judicial, y tampoco en los de disolución obligatoria mientras subsista la causa de disolución. Por lo tanto será primer requisito el acuerdo de remoción de la causa y junto a éste el de reactivación, y la ley requiere además que el patrimonio social supere la cifra de capital. En cuanto a los acreedores gozarán del derecho de oposición previsto para las reducciones de capital y los socios disidentes tendrán derecho a separarse de la sociedad. Por último la reactivación será imposible en el momento en que haya comenzado a pagarse la cuota de liquidación.

CASO PRÁCTICO

Los Srs. G. Donizzetti, G. Verdi, A. Ponchielli y G. Puccini son propietarios por iguales partes del capital de la entidad *Opera Italiana, SL*, en cuyo Balance figura un capital social de 10.000, con reservas constituidas por valor de 30.000 y pérdidas del último ejercicio por valor de 1.300. Existen 1.000 participaciones sociales por valor de 10 cada una de ellas.

Buscando el fortalecimiento de su negocio entran en tratos con *Strauss & Sons, SA*, cuyo capital está repartido entre los Srs. Johann I, el 40%, Joseph y Johann II, el 25% cada uno, y Richard, el 10% restante, para sondear la posible fusión de ambas entidades. En el Balance de ésta aparece un capital de 25.000, dividido en 25.000 acciones, y se han constituido reservas por importe de 13.700.

Concertada la fusión por los administradores, ha de someterse a la aprobación de la junta general de ambas sociedades. Se le contrata a Vd. para determinar los fondos propios de la sociedad *Italovienesas de Música SA*, resultante de la fusión, calcular los tipos de canje, determinar las participaciones de los socios en la nueva sociedad y al propio tiempo determinar los derechos de los Srs. A. Ponchielli y R. Strauss, que se opondrán a la fusión por diversos motivos.

BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO, I. y EMBID, J. M. (Coords.), *Comentarios a la ley de sociedades anónimas*, Volumen I, Editorial Tecnos, 2011.
- ÁVILA NAVARRO, P., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, Ley 3/2009*, Editorial Bosch, 2009.
- CALVO VÉRGEZ, J., *Fusiones y escisiones de sociedades. Aspectos prácticos fiscales y contables*, Editorial La Ley, 2011.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Derecho de sociedades*, Editorial Tirant lo Blanch, 2010.
- GARRIDO DE PALMA, V. y BANACLOCHE PÉREZ, J., *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Editorial Civitas, 2010.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (Coord.), *Modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*, Editorial Civitas, 2009.
- ROJO, Á. y BELTRÁN, E. (Dirs.), *Comentarios de la Ley de Sociedades de Capital*, Madrid, 2011.

URÍA, R. y MENÉNDEZ, A. (Dir.), *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, 2ª edición, Madrid, 2006.

URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y OLIVENCIA, M. (Dir.), *Comentarios al régimen de las sociedades mercantiles*, Editorial Civitas, 1994.

TEMA 11 TÍTULOS VALORES

Rafael Budi Hurtado
Profesor de Derecho Mercantil. Universidad Pontificia Comillas

SUMARIO: 1. LOS TÍTULOS VALORES. 1.1. *Concepto de los Títulos valores.* 1.2. *Clases de Títulos valores.* 1.3. *Alternativa al uso de los Títulos-valores.* 2. LA LETRA DE CAMBIO. 2.1. *Concepto y función económica de la letra de cambio.* 2.2. *Creación, requisitos formales y sujetos de la letra.* 2.2.1. *La creación de la Letra.* 2.2.2. *Requisitos formales de validez.* 2.2.3. *Sujetos que pueden intervenir en la Letra.* 2.3. *La aceptación de la letra de cambio.* 2.3.1. *Concepto y forma de la aceptación.* 2.3.2. *Clases y efectos de la aceptación.* 2.3.3. *Consecuencias de la negativa a aceptar la Letra.* 2.4. *El endoso de la letra.* 2.4.1. *Concepto, sujetos y forma del endoso.* 2.4.2. *Clases y efectos del endoso.* 2.4.2.1. *Endoso pleno.* 2.4.2.2. *El endoso limitado.* 2.5. *El aval de la letra.* 2.5.1. *Concepto, sujetos y forma del aval.* 2.5.2. *Clases y efectos del aval.* 2.6. *Cláusulas facultativas de la letra de cambio.* 2.7. *El vencimiento, la presentación y el pago voluntario de la letra.* 2.7.1. *El vencimiento de la Letra.* 2.7.2. *La presentación al pago.* 2.7.3. *El pago voluntario de la Letra.* 2.7.4. *Forma y efectos del pago.* 2.8. *El impago de la letra.* 2.8.1. *Consecuencias de la falta de pago voluntario.* 2.8.2. *Constatación del impago.* 2.8.3. *La reclamación judicial de la Letra.* 3. EL CHEQUE. 3.1. *Concepto y función económica del cheque.* 3.2. *Requisitos formales de validez y sujetos del cheque.* 3.3. *Clases de cheques.* 3.4. *El endoso y el aval del cheque.* 3.5. *La presentación y el pago del cheque.* 3.6. *Consecuencias de su impago y reclamación judicial.* 4. EL PAGARÉ. 4.1. *Concepto y función económica del pagaré.* 4.2. *Requisitos de validez y sujetos del pagaré.* 4.3. *Clases de pagarés.* 4.4. *Régimen jurídico de funcionamiento del pagaré.* CASO PRÁCTICO. ANEXO. A. *Letra de cambio.* B. *Cheque.* C. *Pagaré.* BIBLIOGRAFÍA.

1. LOS TÍTULOS VALORES

1.1. CONCEPTO DE LOS TÍTULOS VALORES

Los Títulos valores son documentos formales que tienen incorporado un derecho de contenido económico, que se configura de manera independiente de la causa que los genera, y cuyo ejercicio está vinculado jurídicamente a la posesión del documento.

El concepto amplio mencionado, permite encuadrar entre los Títulos valores no solo los que contemplan obligaciones o derechos de

crédito, tales como la Letra de cambio, el Cheque o el Pagaré, sino también otros que hacen referencia a distintas situaciones jurídicas a las que nos referimos en la clasificación que se expone en el epígrafe siguiente.

1.2. CLASES DE TÍTULOS VALORES

No hay una única clasificación de los Títulos valores. En primer lugar, podemos distinguirlos por la forma de transmitirse, en cuyo caso se puede hablar de Títulos al portador, Títulos nominativos y Títulos a la orden. Los primeros se transmiten por la simple entrega del documento, de tal manera que la posesión del título al portador crea una apariencia de titularidad del derecho y de legitimación al cobro, aunque la doctrina y la jurisprudencia coinciden en señalar que la entrega material del Título debe suponer la existencia de un derecho para la efectiva transmisión de la propiedad. Por su parte, en los Títulos nominativos, para producir la transmisión y poder exigir el pago es necesario, junto con la entrega material del documento, ser la persona designada en el Título. Finalmente, en los denominados Títulos a la orden, se exige, para su transmisión, la declaración formal de su Tenedor en el Título y la coincidencia de que quien lo transmite sea el último designado en una cadena regular de endosos.

Además de la clasificación anterior y sin perjuicio de que existan otras clasificaciones de menor interés, es relevante al objeto de nuestro estudio, la clasificación que se refiere a los Títulos por el derecho que incorporan, dentro de la cual podemos distinguir tres clases:

Títulos de tradición. Otorgan a su titular el derecho a exigir al emisor de los mismos la entrega de una mercancía o cosa determinada, e indican el lugar en el que se produce esa entrega, como son, por ejemplo, los resguardos de depósito de mercancías en los almacenes generales, las cartas de porte o el conocimiento de embarque.

Títulos de participación. Son los que conceden a su Tenedor el derecho a ser socio de una sociedad mercantil o a participar en una determinada Entidad; el ejemplo más típico de estos son las acciones de las sociedades anónimas.

Títulos de crédito. Conceden a su Tenedor legítimo el derecho a cobrar una cantidad de dinero determinada en el título; dentro de estos cabe mencionar los que van a ser objeto de nuestro estudio en este Tema: la Letra de cambio, el Cheque y el Pagaré.

1.3. ALTERNATIVA AL USO DE LOS TÍTULOS-VALORES

Los Títulos valores en general atraviesan en nuestros días una cierta crisis que se deriva fundamentalmente de su masificación y consiguiente dificultad de manejo físico de los mismos. Se puede afirmar que hay una paulatina tendencia a la sustitución de los documentos impresos en papel por otros instrumentos, como las anotaciones en cuenta, que permiten representar la misma función que el documento mediante la incorporación de los derechos a soportes informáticos. De esta forma, los derechos que tradicionalmente se vienen incorporando al documento, constan en anotaciones en cuenta o relacionados en dichos soportes, los cuales, con las debidas garantías que prestan las Entidades que los custodian y tratan informáticamente, permiten esa función sustitutiva del documento e incluso la obtención por los titulares de los derechos, caso en que lo precisen, de certificaciones acreditativas de su condición.

2. LA LETRA DE CAMBIO

2.1. CONCEPTO Y FUNCIÓN ECONÓMICA DE LA LETRA DE CAMBIO

La Letra de cambio es un Título valor que emite una persona llamada Librador, mediante la cual ordena a otra persona, llamada Librado, la realización de un pago determinado en dinero, a favor de la persona que sea tenedora legítima de la Letra, en la fecha de vencimiento indicada en la misma.

La Letra de cambio es el Título valor de crédito más completo desde un punto de vista funcional y formal, de tal manera que su estudio permite una fácil comprensión de los otros dos Títulos valores de crédito que son objeto de este Tema: el Cheque y el Pagaré, a los que luego nos referiremos. Por ello dedicaremos a la Letra mayor atención, considerando que hay bastantes aspectos del régimen jurídico de esta que son de aplicación, por remisión, al Cheque y al Pagaré. La regulación legal de la Letra de Cambio en España se contiene en la Ley 19/1985 de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (LC).

Examinamos a continuación cuales son las funciones de la Letra desde un punto de vista económico, contemplando las distintas causas o motivos por los que se puede crear.

1ª Instrumento de pago de deudas. La Letra puede servir simplemente como instrumento de pago de una deuda dineraria por un deudor a su

acreedor. En estos casos el Librado (deudor), a quien se dirige la orden de pago, pone su firma aceptando la Letra, es decir asume la obligación de pago convirtiéndose en aceptante de la misma. Mediante la aceptación, se puede deducir, como regla general, que el Librado ha recibido lo que se denomina «provisión de fondos», que equivaldría a la contraprestación por la aceptación de la Letra. *V. gr.* el vendedor de unas mercancías entrega las mismas (provisión de fondos), y emite la Letra, solicitando del comprador que la acepte, lo que este admite como instrumento de pago del precio de la compraventa.

2ª Concesión de crédito. La Letra es también un instrumento para conceder crédito si se utiliza como instrumento de pago aplazado de una obligación, de tal manera que la posdatación de la fecha de vencimiento sobre la de libramiento (emisión) de la Letra, ya supone en sí misma la concesión de crédito al deudor. *V. gr.* el vendedor y el comprador acuerdan un aplazamiento en el pago del precio, a cuyo fin se libra la Letra, por lo que mediante el vencimiento a una fecha posterior se está concediendo un crédito por el primero al segundo.

3ª Instrumento financiero. En tercer lugar, las Letras de cambio sirven como forma de obtención de financiación por las empresas mediante la vinculación de las mismas a un contrato de descuento, de manera que el acreedor de la Letra puede obtener anticipadamente su importe, normalmente en una Entidad de crédito, generalmente, aunque no necesariamente, un Banco. El descuento es un endoso (*vid.* 2.4), mediante el cual el Tenedor, acreedor de la Letra, la cede a un tercero mediante la entrega de la misma y este le adelanta el dinero antes de la fecha de vencimiento, aplicando, a cambio del adelanto, un tipo de interés o porcentaje sobre el importe de la Letra cuyo equivalente en dinero resta de lo que entrega, de ahí el nombre de descuento. Respecto del descuento debe señalarse también, que es el tercero que descuenta, (generalmente un Banco), como nuevo Tenedor de la Letra, quien será el nuevo titular del derecho que la Letra incorpora.

4ª Instrumento de garantía. Finalmente, la Letra también puede ser un instrumento de garantía. En primer lugar porque puede ser un instrumento que refuerza la reclamación judicial de un crédito (*vid.* 2.8), más allá de la protección que otorga la documentación mercantil habitual: contratos, facturas, albaranes. En segundo lugar, en el terreno de las operaciones de préstamo, en particular bancarias, se puede utilizar como cobertura o garantía de operaciones de concesión de crédito.

En nuestros días la Letra de cambio ha perdido importancia hasta el punto que, al igual que puede hablarse de una crisis de los Títulos

valor, podemos también hablar de una crisis particular de la Letra, en lo que se refiere al uso generalizado de la misma. Entre las causas por las que la Letra ha perdido importancia podemos destacar dos. En primer y principal lugar debido a que hay otros instrumentos que cumplen alternativamente las funciones tradicionales de la Letra. Basta pensar en el Pagaré de cuenta corriente, al que luego nos referiremos, que es un Título valor que puede cumplir las funciones principales de la Letra, en concreto es un instrumento generalizado para pagos aplazados, si bien funcionalmente más simple que la Letra. También puede mencionarse al respecto, la existencia de otros instrumentos alternativos de obtención de descuento o aseguramiento del pago por los empresarios en sus operaciones mercantiles sin necesidad de emitir Letras o Pagarés, como puede ser el factoring con financiación, que se hace de manera colectiva y con descuento de facturas que tienen vencimientos posdatados, o el confirming, en el que se garantiza el pago aplazado de facturas por el Banco del deudor al acreedor y con posibilidad de adelanto a este del cobro antes del vencimiento de las mismas. En segundo lugar, la concesión de crédito entre empresarios mediante el aplazamiento de pago en las operaciones mercantiles realizadas entre ellos, está regulada en la actualidad mediante límites temporales máximos que pueden afectar también al menor uso de los instrumentos de pago aplazados en el ámbito empresarial, y en particular a la Letra. En este sentido citamos la Ley 3/2004 de 29 de diciembre en la redacción dada por la Ley 15/2010, de 5 de julio, de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales que prohíbe el pactar pagos aplazados superiores a sesenta días después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios, sin que este plazo de pago máximo pueda ser ampliado por acuerdo entre las partes, en aquellas operaciones comerciales realizadas entre empresas o entre empresas y las Administraciones públicas. Estas dos circunstancias: existencia de instrumentos mercantiles alternativos y limitación legal en la concesión de crédito entre empresarios derivado de relaciones comerciales, suponen, en la práctica, factores que restringen el uso de las Letras de cambio, en el ámbito de las relaciones empresariales.

2.2. CREACIÓN, REQUISITOS FORMALES Y SUJETOS DE LA LETRA

2.2.1. La creación de la Letra

La creación de la Letra se hace por la persona que la compra y la emite llamada Librador. La compra de la Letra se realiza en España generalmente en los estancos, y el importe de la misma equivale al denominado

timbre que figura en el documento en la parte superior derecha, que no es otra cosa que el justificante del pago del Impuesto de Actos Jurídico Documentados al que luego nos referiremos. La causa por la que se crea la Letra dependerá de la función económica que esta vaya a desempeñar, según ya vimos.

El título o documento en que consiste la Letra, está en el modelo oficial que se reproduce en el Anexo A de este Tema 8. Este modelo oficial está aprobado por Orden del Ministerio de Hacienda de 30 de junio de 1999. En dicho modelo aparecen configurados los requisitos básicos que deben aparecer en la Letra, para que se cumplimenten por los sujetos que pueden intervenir en ella.

2.2.2. Requisitos formales de validez

La Letra de cambio es un documento formal que debe contener una serie de menciones esenciales y obligatorias para que pueda ser válida como tal, y cuya ausencia puede suponer la nulidad de la misma. Así se indica expresamente en la Ley cambiaria (artículo 1 LC), cuando enumera tales requisitos, que son:

1º La denominación de Letra de Cambio inserta en el texto del documento y expresado en el mismo idioma empleado en su redacción.

2º La orden pura y simple de pagar una cantidad de dinero en euros o moneda determinada con cotización oficial en euros.

3º Nombre del que debe pagar, denominado Librado.

4º Indicación de la fecha de vencimiento.

5º Lugar donde debe efectuarse el pago. Se entiende por lugar el domicilio, que puede ser el de un tercero, generalmente, pero no necesariamente, suele ser un Banco.

6º Nombre de la persona a quien debe efectuarse el pago, llamado Tomador.

7º Fecha y lugar donde se emite la Letra.

8º La firma del que emite la Letra, denominada Librador.

Si bien son exigibles estos requisitos, la propia Ley determina (artículo 2 LC), algunas excepciones a la regla general de exigencia formal y obligada de los mismos, de tal manera que, después de señalar que el documento que carezca de alguno de esos requisitos no se considerara Letra de cambio, exceptúa de esa declaración los siguientes supuestos:

a) La Letra sin fecha de vencimiento. La Letra de cambio cuyo vencimiento no esté indicado, se considera pagadera a la vista, es decir en el momento de su presentación al cobro.

b) La Letra sin lugar de domicilio de pago. Si no se indica específicamente este domicilio, se entenderá como lugar de pago de la Letra el designado junto al nombre del Librado.

c) La Letra sin lugar de emisión. Si no se indica el lugar de emisión, se entenderá emitida en el lugar designado junto al nombre del Librador.

Además de esas menciones, debe tenerse también en cuenta, en este aspecto formal, lo siguiente:

– Cuando en una Letra de cambio figure escrito el importe de la misma en letra y en número pero la cantidad expresada en una y otra forma sea distinta, será válida la cantidad escrita en letra. La Letra de cambio cuyo importe este escrito varias veces por cantidad diferente, ya sea en letra, ya sea en números, será válida por la cantidad menor (artículo 7 LC).

– Es posible incluir cláusulas facultativas en la Letra (*vid.* 2.6), que son todas las menciones legales puestas en la Letra por voluntad de los sujetos que intervienen en la misma y distintas de las indicadas.

– La letra se expide como ya dijimos, según el modelo oficial, en el que se incluye el timbre, cuyo importe, corresponde al pago del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados a que está obligatoriamente sometida la Letra (artículo 33 del texto refundido de la Ley del referido impuesto: RD 1/1993, de 24 de septiembre). Conviene precisar desde este momento que los Pagarés y los Cheques solo pagan este impuesto caso en que se endosen, es decir cuando cumplen una función de giro, siendo así que si se utilizan como mero instrumento de un pago y no se transmiten no tributarán por el mencionado impuesto. El importe del timbre depende del importe de la Letra, conforme a una tabla regulada en el citado impuesto, de ahí que haya que tener en cuenta en el momento de comprarla que importe va a figurar en la misma. Supuesto de no pagar el impuesto en la cuantía determinada en la Ley, la Letra perdería su fuerza ejecutiva (artículo 37 RD 1/1993) (*vid.* 2.8).

– Cuando la extensión de las menciones que figuren en la Letra así lo exijan, podrá ampliarse el documento en que consta la Letra, incorporando un suplemento por medio de una hoja adherida en la que se identifique la misma y en la que podrán hacerse constar cualesquiera menciones previstas en la presente Ley, con excepción de las enumeradas en el artículo primero, que deberán figurar en el documento en que se creó la Letra (artículo 13 LC).

– La Ley permite extender varios ejemplares o copias de una Letra. Esto es poco utilizado en la práctica y su finalidad es, bien poder transmitir la Letra mientras el Librado la acepta o un avalista la avala, o bien asegurarse ante una posible pérdida de la Letra.

2.2.3. Sujetos que pueden intervenir en la Letra

En el examen que se ha hecho en los epígrafes anteriores sobre la creación y los requisitos de validez de la Letra, ya se mencionaron los principales sujetos que intervienen en la misma. Ahora bien, conviene a la mejor comprensión de la Letra, enunciar estos sujetos y en particular las relaciones económicas que puede haber entre ellos.

Librador. Es la persona que emite la Letra y da la orden de pago de la misma al Librado. El Librador también garantiza el pago de la Letra, sin que sea posible que quede exonerado de la garantía de pago frente a cualquier acreedor de la misma (artículo 11 LC).

Librado. Es la persona a cuyo cargo el Librador extiende la Letra, es decir quien en primer lugar ha de hacerse cargo de pagar su importe, es por tanto el primer y directo deudor de la Letra.

Aceptante. Es el Librado una vez que firma la Letra aceptándola, lo que supone que da su conformidad expresa al pago de la misma a la fecha de su vencimiento (artículo 33 LC).

Tomador. Es la persona que en primer lugar pasa a ser acreedor de la Letra. Es el primer Tenedor de la misma. Si faltase la mención de esta persona en la Letra, sería un documento al portador.

Tenedor. Es la persona que tiene la Letra y es acreedora de la misma. Puede haber sucesivos tenedores en virtud de la transmisión de la Letra mediante endoso.

Endosante y endosatario. El Endosante es la persona que transmite y el Endosatario es la persona a quien se transmite la Letra.

Avalista y avalado. El Avalista es la persona que garantiza el cumplimiento de pago de la letra y el Avalado es la persona a favor de quien se presta el aval.

Domiciliatario. Es quien tiene la función de admitir y gestionar el pago de una Letra, por indicación del Librado (generalmente un Banco). A falta de este, la Letra se entiende domiciliada y debe pagarse en el domicilio del Librado.

Confusión de sujetos. Existe la posibilidad de que sujetos que intervienen en la Letra en distinta posición sean las mismas personas, en cuyo

caso suele hablarse de confusión de sujetos. En particular, se da esta situación de confusión de sujetos cuando el Librador es la misma persona que el Tomador de la Letra, por ejemplo: el vendedor de unas mercancías es quien compra la Letra y la emite, es decir firma como Librador de la misma, pero además aparece como Tomador, ya que es el acreedor de la obligación que nace de la Letra, es decir cobrar el precio; en este caso se puede indicar que la Letra se libra «a la propia orden». Otro supuesto de confusión es cuando el Librador y el Librado son la misma persona, por ejemplo: el comprador de unas mercancías es quien compra la Letra y la emite, es decir firma como Librador, pero además aparece como Librado, aceptando la letra como compromiso de pago del precio; en este caso se puede indicar que la Letra se libra «al propio cargo».

2.3. LA ACEPTACIÓN DE LA LETRA DE CAMBIO

2.3.1. Concepto y forma de la aceptación

La aceptación es la manifestación que hace el Librado en la Letra, por la que expresa su voluntad de pagarla. Mediante la aceptación el Librado se convierte en el obligado directo y principal al pago de la Letra y responde de su obligación ante cualquier Tenedor de la misma (artículo 33 LC). La aceptación es, por tanto, una declaración que puede hacerse después de crear la Letra y hasta la fecha del vencimiento de la misma (artículo 25 LC). Debe tenerse en cuenta que la aceptación no es un requisito de creación de la Letra, es decir, la Letra existe como tal aunque el Librado no la acepte. Excepcionalmente, cabe también que la Letra pueda ser aceptada por una persona que, sin estar expresamente indicada en ella, intervenga por cuenta de cualquier obligado cambiario en vía de regreso, lo que supone la incorporación de un tercero, mediante lo que se llama aceptación por intervención, al vínculo de la obligación cambiaria. La regulación legal de la aceptación de la Letra se contiene en los artículos 25 a 34 de la LC.

La forma de la aceptación es simple y debe hacerse en el título mismo, bastando que el Librado firme en el anverso de la Letra, generalmente junto al término «ACEPTO» (*vid.* Anexo A), y entregue la Letra a quien se la presentó a la aceptación (artículo 29 LC).

Si bien no es imprescindible, puede ponerse también la fecha de la aceptación junto a la firma del aceptante, en cuyo caso esta fecha será el día inicial para el cómputo del vencimiento de la Letra si esta tiene vencimiento a un plazo desde la vista (*vid.* 2.7). Debe también señalarse que

es posible aceptar la Letra por una cantidad limitada, inferior al importe reflejado en ella (artículo 30 LC).

2.3.2. Clases y efectos de la aceptación. Consecuencias de la negativa a aceptar la Letra

Si atendemos a la causa por la que el Librado acepta la Letra, puede señalarse que, generalmente, la aceptación responde, como ya indicamos, a la existencia de una relación comercial previa de tipo comercial o mercantil entre los sujetos que intervienen en la misma, por lo que podríamos hablar de una aceptación con causa en relaciones comerciales o mercantiles. En estos casos, es decir cuando la Letra responde a una realidad económica, se ha llegado a hablar impropiaemente de Letras de aceptación obligatoria, en la medida en que si el Librado ha recibido provisión de fondos (contraprestación por la aceptación de la Letra), en el momento que es presentada por el tenedor solicitando la aceptación, debiera aceptarla; ahora bien, la realidad es que este planteamiento solo puede afirmarse cuando el Librado, habiendo recibido la provisión de fondos, convino de alguna manera aceptar la letra que le fuere girada por su acreedor, ya que, de no ser así, ningún deudor puede ser forzado a transformar su obligación de causal en cambiaria mediante la aceptación de la Letra.

Frente al supuesto más común expuesto en el párrafo anterior: Letras aceptadas con causa en una relación económica presidida por una contraprestación real, puede ocurrir que el Librado acepte la Letra sin una causa distinta al simple favor que realiza al Librador. De esta forma, se genera una Letra aceptada que acrece la confianza de quien la toma, sin otra causa distinta que el mero favor, produciendo el efecto de dar a la Letra una mayor confianza y permitir que esta circule (*v. gr.* mediante el descuento de la misma en un Banco). Esta Letra recibe el nombre de Letra de favor, la cual se admite como válida, ya que es un negocio jurídico cuya causa es el denominado pacto de favor, aunque desde un punto de vista económico el importe de la Letra pueda ser arbitrario al no responder a la recepción de un contravalor por una operación comercial o mercantil real. Conviene en este punto referirnos a la situación anómala y considerada fraudulenta, consistente en la emisión de Letras de cambio cruzadas, también llamadas letras pelota o papel de colusión, en la que las Letras son aceptadas como favor recíproco por dos o más personas. En este caso, el descuento de uno de los libradores, utilizando Letras con la firma de las otras personas, servirá para hacer frente al pago de los

efectos girados a su cargo por los otros participantes. Generalmente esta práctica ilegal se instrumenta a través del descuento de esas Letras con cargo a líneas de descuento abiertas en Bancos, lo que permite descontar con facilidad las mismas hasta un límite prefijado en la línea de descuento que se contiene en el contrato suscrito con el Banco.

Además de referirnos, como acabamos de hacer, a la aceptación en función de la causa que la produce, también es posible hacer una distinción en razón de considerar si la Letra tiene o no que ser obligatoriamente presentada a la aceptación. En este sentido podemos distinguir los siguientes supuestos: a) Letras de presentación facultativa. Es el supuesto general de la aceptación, ya que es el Tenedor de la Letra quien facultativamente puede decidir la presentación de la Letra a la aceptación (artículo 25. LC); b) Letras de necesaria presentación a la aceptación. Son aquellas en las que el Tenedor debe realizar la presentación a la aceptación en el plazo fijado por la Ley o por el Librador, como ocurre por ejemplo en el caso de las Letras giradas a un plazo desde la vista (artículo 27 LC), o las Letras en las que el Librador establece un plazo para presentar la letra a la aceptación (artículo 26 LC); y c) Letras de prohibida presentación a la aceptación. Son aquellas en las que el Librador así lo ordena por escrito, lo que puede hacer, salvo que la letra sea pagadera en el domicilio de un tercero, o en una localidad distinta de la del domicilio del Librado, o se trate de una letra girada a un plazo desde la vista (artículo 26, párrafo segundo LC).

En cuanto a los efectos de la aceptación y las consecuencias de la no aceptación, debe señalarse en primer lugar que si el Tenedor de la Letra la presenta al Librado para su aceptación y es aceptada, el Librado se convierte en el obligado cambiario principal y directo a su pago. El aceptante asume una obligación dotada de gran rigor procesal y no podrá negarse al pago el día de su vencimiento, porque el Tenedor de la letra, aun sin protesto, podrá ejercitar contra él la acción cambiaria directa (*vid.* 2.8).

Si presentada la Letra al Librado, este no la acepta no se convertirá en obligado a pagarla, ya que esta condición de deudor cambiario únicamente se adquiere por la aceptación mediante la firma en la Letra. Ahora bien, dado que la decisión del Librado de no aceptar la letra presupone la negativa a pagarla el día de su vencimiento, la LC permite en este caso al Tenedor dirigirse contra el Librador o los endosantes para exigir el pago de la Letra no aceptada, si levanta el correspondiente protesto por falta de aceptación, al que luego nos referiremos (*vid.* 2.8).

2.4. EL ENDOSO DE LA LETRA

2.4.1. Concepto, sujetos y forma del endoso

El endoso es la forma usual y típica de transmisión de la Letra. Por el endoso se transmite la Letra y los derechos a ella incorporados. Consiste en una declaración de voluntad que hace el Tenedor de la Letra, quien la firma en el reverso y en el espacio reservado para ello: «Páguese a» (*vid.* Parte inferior del Anexo A), procediendo a la entrega de la Letra a su nuevo Tenedor. El endoso es una forma sencilla de transmitir la Letra ya que permite sin notificación a ningún otro sujeto interviniente en la Letra y sin ningún otro requisito formal a salvo la simple firma del transmitente y la entrega de la Letra, que esta circule con facilidad. Precisamente la Letra ha venido siendo muy utilizada debido a la facilidad de su transmisión mediante el endoso. La regulación legal del endoso de la Letra se contiene en los artículos 14 a 24 de la LC.

En el endoso intervienen el Endosante o transmitente, que es el Tenedor de la Letra, el cual ocupa la posición de acreedor de la misma y por tanto legitimado para transmitirla, y el Endosatario que es la persona a quien se transmite la Letra.

El endoso debe ser total, puro y simple, por lo que toda condición que subordine el endoso se considerará no escrita. En consecuencia el endoso condicionado y el endoso parcial son nulos. Sin embargo, sí se admite legalmente el denominado endoso en blanco, que es el que no designa al endosatario o consista simplemente en la firma del endosante; y el endoso al portador que equivale a un endoso en blanco (artículos 15 y 16 LC). Frente al endoso en blanco se suele hablar de un endoso completo que es cuando sí se designan los datos del Endosatario.

En cuanto al momento de hacer el endoso debe tenerse en cuenta que el endoso puede realizarse en cualquier momento hasta que la Letra haya sido pagada, y por tanto incluso después del vencimiento, si bien este no podrá ser realizado por el aceptante, y producirá los mismos efectos que un endoso anterior. Sin embargo, el endoso posterior al protesto o a la declaración equivalente por falta de pago (*vid.* 2.8), o al vencimiento del plazo establecido para levantar el protesto no producirá otros efectos que los de una cesión ordinaria, a la que luego brevemente nos referiremos (artículo 23 LC). El endoso sin fecha se considerará hecho antes de terminar el plazo fijado para levantar el protesto, salvo prueba en contrario.

El endoso se puede prohibir por el Librador de la Letra mediante la clausula: «no a la orden» o una expresión equivalente (*vid.* 2.6).

2.4.2. Clases y efectos del endoso

Independientemente de que en el epígrafe anterior hayamos hecho referencia a distintos tipos de endoso, en particular atendiendo a la forma en que este se hace: endoso en blanco o endoso al portador, la clasificación del endoso que aquí nos interesa atiende a sus efectos y distingue dos tipos: el endoso pleno que es aquel en que se transmite la Letra con todos los derechos contenidos en la misma, y el endoso limitado que, como a continuación veremos, tiene efectos más reducidos.

2.4.2.1. *Endoso pleno*

Los efectos del endoso pleno son los siguientes:

1º Efecto traslativo o de transmisión de la propiedad de la Letra. Supone que el Tenedor, endosante de la Letra transmite su propiedad al endosatario con todos los derechos incorporados en la letra, ocupando este, a partir del endoso, la posición de acreedor de la Letra que aquel tenía (artículo 17 LC).

2º Efecto de legitimación. Mediante este, el Endosatario, como adquirente de la Letra y nuevo tenedor y acreedor de la misma, está legitimado para su cobro cuando justifique su derecho por una cadena no interrumpida de endosos, aunque el último este en blanco (artículo 19 de la LC).

3º Efecto de garantía. Este efecto supone que con la firma del Endosante se refuerza el crédito de la Letra aumentando el número de obligados cambiarios a su pago, ya que el Endosante, salvo cláusula en contrario, garantiza la aceptación y el pago frente a los Tenedores posteriores de la Letra (artículo 18 LC).

2.4.2.2. *El endoso limitado*

Como hemos dicho, este endoso tiene efectos reducidos frente a lo que acaba de decirse del endoso pleno. Los tipos de endoso limitado dependen del contenido de la limitación; así podemos distinguir los siguientes:

1º Endoso de apoderamiento o para cobro. En este caso el Endosante no transmite la propiedad de la Letra al Endosatario. Se puede emplear en estos endosos las formulas de «valor al cobro», «para cobranza», «por poder» o cualquier otra fórmula equivalente que implique un simple mandato; en cuyo caso no se transmite la propiedad de la letra, sino solo la posesión de la misma a un mandatario (por ejemplo, un Banco), para que gestione su cobro (artículo 21 LC). En este endoso el Endosatario no tiene posición jurídica autónoma y se le pueden oponer excepciones derivadas del contrato causal antecedente del que fue parte el endosante. No hay

que confundir el endoso de apoderamiento con la adquisición del valor de la Letra a través del contrato de descuento formalizado a través de un endoso pleno, mediante el cual, el que descuenta (generalmente un Banco), asume una posición jurídica propia, y no como mandatario de su cliente.

2º Endoso de garantía. En este supuesto de endoso, el Endosante entrega la Letra en garantía del cumplimiento de una obligación. Se manifiesta mediante la mención «valor en garantía» o «valor en prenda». Mediante este endoso, la titularidad plena de la Letra no la adquiere el Endosatario, ya que es un acreedor del Endosante con un crédito garantizado con un derecho real de prenda. En este caso el Tenedor puede ejercitar los derechos que se deriven de la misma, como presentarla al pago o a la aceptación, pero el endoso hecho por él, sólo valdrá como comisión de cobranza (artículo 22 LC).

Finalmente, debe señalarse que es posible la cesión de la Letra por un procedimiento distinto del endoso, lo que se denomina cesión ordinaria de la Letra. En este caso el cedente transmitirá al cesionario todos los derechos, en los términos previstos en los artículos 347 y 348 del Código de Comercio, y el cesionario tendrá derecho a la entrega de la letra. Es importante conocer, por lo esencial del principio, que, según esos artículos, como regla general, los créditos mercantiles no endosables ni al portador, se pueden transmitir por el acreedor sin necesidad de consentimiento del deudor, bastando notificar a este la transmisión por un medio fehaciente. El deudor del crédito quedará obligado para con el nuevo acreedor en virtud de la notificación, y desde que tenga lugar no se reputará pago legítimo sino el que se hiciera a éste. Por su parte el transmitente del crédito responderá de la legitimidad del mismo y de la personalidad con que hizo la cesión; pero no de la solvencia del deudor, a no mediar pacto expreso que así lo declare.

2.5. EL AVAL DE LA LETRA

2.5.1. Concepto, sujetos y forma del aval

El aval consiste en una declaración de voluntad que hace una persona, denominada Avalista, garantizando el pago de la Letra mediante su firma en la misma. El aval es por tanto una garantía específica de cumplimiento de la obligación cambiaria que representa la Letra. La regulación legal del aval se contiene en los artículos 35 a 37 de la LC.

En el aval interviene el Avalista de la Letra, que es quien garantiza su importe y el Avalado que es la persona a quien se garantiza. Esta garantía puede prestarla un tercero o también un firmante de la Letra (artículo 35 LC). Respecto del Avalado, debe tenerse en cuenta que en el aval puede indicarse a quien se

avala y, a falta de esta indicación, se entiende que el aval se ha concedido a favor del Aceptante y, en defecto de este, a favor del Librador (artículo 36 LC).

En cuanto a la forma del aval, tiene que realizarse mediante la firma del Avalista puesta en la Letra, sin que pueda prestarse el aval en documento separado. Existe en el reverso de la Letra un espacio específico previsto para el aval: «Por aval de» (*vid.* Parte inferior del Anexo A), si bien sería válido el que se pusiera el aval en otra parte de la Letra, de tal manera que la Ley prevé que la simple firma de una persona puesta en el anverso de la Letra de cambio vale como aval, siempre que no se trate de la firma del Librado o del Librador.

En cuanto al momento de prestar el aval, puede incluso realizarse después del vencimiento y denegación de pago de la Letra, siempre, claro está, que al otorgarse no hubiere quedado liberado ya el Avalado de su obligación cambiaria (artículo 35 LC).

2.5.2. Clases y efectos del aval

Podemos distinguir el denominado *aval pleno*, que es cuando se garantiza por el Avalista el cumplimiento íntegro de la obligación de pago de la Letra, y el *aval limitado* que es cuando se limita la garantía que otorga el aval a una cantidad inferior al importe de la Letra.

En cuanto a los efectos del aval, el Avalista responde de igual forma que el Avalado del pago de la Letra. Por tanto, el Avalista responde bien directamente o en vía de regreso (*vid.* 2.8), según responda su Avalado. Si bien lo anterior, la obligación que asume el Avalista de pago de la letra es autónoma de la del Avalado, en tanto que, aunque responde de igual manera que el avalado, no puede oponer las excepciones personales de éste. De igual manera la posición autónoma del Avalista es consecuencia de que el aval es válido aunque la obligación garantizada fuese nula por cualquier causa que no sea la de vicio de forma (artículo 37 LC).

Finalmente, debe señalarse que cuando el Avalista paga la letra de cambio adquiere los derechos derivados de ella contra la persona avalada y contra los que sean responsables cambiarios frente a él, de tal manera que, una vez pagada la Letra por el Avalista y en su poder, podría reclamarla a dichos responsables (artículo 37 LC, párrafo segundo).

2.6. CLÁUSULAS FACULTATIVAS DE LA LETRA DE CAMBIO

Las cláusulas facultativas son aquellas que se pueden poner en la Letra y no son alguna de las contempladas como requisitos generales de la misma

(*vid.* 2.2). Estas cláusulas son admitidas expresamente por la ley (artículo 2 LC), y responden al principio general de permitir que los sujetos que intervienen en la Letra adapten esta a las circunstancias que quieren reflejar en la misma. La mención de las cláusulas debe hacerse en la Letra, a cuyo fin hay un espacio para ello: «cláusulas» (*vid.* Anexo A). A efectos descriptivos de la naturaleza y contenido de estas cláusulas destacamos, por su mayor frecuencia de uso, las siguientes:

Cláusula «*no a la orden*», o cualquiera otra indicación equivalente escrita en la Letra. Mediante esta cláusula (artículo 14 LC), se elimina la posibilidad de endosarla, de tal manera que cuando el Librador la haya escrito en la Letra, está no será transmisible, sino en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria, a lo que ya nos referimos al ver el endoso de la Letra.

Cláusula de «*devolución sin gastos o sin protesto*», o cualquier otra indicación equivalente escrita en la Letra. Mediante esta cláusula (artículo 56 LC), se dispensa al Tenedor de la Letra de levantar el protesto por falta de aceptación o pago para poder reclamar la Letra en vía de regreso (*vid.* 2.8). Generalmente la pone en la Letra el Librador, en cuyo caso, produce sus efectos con relación a todos los firmantes; pero puede también ponerla un endosante o avalista, en cuyo caso solo causará efecto con relación a quien la pone. Cuando a pesar de la cláusula insertada por el Librador, el portador mande levantar el protesto, los gastos que el mismo origine serán de su cuenta. Si la cláusula procediere de un endosante o de un avalista, los gastos de protesto, en caso de que se levante, serán de cuenta de estos.

Cláusula «*con protesto*». Mediante esta cláusula el Librador exige expresamente en la Letra el levantamiento del protesto notarial.

Cláusula de *intereses convencionales*. Por esta cláusula, en una Letra pagadera a la vista o a un plazo desde la vista, podrá disponer el Librador que la cantidad correspondiente devengue intereses. El tipo de interés anual deberá indicarse en la letra y, a falta de esta indicación, la cláusula correspondiente se considerará como no escrita. Los intereses comenzarán a devengarse a partir de la fecha en que se libere la letra de cambio mientras no se indique otra fecha a este efecto (artículo 6 LC).

2.7. EL VENCIMIENTO, LA PRESENTACIÓN Y EL PAGO VOLUNTARIO DE LA LETRA

2.7.1. El vencimiento de la Letra

El nacimiento de la obligación de pago del importe de la Letra viene dado por la fecha de vencimiento de la misma. El día del vencimiento y,

por tanto, del inicio de la presentación al cobro de la Letra se concreta en el texto de la misma; a tal fin hay un apartado en el modelo oficial (*vid.* Anexo A).

La Ley (artículo 38 LC), permite utilizar cuatro formas para determinar la fecha de vencimiento de la Letra, que pasamos a examinar:

1ª A fecha fija y determinada. Es la fórmula más utilizada y sencilla de determinar la fecha de vencimiento, pues consiste en indicar el día, mes y año en que la letra vence.

2ª A la vista. En este caso, la Letra vence el día en el que su Tenedor decide presentarla al Librado (se suele utilizar la fórmula: «*a la vista*»). Así, es el Tenedor, acreedor de la Letra, quien decide el momento de presentación y de vencimiento (artículo 39 LC). La Ley señala que, en este caso, el Tenedor de la Letra deberá presentarla para que se pague dentro del año siguiente a la fecha de libramiento, si bien el Librador puede haber acortado este plazo o fijar uno más largo en el momento de emitir la letra, y los endosantes también pueden acortarlo cuando hacen el endoso. El Librador podrá disponer también que una Letra pagadera a la vista no se presente al pago antes de una determinada fecha. En este caso, el plazo para la presentación se contará desde dicha fecha.

3ª A un plazo contado desde la fecha. Cuando el plazo de vencimiento es desde la fecha, el vencimiento de la letra se produce el día en que se cumplen los días o meses señalados en la Letra (ej. «*a 30 días fecha*»). El día inicial del cómputo del plazo es el siguiente a la fecha del libramiento de la Letra: si el plazo se indica en días, empieza a computarse desde el día siguiente a la fecha del libramiento de la Letra; si el plazo es en meses se computan los meses de fecha a fecha, y caso en que no existiera día equivalente al inicial del cómputo, vencería el último del mes (artículo 41 LC). Si el día de vencimiento fuera inhábil, vencerá el siguiente día hábil.

4ª A un plazo contado desde la vista. El vencimiento se produce el día en que se cumplen los días o meses señalados en la Letra (ej. «*a 30 días vista*»). En este caso, a diferencia del anterior, el día inicial del cómputo del plazo es el siguiente a la fecha de la aceptación de la Letra por el Librado (vista de la letra). Caso en que no aparezca la fecha en el lugar de la aceptación, el cómputo del plazo será desde el siguiente a la fecha del protesto o declaración equivalente por falta de aceptación (artículo 40 LC). A falta de protesto o declaración equivalente, toda aceptación que no lleve fecha se considerará, que ha sido puesta el último día del plazo señalado para su presentación a la aceptación; en cuanto al plazo para la presentación a la

aceptación, el artículo 27 LC señala que: «Las letras de cambio a un plazo desde la vista deberán presentarse a la aceptación en el término de un año a partir de su fecha. El Librador podrá acortar este último plazo o fijar uno más largo. Estos plazos podrán ser acortados por los endosantes».

2.7.2. La presentación al pago

La Letra es un título que requiere para su pago que se presente y ofrezca su entrega como justificante o recibo del importe de la misma, de ahí que la Ley exija determinadas formalidades para su presentación al pago una vez que ha vencido. Examinamos en este epígrafe el momento, el lugar y la forma de presentación al pago de la Letra, así como las consecuencias de su no presentación en los plazos y forma debidos.

Momento de la presentación. El tenedor de una letra de cambio pagadera en día fijo o a un plazo a contar desde la fecha o desde la vista, deberá presentarla al pago en el día de su vencimiento, o en uno de los dos días hábiles siguientes (artículo 43 LC). A falta de presentación al pago de la letra de cambio en el plazo citado, todo deudor tendrá la facultad de consignar su importe en depósito a disposición del tenedor judicialmente o en una Entidad de crédito o Notario (artículo 48 LC).

Lugar de la presentación. El lugar de presentación al pago de la Letra será el que señale la misma. Ahora bien, si no se dice nada en la Letra, se entiende como lugar de pago el que aparezca designado junto al nombre del Librado. En la práctica lo más frecuente es domiciliar el pago de la Letra fuera del domicilio del Librado, concretamente en una cuenta bancaria de este, donde la Letra pueda ser pagada independientemente de quien sea el tenedor que la presente al cobro una vez venza. De esta forma se facilita el pago de la Letra en el lugar de la Entidad de crédito domiciliataria. Lugar de presentación al cobro y lugar de pago son, pues, coincidentes.

Forma de la presentación. La presentación debe hacerse por el Tenedor de la Letra o portador legitimado mediante la exhibición de la Letra misma. Cuando se trate de Letras domiciliadas en una cuenta abierta en una Entidad de crédito, su presentación a una cámara o sistema de compensación equivaldrá a su presentación al pago. Cuando la Letra se encuentre en poder de una Entidad de crédito, la presentación al pago podrá realizarse mediante el envío al librado con anterioridad suficiente al día del vencimiento, de un aviso conteniendo todos los datos necesarios para la identificación de la letra, a fin de que pueda indicar sus instrucciones para el pago (artículo 43 LC).

La consecuencia más grave de la no presentación al pago de la Letra debidamente, es que el Tenedor, aun manteniendo la posibilidad de ejercer la acción cambiaria directa contra el aceptante, pierde la posibilidad de ejercer las acciones cambiarias contra los obligados en vía de regreso (*vid.* 2.8) (artículos 49 y 63 LC).

2.7.3. El pago voluntario de la Letra. Forma y efectos del pago

El supuesto normal es que el aceptante pague la Letra cuando se presente para su pago debidamente y llegada la fecha de vencimiento. El pago voluntario debe hacerse en la moneda indicada en la letra que, de no ser euros, debe ser convertible y admitida a cotización oficial en euros, en los términos establecidos en la Ley (artículo 47 LC). En el momento de pago de la Letra se puede exigir la entrega de la misma (artículo 45 LC).

En cuanto a los efectos del pago de la Letra son distintos dependiendo de quién sea el obligado que lo realiza; así, si quien paga es el Librado se extinguen las obligaciones de todos los firmantes de la letra, si paga un Endosante se extinguen las obligaciones de todos los endosantes posteriores, pero no las de los endosantes anteriores, ni la del Librador, ni la del Librado aceptante, contra quienes puede el que haya pagado reclamar el pago; si paga el Librador se extinguen todas las obligaciones menos la del librado-aceptante, de quien aquel podrá exigir el pago. Finalmente, si el pago lo realiza un Avalista, se extinguen todas las obligaciones que hubieran quedado extinguidas si el pago lo hubiera realizado su Avalado, y aquel podrá reclamar el pago a éste y a sus deudores cambiarios.

En cuanto al pago de un importe parcial de la Letra es posible hacerlo sin que el Tenedor pueda rechazarlo y se podrá exigir que el pago parcial se haga constar en la Letra y se dé recibo del mismo (artículo 45 LC).

2.8. EL IMPAGO DE LA LETRA

Examinamos en este epígrafe el supuesto patológico consistente en que la Letra no se pague por el Librado-aceptante llegada la fecha de su vencimiento.

2.8.1. Consecuencias de la falta de pago voluntario

Vencida la Letra y presentada debidamente al cobro, caso en que no sea pagada voluntariamente por el aceptante, el Tenedor de la misma, como acreedor de su importe, puede reclamarla a través del ejercicio de alguna de las acciones judiciales que contempla la Ley.

La reclamación de la Letra impagada puede realizarse por el Tenedor, como acreedor de la misma, frente a todas las personas que la hayan librado, aceptado, endosado o avalado ya que su responsabilidad es solidaria frente a aquel (artículo 57 LC). En otras palabras, esto supone un especial reforzamiento en la garantía de pago de la Letra. Este mismo derecho corresponderá a cualquier firmante de una Letra que la haya pagado por lo que podrá dirigirse a los demás sujetos que estén obligados frente a él, en los términos ya examinados (*vid.* 2.7.3). Igualmente debe señalarse que la reclamación intentada contra cualquiera de las personas obligadas no impedirá que se proceda contra las demás responsables. En cuanto a los conceptos e importes que el Tenedor puede reclamar, una vez que la Letra resulta impagada, la Ley (artículo 58 LC), permite reclamar a la persona a quien se demande, las siguientes cantidades:

1. El importe de la letra de cambio no aceptada o no pagada, con los intereses que en ella puedan haberse indicado.

2. Los réditos de la cantidad anterior devengados desde la fecha de vencimiento de la letra, calculados al tipo de interés legal del dinero incrementado en dos puntos. Debe recordarse que el tipo aplicable como interés legal del dinero, lo fija anualmente la Ley de Presupuestos generales del Estado; para el año 2015 es el 3,50% anual. El tipo de interés legal del dinero es el que se aplica, como regla general, en concepto de indemnización por daños y perjuicios en los casos de demora en el cumplimiento de pago de una obligación dineraria (artículo 1108 Código Civil).

Por su parte, el firmante de la Letra que pague su importe al Tenedor, puede, a su vez, reclamar de las personas que sean responsables frente a él (*v. gr.* el avalista que paga, a su avalado). En este caso, la Ley (artículo 59 LC), permite reclamar:

1. La cantidad íntegra que haya pagado.
2. Los intereses de dicha cantidad, calculados al interés legal del dinero, aumentando en dos puntos, a partir de la fecha de pago.
3. Los gastos que haya realizado.

2.8.2. Constatación del impago

La LC establece que para el caso en que la Letra no se pague a la fecha de su vencimiento, se pueda constatar fehacientemente que la misma se ha presentado al cobro y no ha sido pagada. Igualmente ocurre cuando hay una falta de aceptación de la Letra por el Librado, una vez que no firma la aceptación.

La Ley prevé un procedimiento que permite constatar tanto la falta de aceptación como la falta de pago de la Letra, que se llama protesto (artículo 51 a 53 LC), y que consiste en un acta que levanta un notario en la que se reproduce la Letra y en la que se indica que se le ha presentado la Letra y que no ha sido aceptada o pagada a la fecha de su vencimiento. El protesto por falta de pago debe hacerse dentro de los ocho días hábiles siguientes a la fecha de vencimiento, y si es por falta de aceptación dentro de los plazos fijados para la aceptación o de los ocho días hábiles siguientes. El acta la notifica el notario al Librado y le da un plazo hasta el segundo día hábil siguiente a la notificación para que comparezca en su despacho y pueda hacer las manifestaciones que considere oportunas referidas al impago.

Alternativamente al protesto notarial y con sus mismas consecuencias, la Ley permite constatar la presentación al pago y la falta de este mediante dos procedimientos alternativos que pueden sustituir al protesto (artículo 51 LC). Uno es la llamada declaración cambiaria, que consiste en una declaración que conste en la propia Letra, firmada y fechada por el Librado en la que se deniegue la aceptación o el pago. El otro procedimiento es la declaración, con los mismos requisitos, del Domiciliatario o, en su caso, de la Cámara de Compensación bancaria, en la que se deniegue el pago, que se hace mediante un sello puesto en la Letra haciendo constar que esta no se ha pagado. Estos procedimientos son válidos salvo que el Librador haya exigido expresamente en la Letra el levantamiento del protesto notarial en el espacio reservado a las cláusulas facultativas. En todo caso la declaración del Librado, del Domiciliatario o de la Cámara de Compensación deberá ser hecha dentro de los plazos establecidos para el protesto notarial.

El Tenedor deberá comunicar la falta de aceptación o de pago a su Endosante y al Librador dentro del plazo de ocho días hábiles (artículo 55 LC). Este plazo se computará de la forma siguiente: 1. En el caso de protesto notarial, desde la fecha del mismo. 2. En el caso de la declaración sustitutiva del protesto, desde la fecha que en ella conste. 3. En el caso de la cláusula de devolución *sin gastos* desde la fecha de la presentación de la Letra. Dentro de los dos días hábiles siguientes a la fecha en que el Endosante haya recibido la comunicación, deberá a su vez comunicarlo a su Endosante, indicándole los nombres y direcciones de aquellos que hubieren dado las comunicaciones precedentes. La misma obligación corresponderá a todos los Endosantes hasta llegar al Librador. Los plazos mencionados correrán desde el momento en que se reciba la comunicación precedente.

De estar avalada la Letra, todas las comunicaciones indicadas que se realicen a un firmante de la misma, deberán también hacerse en el mismo plazo, a los avalistas.

El que tuviere que efectuar una comunicación podrá hacerlo en cualquier forma, incluso por la simple devolución de la Letra, pero deberá probar que ha dado la comunicación dentro del término señalado. La falta de comunicación por alguno, en el plazo legal, puede suponer la exigencia de responsabilidad por el perjuicio causado.

2.8.3. La reclamación judicial de la Letra

Ya vimos al analizar las consecuencias de la falta de pago voluntario de la Letra (*vid.* 2.8.1), los conceptos e importes que puede reclamar el acreedor de la misma. Veremos a continuación frente a quien y como se puede reclamar la Letra si no se paga voluntariamente llegada la fecha de su vencimiento.

Ante todo debe señalarse que la obligación en la que toma causa la emisión de la Letra permite que esta sirva como un documento mercantil que, junto con cualquier otro documento o aportación probatoria, sustente una acción judicial o demanda denominada declarativa a través de un juicio ordinario que se puede iniciar por el Tenedor de la Letra contra los incumplidores de la obligación por la que cobró vida la misma. Ahora bien, sin entrar en los pormenores procesales de este tipo de reclamación, puede decirse que a través de esta demanda declarativa, la Letra no tiene un valor o fuerza especial que permita exigir por el acreedor al deudor el importe de la Letra de manera sumaria y ejecutiva.

– *La acción cambiaria.* Junto a la demanda declarativa referida, existe un procedimiento o acción judicial que confiere a la Letra un valor especial, al cual ya nos hemos referido en epígrafes anteriores, que se denomina acción o juicio cambiario, y que está regulada en los artículos 49 a 68 LC, y en la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: artículos 819 a 827). La acción cambiaria, es un procedimiento judicial especial por ser sumario y privilegiado en su tramitación, que se caracteriza en líneas generales por iniciarse mediante la presentación por el Tenedor de una Letra de cambio, Cheque o Pagaré ante el Juez que corresponda al domicilio del deudor del título a quien se reclame. En este procedimiento judicial, una vez que el Juez comprueba la corrección formal de la Letra, adopta de inmediato y sin más trámites una resolución en la que ordena requerir al deudor cambiario para que pague en el plazo de 10 días y, simultáneamente y sin esperar a que el demandado

conteste a la demanda, acuerda el embargo preventivo de los bienes y derechos del deudor cambiario por la cantidad que figure en el título ejecutivo, más otra para intereses de demora, gastos y costas, por si no se atendiera el requerimiento de pago.

El ejercicio de esta acción cambiaria puede ser directa contra el aceptante o sus avalistas, o de regreso contra cualquier otro obligado (artículo 49 LC).

En el caso de la acción cambiaria directa por el Tenedor de la Letra contra el aceptante y sus posibles avalistas, debe tenerse en cuenta que no es necesario levantar el protesto.

Sin embargo en el caso en que el Tenedor de la Letra se dirija contra los endosantes, el Librador o los demás deudores cambiarios, en el ejercicio de la acción de regreso, debe tenerse en cuenta que tiene que haber cumplido determinadas obligaciones, de tal manera que, según el artículo 63 LC, el Tenedor perderá sus acciones cambiarias en los casos siguientes:

a) Cuando no hubiere presentado dentro del plazo la letra girada a la vista o a un plazo desde la vista.

b) Cuando, siendo necesario, no se hubiere levantado el protesto o hecho la declaración equivalente por falta de aceptación o de pago.

c) Cuando no hubiere presentado la letra al pago dentro del plazo, en caso de haberse estipulado la devolución *sin gastos*.

Si la letra no hubiere sido presentada a la aceptación en el plazo señalado por el Librador, el Tenedor perderá también las acciones de regreso que le correspondiesen, tanto por falta de pago como por falta de aceptación, a no ser que de los términos de la misma resulte que el Librador sólo excluyó su garantía por falta de aceptación.

– *Oposición a la demanda cambiaria.* Debe también señalarse que, sin perjuicio de que el procedimiento cambiario es un procedimiento de ejecución contra el patrimonio del deudor de la Letra, que permite, como hemos señalado, el embargo inmediato de sus bienes, este puede oponerse al mismo, según dispone el artículo 67 LC y 824 de la citada Ley de Enjuiciamiento Civil. En cuanto a las causas de oposición, el deudor cambiario, una vez demandado, podrá oponer al Tenedor de la Letra las excepciones basadas en sus relaciones personales con él. También podrá oponer aquellas excepciones personales que tenga frente a los Tenedores anteriores si al adquirir la Letra el Tenedor procedió a sabiendas en perjuicio del deudor. Además, el demandado cambiario podrá oponer las excepciones siguientes:

1. La inexistencia o falta de validez de su propia declaración cambiaria, incluida la falsedad de la firma.

2. La falta de legitimación del Tenedor o de las formalidades necesarias de la Letra, conforme a lo dispuesto en la Ley.

3. La extinción del crédito cambiario cuyo cumplimiento se exige al demandado.

Al margen de las excepciones indicadas no serán admisibles al deudor cambiario demandado ninguna otra excepción frente a la demanda iniciada contra él.

– *Prescripción de la acción cambiaria.* En cuanto al plazo que tiene el Tenedor de la Letra para reclamarla, mediante el ejercicio de una acción cambiaria, debe tenerse en cuenta que hay plazos legales para el ejercicio de las acciones procesales ante los Tribunales, de tal manera que si transcurren esos plazos sin que se haya demandado se pierde la posibilidad de hacerlo. El plazo general de prescripción de las acciones para reclamar por deudas personales que nacen de los contratos es de 15 años (artículo 1964 Código Civil), a salvo que haya una disposición concreta que establezca otro plazo, como así ocurre en distintos supuestos. Como regla general el cómputo del plazo para reclamar se inicia desde que la acción pudo ejercitarse, pudiendo interrumpirse por demanda ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor o por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor (artículo 1973 Código Civil). Dicho lo anterior y para el ejercicio de la acción cambiaria deben tenerse en cuenta los siguientes plazos de prescripción (artículo 88 LC):

– Las acciones cambiarias contra el Aceptante prescriben a los tres años, contados desde la fecha del vencimiento.

– Las acciones del Tenedor contra los Endosantes y contra el Librador prescribirán al año, contado desde la fecha del protesto o declaración equivalente, realizados en tiempo hábil, o de la fecha del vencimiento en las letras con cláusulas *sin gastos*.

– Las acciones de unos Endosantes contra los otros y contra el Librador prescribirán a los seis meses a partir de la fecha en que el Endosante hubiere pagado la letra, o de la fecha en que se le hubiere dado traslado de la demanda interpuesta contra él.

En consecuencia y de no ejercitarse la acción en esos plazos se perderá la posibilidad de reclamar mediante la acción cambiaria.

Finalmente, la posible interrupción de la prescripción en el caso de las acciones cambiarias, sólo surtirá efecto contra aquél respecto del cual se haya efectuado el acto que la interrumpa (artículo 89 LC).

3. EL CHEQUE

3.1. CONCEPTO Y FUNCIÓN ECONÓMICA DEL CHEQUE

El Cheque es un Título valor que emite una persona llamada Librador, quien ordena la realización de un pago determinado en dinero a cargo de otra persona, llamada Librado, que es una Entidad de crédito, y a favor de la persona que sea tenedora legítima del Cheque.

La regulación legal del Cheque en España se contiene en la misma Ley 19/1985 de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (artículo 106 a 167 LC); estando basada esa regulación según el esquema y contenido de la Letra de Cambio, si bien con determinadas especialidades que atienden a que es un Título valor que tiene una función distinta de aquella. En efecto, la función económica del cheque es más limitada que la de la Letra de cambio y el Pagaré, lo que se deriva de ser un instrumento para pagos en efectivo, por lo que no es apto para cumplir la función de realizar pagos aplazados u obtención de crédito. Sin embargo la extensión de su uso sigue siendo amplia, aunque también se ha visto afectada por el uso extensivo de las transferencias bancarias como medio de pago en las transacciones mercantiles y de las tarjetas de crédito en operaciones de consumo.

3.2. REQUISITOS FORMALES DE VALIDEZ Y SUJETOS DEL CHEQUE

El Cheque es un documento formal que debe contener una serie de menciones esenciales y obligatorias para que pueda ser válido como tal y cuya falta puede suponer la nulidad del título mismo. Así se indica expresamente en la Ley cambiaria (artículo 106 LC), cuando enumera tales requisitos, que son:

1º La denominación de Cheque inserta en el texto mismo del título expresado en el idioma empleado para la redacción de dicho título.

2º El mandato puro y simple de pagar una suma determinada en euros o moneda determinada con cotización oficial en euros.

3º El nombre del que debe pagar, denominado Librado, que necesariamente ha de ser una Entidad de crédito.

4º El lugar de pago.

5º La fecha y el lugar de la emisión del Cheque.

6º La firma del que expide el Cheque, denominado Librador.

Si bien lo anterior, la propia Ley determina (artículo 107 LC), algunas excepciones a la regla general de exigencia formal y obligada de los mencionados requisitos, de tal manera que, después de señalar que el documento que carezca de alguno de esos requisitos no se considerara Cheque, exceptúa de esta declaración los siguientes supuestos:

a) A falta de indicación especial, el lugar designado junto al nombre del Librado se reputará lugar de pago. Cuando estén designados varios lugares, el Cheque será pagadero en el primer lugar mencionado.

b) A falta de estas indicaciones o de cualquier otra, el Cheque deberá pagarse en el lugar en el que ha sido emitido, y si en él no tiene el Librado ningún establecimiento, en el lugar donde este tenga su establecimiento principal.

c) El Cheque sin indicación del lugar de su emisión se considerará suscrito en el que aparezca al lado del nombre del Librador.

En cuanto a los sujetos que interviene en el Cheque, son los siguientes:

Librador. Es la persona que lo firma, emite, y da la orden al Librado (Entidad de crédito, generalmente un Banco), para que lo pague. Debe tener hecha provisión de fondos en la cuenta bancaria abierta en el Librado, para poder atender el Cheque.

Librado. Es el Banco, quien recibe del Librador la orden de pago, y responde del pago del Cheque siempre que tenga provisión de fondos para ello realizada por el Librador; respondiendo también el Librado, como regla general, del pago de un Cheque falso, a no ser que haya culpa del Librador (artículo 156 LC).

Tenedor. Es el acreedor del Cheque.

Asimismo en el Cheque, al igual que en la Letra, puede haber un Endosante y un Endosatario, en tanto que es posible, aunque no frecuente por la propia naturaleza del Cheque, que este se endose. Finalmente el cheque puede garantizarse mediante aval, en cuyo caso podemos encontrar un Avalista y un Avalado.

Debe señalarse que en el plano formal hay un formato normalizado del Cheque de cuenta corriente (Anexo B de este Tema 8), que fue implantado por las Entidades de crédito, a través de sus respectivas asociaciones: Asociación Española de Banca (AEB), Confederación Española de Cajas de Ahorros (CECA) y Unión Nacional de Cooperativas de Crédito (UNACC). Mediante este formato normalizado, se facilita el tratamiento informático

de los cheques, por lo que a él se ajustan todos los cheques contenidos en los talonarios que emiten las Entidades de crédito para entrega a sus clientes.

3.3. CLASES DE CHEQUES

Podemos hacer una clasificación de los cheques atendiendo al sujeto a favor de quien se emiten, pudiendo así distinguirse entre cheques al portador y nominativos; en los primeros se indica en el lugar correspondiente del anverso del Cheque que se paga: «al portador», y en los segundos aparece identificado el nombre de la persona tomadora del Cheque. A ambos nos referimos al hablar del endoso del Cheque, en tanto esta clasificación tiene que ver, en particular, con la forma de transmisión del mismo.

Además de la clasificación anterior, podemos distinguir distintos tipos de cheques atendiendo a determinadas circunstancias que se reflejan en ellos, entre los que pueden destacarse los que a continuación se indican.

– *Cheque cruzado*. Un Cheque está cruzado cuando en su anverso presenta dos líneas paralelas que cruzan el Cheque en sentido transversal. El motivo más habitual de cruzar un Cheque es para exigir que este se cobre a través de una Entidad de Crédito, ya que el Banco Librado no puede pagar el mismo más que a un Banco o a un cliente de aquel. De esta forma se consigue identificar plenamente a la persona que cobra el Cheque, ya que la legitimación para cobrarlo se limita a los Bancos o al cliente del Banco Librado (artículos 143 y 144 LC).

Existen dos tipos de cheques cruzados:

a) General. Es el que presenta en el anverso dos barras sin especificar ninguna Entidad de Crédito, o sencillamente con la expresión: «Banco», «Compañía», o similar.

b) Especial. Es el que entre las barras aparece el nombre de una Entidad de Crédito determinada, en cuyo caso el Banco Librado solo podrá pagar el Cheque al Banco específicamente designado o, si este es el mismo Librado, a un cliente suyo.

– *Cheque para abonar en cuenta*. En este Cheque se pone en el anverso y mediante una leyenda transversal la siguiente mención: «para abonar en cuenta». De este modo sea quien sea el Tenedor del Cheque y su relación con la Entidad librada deberá cobrarlo mediante apunte en una cuenta bancaria (artículo 145 LC).

– *Cheque conformado*. Un cheque conformado es aquel en el que en el momento de su emisión la Entidad de crédito librada certifica que existen

fondos suficientes en la cuenta del Librador para atenderlo. La Entidad de crédito, en el momento de conformar el cheque establecerá un cargo en la cuenta del Librador, de igual importe al valor del cheque, retención que se aplicará al pago del mismo. Hay que tener presente que, salvo que se especifique lo contrario, el plazo de conformidad prescribe en el momento en que termine el plazo de presentación al cobro. En el anverso del Cheque se incluirá un sello con la mención «conformado» mientras que en el reverso la entidad que presta la conformidad estampará un sello con indicación de las características de la conformidad.

– *Cheque bancario*. Este cheque está emitido por la propia Entidad de crédito que asume el papel de Librador y Librado del Cheque, respondiendo de su pago. Habitualmente estos cheques se emiten para su entrega una persona determinada y se utilizan como instrumento de garantía de un pago.

– Finalmente, debemos también señalar que se habla de *Cheque posdatado*, en los casos en que se entrega un Cheque por el Librador poniendo una fecha posterior a la de su emisión real. Este tipo de cheques no está admitido en la Ley Cambiaria, donde se dice que el Cheque es un documento pagadero a la vista, y que cualquier mención contraria se reputa no escrita (artículo 134 LC); por tanto, en el mismo momento que el Cheque se libra y entrega se puede exigir su pago aunque la fecha que aparezca en él sea posterior, sin perjuicio de que el Librador y el Tomador del cheque admitan extracambiariamente que no se presente al pago hasta la fecha que se indique en el mismo.

3.4. EL ENDOSO Y EL AVAL DEL CHEQUE

– *El endoso del Cheque*. Aunque es posible el endoso del Cheque, no es frecuente, en tanto que es un título que tiene un vencimiento inmediato tras su emisión y entrega. En el caso de los cheques al portador se transmiten mediante la simple entrega, sin que sea necesario hacer el endoso. Si el Cheque es nominativo y se incluye en él la cláusula «no al orden» no puede ser transmitido. De otra forma, el cheque nominativo puede ser endosado.

El endoso debe ir en el reverso del Cheque y será firmado por el Endosante, procediendo la entrega del Cheque al Endosatario, quien pasará a ser su nuevo Tenedor.

El endoso tiene que ser total puro y simple y toda condición que se ponga en él se tendrá por no puesta (artículo 121 LC), siendo posible el endoso en blanco al igual que en la Letra (*vid.* 2.4).

Por el endoso se transmiten todos los derechos resultantes del Cheque y el Endosante, salvo clausula en contrario, garantiza el pago del mismo frente a los tenedores posteriores del Cheque, pudiendo también prohibir endosos posteriores (artículos 123 y 124 LC).

Cuando siendo nominativo el Cheque no sea posible endosarlo por contener la cláusula «no a la orden», será en todo caso posible la cesión ordinaria del mismo.

– *El aval del Cheque.* El Cheque puede ser avalado, bien por todo o parte de su importe. El aval lo puede prestar una tercera persona, no siendo posible que lo preste el Librado (artículo 131 LC).

El aval se formaliza en el reverso del Cheque mediante la firma del avalista, poniendo generalmente la indicación «por aval» o formula equivalente, y la persona del avalado, y si no se indicase nada se entenderá que el aval es a favor del Librador (artículo 132 LC).

3.5. LA PRESENTACIÓN Y EL PAGO DEL CHEQUE. CONSECUENCIAS DE SU IMPAGO Y RECLAMACIÓN JUDICIAL

La Ley cambiaria determina que el Cheque es un título pagadero a la vista (artículo 134 LC), lo que significa que, como ya adelantamos al hablar de las clases de cheques, y a diferencia de la Letra y el Pagaré, tan pronto se presenta al cobro debe pagarse o, dicho de otra forma, equivale a que nace ya vencido, por lo que tiene una vida corta, de ahí que sea un Título valor que sirve para realizar pagos al contado.

El Cheque emitido y pagadero en España deberá ser presentado a su pago en un plazo de quince días. Por su parte el cheque emitido en el extranjero y pagadero en España deberá presentarse en un plazo de veinte días si fue emitido en Europa y sesenta días si lo fue fuera de Europa. Estos plazos se computan a partir del día que consta en el Cheque como fecha de emisión, no excluyéndose los días inhábiles, pero si el día del vencimiento lo fuere, se entenderá que el Cheque vence el primer día hábil siguiente (artículo 135 LC).

El lugar de presentación al pago es el del Banco Librado que aparece consignado en el Cheque y con cargo a la cuenta bancaria del Librador que se indica en el mismo. En el momento de efectuarse el pago el Banco Librado adeudará en la cuenta del Librador el importe del Cheque.

El Cheque puede ser pagado por el Librado incluso si se presenta al pago después de esos plazos, siempre que no se haya dado una orden de

revocación de pago del Cheque por el Librador al Librado, en cuyo caso esa orden no produce efectos hasta después de que expire el plazo de presentación al pago. Independientemente de lo anterior, en caso de pérdida o privación ilegal del Cheque, el Librador podrá oponerse a su pago (artículo 138 LC).

La presentación al pago debe hacerse por el Tenedor o portador legitimado mediante la entrega del Cheque. Cuando se trate de cheques que se ingresan en una cuenta bancaria para su pago por el Librado, su presentación a una cámara o sistema de compensación equivaldrá a su presentación al pago (artículo 137 LC).

En cuanto a las consecuencias del impago, debe señalarse que el régimen de responsabilidad es igual que en la Letra, de tal manera que los que hubieren librado, endosado o avalado un cheque, responden solidariamente frente al Tenedor (artículo 148 LC).

Supuesto de impago del Cheque, es posible el ejercicio por el Tenedor de las acciones declarativa y cambiaria que vimos para la Letra de cambio, siendo de aplicación las normas sobre el ejercicio de las acciones derivadas de esta última (artículo 153 LC). En consecuencia, la acción cambiaria podrá ser iniciada por el Tenedor, tanto en vía directa contra el Librador del Cheque o sus avalistas, como en vía de regreso contra los endosantes. Al igual que en la Letra, la vía cambiaria de regreso exige el protesto o declaración equivalente que deberán hacerse antes de la expiración del plazo de presentación del Cheque, pero si la presentación se efectúa en los últimos ocho días del plazo, el protesto o declaración equivalente puede hacerse en los ocho días hábiles siguientes a la presentación (artículo 147 LC).

El Tenedor del Cheque impagado puede reclamar de aquél contra quien se ejercita su acción los siguientes conceptos (artículo 149 LC):

1. El importe del Cheque no pagado.
2. Los réditos de dicha cantidad, devengados desde el día de la presentación del Cheque y calculados al tipo de interés legal del dinero aumentado en dos puntos.
3. Los gastos, incluidos los del protesto y las comunicaciones.
4. El 10% del importe no cubierto del Cheque y la indemnización de los daños y perjuicios cuando se ejercite la acción contra el Librador que hubiera emitido el Cheque sin tener provisión de fondos en poder del Librado.

Por su parte el que hubiese reembolsado el Cheque podrá reclamar de las personas que sean responsables frente a él (artículo 150 LC):

1. La cantidad íntegra que haya pagado.
2. Los réditos de dicha cantidad, devengados desde la fecha de reembolso, al tipo de interés legal del dinero aumentado en dos puntos.
3. Los gastos que haya realizado.

Finalmente debe señalarse que el plazo para ejercitar las acciones cambiarias en el Cheque es inferior al de la Letra, pues si en esta es de tres años para reclamar al aceptante, en el Cheque el plazo es de seis meses, tanto para que el Tenedor reclame contra los endosantes, el Librador y los demás obligados, en cuyo caso se cuenta el plazo desde la expiración del plazo de presentación, como para reclamar por el que haya hecho el reembolso frente a los diversos obligados al pago, contándose en este último caso el inicio del plazo desde el día en que el obligado ha reembolsado el Cheque o desde el día en que se ha ejercitado una acción contra él, (artículo 157 LC).

4. EL PAGARÉ

4.1. CONCEPTO Y FUNCIÓN ECONÓMICA DEL PAGARÉ

El pagaré es un título valor que emite una persona, llamada firmante, por el que se compromete a la realización de un pago determinado en dinero, a favor de la persona que sea tenedora legítima del Pagaré, en la fecha de vencimiento indicado en el mismo.

La regulación legal del Pagaré en España se contiene, al igual que para la Letra de cambio y el Cheque, en la Ley 19/1985 de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (artículos 94 a 97 LC).

Las funciones económicas que vimos al examinar la Letra de cambio (*vid.* 2.1), se cumplen sustancialmente también en el Pagaré. Así, el Pagaré es ante todo un instrumento de pago aplazado, pero también puede ser un instrumento de obtención de crédito, al estar previsto para realizar pagos aplazados, pudiendo igualmente ser descontado, e incluso servir como instrumento de garantía. En esta referencia a la función económica del Pagaré no está de más señalar que determinado tipo de pagarés, conocidos como también como Pagarés de Empresa, a los que luego nos referiremos, son productos financieros cuya función exclusiva es la obtención de recursos para las empresas.

4.2. REQUISITOS DE VALIDEZ Y SUJETOS DEL PAGARÉ

El Pagaré es, al igual que la Letra y el Cheque, un documento formal que debe contener las siguientes menciones obligatorias para que pueda ser válido (artículo 94 LC):

1º La denominación de Pagaré inserta en el texto mismo del título y expresada en el idioma empleado para la redacción de dicho título.

2º La promesa pura y simple de pagar una cantidad determinada en euros o moneda con cotización oficial en euros.

3º La indicación del vencimiento.

4º El lugar en que el pago haya de efectuarse.

5º El nombre de la persona a quien haya de hacerse el pago o a cuya orden se haya de efectuar.

6º La fecha y el lugar en que se firme el Pagaré.

7º La firma del que emite el título, denominado Firmante.

Al igual que ocurre con la Letra y el Cheque, la propia Ley determina (artículo 95 LC), algunas excepciones a la regla general de exigencia formal y obligada de los mencionados requisitos, de tal manera que el Pagaré que no tenga fecha de vencimiento se considerará pagadero a la vista, el que carezca de lugar de pago se pagará en el lugar de emisión y, a falta de lugar de emisión, se considerará firmado en el que figure junto al nombre del Firmante.

En cuanto a los sujetos del Pagaré, podemos decir que hay un Firmante, quien asume la función propia de emitirlo y se compromete a pagarlo, siendo la Entidad de crédito simplemente el domiciliatario del pago. En cuanto al Tomador, es, como en la Letra, el acreedor del Pagaré pudiendo endosarlo, en cuyo caso surge la figura del Endosante y el Endosatario, salvo que se incluya la cláusula no a la orden. Igualmente es posible que el pago del Pagaré se garantice mediante aval, respondiendo el Avalista como en la Letra.

4.3. CLASES DE PAGARÉS

A los efectos de nuestro estudio y desde un punto de vista mercantil podemos distinguir tres tipos de pagarés:

1º Pagaré de cuenta corriente. Es el instrumento más utilizado como Pagaré cambiario. Como se deduce del modelo normalizado de este que

aparece como Anexo C de este Tema 8, su formato es muy similar al del Cheque y, de hecho, se gestiona, como regla general, en los mismos circuitos interbancarios que éstos.

2º Alternativamente al Pagaré de cuenta corriente y utilizado con la misma función que este, las empresas pueden emitir pagarés que cumpliendo los requisitos de la Ley cambiaria tengan similar naturaleza, pero no se ajusten al modelo normalizado de los Bancos. Estos pagarés, denominados en ocasiones, de manera impropia, pagarés de giro, pueden ser admitidos por los Bancos como efectos mercantiles pero no pueden cumplir la función de gestionarse automáticamente en los circuitos interbancarios como los pagares de cuenta corriente, al no adaptarse al modelo normalizado de estos.

3º Pagaré de Empresa. Son emitidos por las empresas para obtener financiación y colocados entre los inversores, por intermediarios financieros. La rentabilidad que ofrecen las empresas a cambio de su adquisición suele consistir en la diferencia entre el precio de reembolso: nominal del Pagaré, y el de su adquisición: efectivo del Pagaré.

4.4. RÉGIMEN JURÍDICO DE FUNCIONAMIENTO DEL PAGARÉ

Debe tenerse en todo caso presente que por la propia naturaleza del Pagaré, que es una simple promesa de pago (frente a la Letra que es una orden de pago), el Firmante del Pagaré es quien se compromete a pagarlo de manera directa, por lo que queda obligado de igual manera que el aceptante de una Letra (artículo 97 LC).

El funcionamiento del Pagaré es muy similar al de la Letra de cambio, de tal manera que la propia Ley cambiaria remite expresamente en su esquema de funcionamiento al de la Letra en las materias de mayor interés que son objeto de este Tema, tales como, el vencimiento, el pago, el endoso, el aval, o las acciones judiciales en el supuesto de impago (artículo 96 LC). Sin embargo no es de aplicación al Pagaré la regulación de la Letra en aquello que funcionalmente y atendiendo a la naturaleza de aquel no sea posible, como por ejemplo lo concerniente a la aceptación o a la figura del Librado.

CASO PRÁCTICO

1º Instrumentar sobre una fotocopia del modelo oficial de Letra de cambio, el pago de la compraventa mercantil que realiza el empresario

«A» (vendedor) al empresario «B» (comprador), siendo el precio de la compraventa de 50.000 euros. El vencimiento de la Letra es a 60 días desde la fecha de libramiento. La Letra se domicilia en el Banco «Y» en la que el Librado tiene cuenta, y tanto el Librador como el Librado que la acepta tienen su domicilio en Madrid. El Librador dispensa en la Letra al Tenedor de la misma de levantar el protesto. La Letra es avalada por «Z» Sociedad Limitada, a través de un apoderado.

2º Como consecuencia del servicio de consultoría prestado por «C» al empresario «D», y para pago del precio de ese servicio, este último libra y entrega a «C» un Cheque nominativo a favor de este por importe de 20.000 euros. El Cheque es ingresado por «C» en su cuenta abierta en el Banco «Y». El Cheque resulta devuelto por falta de fondos en la cuenta bancaria de «D», lo que genera los correspondientes gastos de protesto y devolución que son cargados por el Banco en la cuenta de «C». Indicar, conforme a la Ley cambiaria, que conceptos y cantidades puede reclamar «C» y a quien, como consecuencia de la devolución del Cheque.

3º El empresario «E» tiene una cuenta bancaria en el Banco «Y», y además suscrito con este Banco un contrato o línea de descuento, que le permite descontar Pagarés hasta un límite determinado en ese contrato. Como consecuencia de la venta de unas mercancías por «E» al empresario «F», y para el pago de las mismas, este último firma y entrega a «E» un Pagaré de 10.000 euros con un vencimiento a 60 días. El empresario «E» descuenta dicho Pagaré en el Banco «Y». Llegada la fecha de vencimiento del Pagaré este es devuelto como impagado con la correspondiente declaración cambiaria en la que consta la devolución. Indicar, conforme a la Ley cambiaria, qué responsabilidades y consecuencias tiene esa devolución para el empresario «E» frente al Banco «Y», y que acciones legales podría, por su parte, iniciar «E» y frente a quien, como consecuencia de la devolución.

ANEXO

A. LETRA DE CAMBIO

Lugar de libramiento

Moneda

Importe

Por esta **LETRA DE CAMBIO**
pagará usted al vencimiento
expresado a
la cantidad de (importe en letra)

Fecha de libramiento
Día Mes Año

VENCIMIENTO



Persona o entidad:
Dirección u oficina:
Población:

en el domicilio de pago siguiente:
CÓDIGO CUENTA CLIENTE (CCC)
Entidad Oficina DC Num. de cuenta

ACEPTO
Fecha (Firma)

Cláusulas:
LIBRADO
Nombre:
Domicilio:
Población:
C.P.: Provincia:

LIBRADOR:
(Firma, nombre y domicilio)

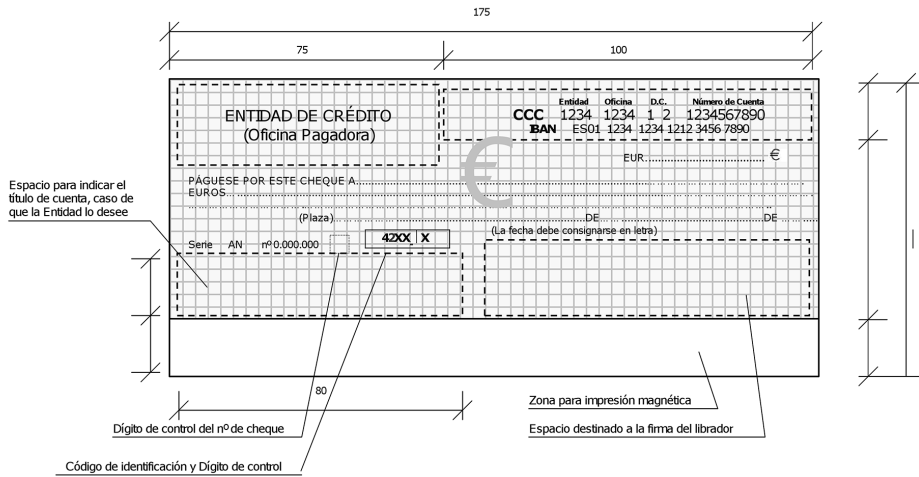
No utilizar este espacio por estar reservado para impresión magnética

NO UTILICE EL ESPACIO SUPERIOR, POR ESTAR RESERVADO PARA INSCRIPCIÓN

Por aval de Páguese a.....
..... con domicilio en.....
A..... de..... de.....
Nombre y domicilio del avalista....., a..... de..... de.....
..... Nombre y domicilio del endosante.....
.....

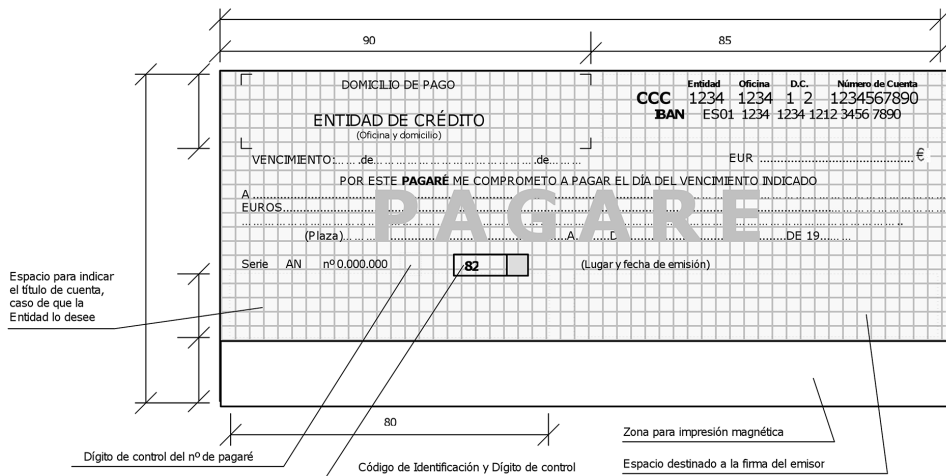
B. CHEQUE

ANEXO 1 Modelo de Cheque de Cuenta Corriente Normalizado



C. PAGARÉ

ANEXO 1 Modelo de Pagaré de Cuenta Corriente Normalizado



BIBLIOGRAFÍA

AÑOVEROS TRIAS, Xavier, *El aval cambiario*, Edit. Civitas, 1990.

DE EIZAGUIRRE, José María, *Derecho de los Títulos Valores*, Edit. Thomson-Civitas. 2003.

GADEA, Enrique, *Los Títulos valor. Letra de cambio, cheque y pagaré*, Edit. Dykinson, 2008.

LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, SÁNCHEZ LERMA, y VALPUESTA, *Práctica cambiaria. Jurisprudencia sistematizada*. Edit. Bosch. 2000.

MINISTERIO DE JUSTICIA, SECRETARIA GENERAL TÉCNICA. *Monográfico sobre la Ley cambiaria y del cheque, de 16 de julio de 1985*, Tomo XIII, enero a junio de 1986.

PAZ ARES, Cándido, *La Letra de favor*, Edit. Civitas, 1987.

VICENT CHULIÁ, Francisco, *Compendio crítico de derecho mercantil*, Tomo II, Títulos Valores, Contratos, Edit. Bosch, 1990.



TEMA 12

EL DERECHO INDUSTRIAL Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Carlos Paredes Galego
Javier Tortuero Ortiz

SUMARIO: 1. EL DERECHO INDUSTRIAL. 2. LA PROPIEDAD INDUSTRIAL: SU RELEVANCIA PARA LA EMPRESA Y SU PROTECCIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL. 3. LAS PATENTES. 3.1. *Concepto de patente y requisitos de patentabilidad.* 3.2. *Clases de patentes.* 3.3. *El inventor.* 3.4. *Procedimiento de concesión.* 3.4.1. *Procedimiento de concesión de patentes en España.* 3.4.2. *Procedimiento de concesión ante la Oficina Europea de Patentes.* 3.5. *Duración y contenido del derecho de patente.* 3.6. *Mantenimiento y defensa del derecho de patente.* 3.6.1. *Mantenimiento.* 3.6.2. *Defensa.* 3.7. *La patente como objeto del tráfico jurídico: Cesiones y licencias.* 3.8. *Extinción de la patente.* 3.8.1. *Nulidad.* 3.8.2. *Caducidad de la patente.* 4. LOS MODELOS DE UTILIDAD. 5. LAS TOPOGRAFÍAS DE LOS PRODUCTOS SEMICONDUCTORES. 6. EL DISEÑO INDUSTRIAL. 6.1. *Introducción y concepto.* 6.2. *Requisitos de protección.* 6.3. *Procedimiento de registro.* 6.4. *Contenido de la protección.* 7. LOS SIGNOS DISTINTIVOS: LAS MARCAS Y LOS NOMBRES COMERCIALES. 7.1. *Las marcas.* 7.1.1. *Concepto.* 7.1.2. *Funciones.* 7.2. *Requisitos de validez.* 7.2.1. *Las prohibiciones absolutas.* 7.2.2. *Las prohibiciones relativas.* 7.3. *Procedimiento de registro de la marca.* 7.4. *Contenido del derecho de marca.* 7.4.1. *Protección.* 7.4.2. *La marca como objeto del tráfico jurídico.* 7.4.3. *Defensa de la marca.* 7.5. *Extinción de la marca.* 7.6. *Los nombres comerciales.* 8. SIGNOS AFINES: LOS NOMBRES DE DOMINIO EN INTERNET. 9. LAS DENOMINACIONES DE ORIGEN E INDICADORES GEOGRÁFICOS DE PROCEDENCIA. 10. LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL CON EFICACIA A NIVEL COMUNITARIO E INTERNACIONAL. 10.1. *La patente europea unitaria (PEU).* 10.2. *La marca comunitaria.* 11. EL DERECHO ANTITRUST O DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. 11.1. *Introducción.* 11.2. *Antecedentes, naturaleza y distinción con el derecho de la competencia desleal.* 11.3. *Conductas prohibidas por el Derecho de la competencia (control ex-post).* 11.4. *Conductas sometidas al control de las autoridades de competencia (concentraciones y ayudas de Estado) (control preventivo).* 12. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL. 12.1. *Introducción.* 12.2. *El concepto de competencia desleal y la cláusula general de prohibición.* 12.3. *La tipificación de los actos de competencia desleal.* 12.4. *Las acciones frente a actos de competencia desleal.* 13. LA PUBLICIDAD. 14. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA. 14.1. *Derecho industrial.* 14.2. *Derecho de la competencia.*

1. EL DERECHO INDUSTRIAL

El Derecho industrial es aquel que regula la protección de la propiedad industrial, que como más adelante veremos comprende el conjunto de

innovaciones y conocimientos del empresario (patentes, diseños y *know-how*) y los signos distintivos de los productos y servicios (marcas y nombres comerciales) que posee un empresario. El Derecho industrial se configura como un conjunto de normas jurídicas independientes dotadas de cohesión y armonía interna.

Existe una cierta yuxtaposición entre el Derecho industrial y el Derecho de la competencia, ya que este último trata de limitar la existencia de monopolios, privilegios o cualquier otro tipo de exclusividad, fomentando y protegiendo la libre competencia en el mercado. Sin embargo, el Derecho industrial protege al inventor o creador otorgándole una exclusividad de uso, por lo que podríamos decir que es anti-competitivo. No obstante, este aparente efecto anti-competitivo se ve compensado con creces por los efectos beneficiosos, ya que el Derecho industrial favorece la actividad inventiva y el desarrollo de la técnica (en el caso de las patentes y modelos de utilidad) y el suministro de información al consumidor, permitiéndole la comparación de productos (en el caso de marcas y otros signos distintivos).

2. LA PROPIEDAD INDUSTRIAL: SU RELEVANCIA PARA LA EMPRESA Y SU PROTECCIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

La propiedad industrial agrupa dos categorías:

- a) las *creaciones industriales* que, a su vez, comprenden las creaciones técnicas y las creaciones estéticas de los empresarios; y
- b) los *signos distintivos*, que diferencian los productos y servicios de los empresarios y permiten identificar y distinguir al empresario en el tráfico económico.

Así pues, como fácilmente puede comprenderse, la propiedad industrial reviste especial trascendencia para el empresario. Sin esta protección el empresario no realizaría inversiones para desarrollar sus productos (frenando de otro modo el progreso tecnológico) y vería seriamente comprometida su capacidad de competir en el mercado.

No debe confundirse propiedad industrial con propiedad intelectual, ya que esta última protege los derechos de los autores sobre sus creaciones artísticas, literarias, etc., y sus interpretaciones, por lo que en algunos sectores empresariales también tiene una indudable importancia.

El ordenamiento jurídico protege la propiedad industrial a través del Derecho de la propiedad industrial. Las creaciones técnicas se protegen

a través de la patente y el modelo de utilidad y las creaciones estéticas a través del diseño industrial, todo ello con la finalidad de incentivar el desarrollo de la técnica. A su vez, los signos distintivos se protegen a través de la marca (cuando distinguimos prestaciones) y a través del nombre comercial, cuando lo que se quiere proteger es el signo que identifica y distingue al empresario en el ejercicio de su actividad. En este último caso, la finalidad es proteger al empresario frente al plagio de sus productos y garantizar que el consumidor pueda diferenciar los productos de los distintos empresarios que compiten en un mismo mercado.

Los derechos que protegen la propiedad industrial presentan una serie de caracteres comunes, que pueden resumirse como sigue:

(a) Se trata de *derechos exclusivos y excluyentes*: el titular de un derecho de propiedad industrial lo es en exclusiva y la existencia de ese derecho elimina la posibilidad de que terceros adquieran un derecho de propiedad industrial sobre la misma creación. A modo de ejemplo, no caben dos patentes sobre una misma invención.

(b) Son *derechos susceptibles de registro*: la creación de estos derechos tiene lugar con su inscripción en el correspondiente registro una vez ha finalizado el procedimiento previsto para la concesión del derecho de que se trate. La inscripción en el registro no tiene eficacia constitutiva, pero reviste gran importancia a la hora de determinar el momento a partir del cual el titular del derecho goza de protección.

(c) Son *derechos territoriales*: la protección se extiende únicamente al territorio del estado que ha concedido dichos derechos.

(d) Son *derechos temporales*: el equilibrio entre la concesión de un derecho en exclusiva y el fomento de la libre competencia en el mercado se alcanza, entre otras cuestiones, dotando al derecho de exclusiva de un carácter temporal, pues de otro modo un derecho ilimitado en el tiempo perjudicaría los intereses del resto de actores en el mercado.

3. LAS PATENTES

3.1. CONCEPTO DE PATENTE Y REQUISITOS DE PATENTABILIDAD

La patente es el derecho que se reconoce al inventor y que le permite explotar, en régimen de exclusiva o monopolio, el resultado de su invención. La invención que se patenta puede consistir en un producto nuevo, en un nuevo proceso o en una nueva solución técnica a un problema. Así pues, patente e invención son conceptos que están intrínsecamente ligados.

Sin embargo, no toda invención es susceptible de ser patentada. *A priori*, se exige que las invenciones tengan un potencial interés industrial y comercial y que sean susceptibles de aplicación industrial. Por tanto, los meros descubrimientos no son patentables, a menos que tengan aplicación industrial.

Las patentes están reguladas a nivel nacional e internacional:

A nivel nacional, las patentes están reguladas en la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes (la «**Ley de Patentes**») y en el Real Decreto 2245/1986, que la desarrolla.

A nivel internacional, las patentes están reguladas por el Convenio de la Unión de París de 1883, por el Tratado de Cooperación en materia de Patentes de 1970, por el denominado Acuerdo TRIPS de 1994, contenido en el Tratado constitutivo de la Organización Mundial del Comercio y por el Convenio de Munich de 1973 y su reglamento de ejecución de ese mismo año.

La concesión de una patente está condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos, recogidos en la Ley de Patentes:

(a) *Invención*: la Ley de Patentes no da un concepto de invención, sino que enumera una serie de actividades que no son invenciones:

- i. las teorías científicas y los métodos matemáticos;
- ii. los programas de ordenadores (cuya protección se establece en el marco de la Ley de Propiedad Intelectual);
- iii. los planes, reglas y métodos para actividades comerciales; y
- iv. las formas de presentar información.

Además, según la Ley de Patentes, la invención puede consistir en un nuevo producto, en una nueva sustancia, en un proceso nuevo o en la aplicación de un proceso conocido para obtener un resultado nuevo. Sin embargo, no son patentables:

- Las actividades intelectuales (incluyendo, como ya hemos visto, los programas de ordenador), que se protegen a través de la Ley de Propiedad Intelectual. En cambio sí pueden ser patentables cuando la creación es parte integrante de una invención patentable.
- Las variedades vegetales, las razas animales y los procedimientos biológicos de obtención de vegetales o animales, aunque la tendencia actual es a interpretar muy restrictivamente estas excepciones;
- Los semiconductores, que como luego veremos, gozan de un régimen de protección específica.

(b) *Novedad*: es nueva aquella patente que no está comprendida en el estado de la técnica. El «estado de la técnica» equivale a información accesible al público en España o en el extranjero, antes de la fecha de la presentación de la solicitud de patente.

(c) *Actividad inventiva*: la patente debe ser el producto de una actividad inventiva, es decir, la invención no debe resultar del estado de la técnica de una manera evidente para un experto.

(d) *Aplicación industrial*: la patente debe ser susceptible de aplicación industrial; esto es, el objeto de la invención debe poder ser fabricado o utilizado en cualquier clase de industria, incluida la agrícola. No pueden ser patentables las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a las buenas costumbres.

3.2. CLASES DE PATENTES

A continuación, analizaremos las distintas clases de patentes.

(a) Por la naturaleza de la invención podemos distinguir entre:

– *Patentes de producto*: protegen el producto final y todos los procedimientos potencialmente aptos para llegar a obtenerlo.

– *Patentes de procedimiento*: protegen el procedimiento patentado para obtener el producto. Para tratar de mitigar el carácter limitado de este tipo de patentes, se ofrece a su titular una protección adicional, pues se presume que todo producto o sustancia de las mismas características ha sido obtenido mediante el procedimiento patentado (salvo que el productor o propietario de esos productos pueda probar que ha utilizado un proceso alternativo que, en tal caso, sería susceptible de patente).

– *Patentes de uso*: reivindican una utilización nueva de un producto conocido.

(b) Por la vinculación técnica entre invenciones patentables distinguimos entre:

– *Patentes independientes u ordinarias*: cuando no existe ninguna vinculación técnica con otras patentes.

– *Patentes dependientes*: son aquellas que no pueden explotarse sin utilizar otra invención protegida por una patente anterior perteneciente a distinto titular. Las patentes dependientes son válidas, pero su ejercicio se subordina a la obtención del consentimiento del primer titular (que en algunos casos –licencias obligatorias– puede verse obligado a prestarlo).

– *Adiciones de patente*: con frecuencia, la utilización de una invención comporta mejoras o perfeccionamientos que carecen de entidad para ser considerados patentes por sí mismos (ni tan siquiera dependientes), pero que resultan susceptibles de tutela durante el plazo que reste a la patente que mejoran. Por eso, el titular de una patente en vigor podrá proteger las invenciones que perfeccionen o desarrollen la invención objeto de aquélla, solicitando adiciones a la patente siempre que se integren con el objeto de la patente principal en una misma unidad inventiva. Su naturaleza es accesoria, por lo que su titularidad y protección debe permanecer unidas a la patente principal.

(c) Por la publicidad distinguimos entre *patentes públicas* y *patentes secretas*, que son aquellas que pueden afectar a la defensa nacional, y cuyo registro permanece sin divulgar más allá del plazo general.

(d) Finalmente, hay que referirse a las *patentes químicas* y *farmacéuticas*, cuya especialidad radica en que la comercialización del producto está sujeta a la obtención de un permiso o licencia administrativa concedida por las autoridades nacionales o comunitarias. El procedimiento de obtención de estas licencias se prolonga durante varios años tras la invención, lo que conlleva una reducción de su vida útil y de la rentabilidad de la invención. Para evitar el desincentivo que ello supone, se ha creado la figura del *Certificado Complementario de Protección*, para las patentes de medicamentos y de productos fitosanitarios. En virtud de este certificado, el titular de una patente en vigor en un Estado miembro puede solicitar, durante los 6 meses siguientes a la autorización de comercialización por la correspondiente agencia del medicamento, un certificado de protección complementaria en dicho Estado miembro. El certificado durará lo que sea necesario para otorgar a la patente una duración efectiva de hasta 15 años, contados desde la autorización de comercialización en la UE, aunque siempre con un límite máximo absoluto de 5 años.

3.3. EL INVENTOR

El derecho a patentar una invención corresponde al inventor. En caso de fallecimiento del inventor, el referido derecho se transmite a sus causahabientes. Si la solicitud de patente es presentada por persona distinta del inventor, este podrá ejercer diversas acciones legales para defender sus intereses, entre las que se encuentran la acción declarativa (antes de que se otorgue la patente), la acción reivindicativa (después de que se publique la concesión de la patente) y la acción de nulidad.

En la práctica, la mayoría de las patentes son consecuencia de labores de investigación que se desarrollan en una empresa y que son llevadas a cabo por sus empleados. En estos casos, la Ley de Patentes distingue entre:

(a) *Patentes de encargo*: cuando los empleados desarrollan una actividad de investigación en el marco de la empresa, en cuyo caso la patente corresponde al empresario y, por regla general, los empleados no reciben una remuneración complementaria.

(b) *Patentes de servicio*: son aquellas invenciones resultantes de la actividad laboral desempeñada por empleados que no desarrollan una actividad de investigación, pero cuya invención guarda una relación directa con su actividad laboral. En este caso la patente corresponde al trabajador, pero si ha obtenido la invención aprovechando su actividad laboral, el empresario tiene un derecho a adquirir la invención o a reservarse el derecho de utilización, en ambos casos previo pago de una compensación económica justa.

(c) *Patentes libres*: son las restantes invenciones que puede desarrollar un trabajador. En estos casos, la patente corresponde al trabajador.

3.4. PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN

Una primera clasificación distingue entre los procedimientos de concesión de patentes nacional y el europeo. A su vez, dentro del procedimiento de concesión de patentes en España, pueden distinguirse dos procedimientos: el general y el especial, en el que se realiza un examen previo.

3.4.1. Procedimiento de concesión de patentes en España

(a) *Procedimiento general*: el procedimiento se inicia con la solicitud del inventor ante la Oficina Española de Patentes y Marcas («**OEPM**»).

En una primera fase, la OEPM realiza un examen formal en el que además de verificar que se cumplen los requisitos formales de la solicitud, también verifica si existe una falta de novedad manifiesta, en cuyo caso puede rechazar la solicitud por falta de novedad.

Si se supera la primera fase, la OEPM insta al solicitante para que, dentro de los 15 meses siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud de patente, solicite a la OEPM la realización del «informe del estado de la técnica», mencionando los elementos que puedan ser tomados en consideración para apreciar la novedad y la actividad inventiva. El contenido del referido informe se publicará a los 18 meses de la presentación de

la solicitud para que se cualquier persona pueda formular observaciones. Transcurrido el plazo para observaciones a la solicitud, la OEPM, con independencia de las observaciones que se hayan formulado y del contenido del informe, concederá la patente solicitada. No obstante, la OEPM no resolverá sobre si la invención tiene o no actividad inventiva o presenta una novedad.

(b) *Procedimiento especial*: este procedimiento tiene como particularidad la realización por la OEPM de un examen previo para determinar la suficiencia de la descripción, la novedad y la actividad inventiva del objeto de la solicitud. Tras el referido examen, la OEPM procederá a conceder o denegar la patente solicitada, habilitándose un trámite previo para que los terceros puedan oponerse a la concesión de la patente cuando falte alguno de los requisitos necesarios para la concesión.

En cualquier caso, las patentes en España se conceden sin perjuicio de terceros y sin garantía del Estado, de modo que pueden ser objeto de una acción de nulidad aunque hayan sido registradas si carecen de alguno de los elementos esenciales.

3.4.2. Procedimiento de concesión ante la Oficina Europea de Patentes

Para proteger su invención, el inventor puede acudir también a la Oficina Europea de Patentes cuando quiera obtener la protección de su invención en varios países europeos con la ventaja de hacerlo a través de una única solicitud. Las patentes que así se concedan tendrán en cada país designado el mismo régimen jurídico que las patentes nacionales inscritas en la oficina nacional de patentes. Una vez concedidas, las patentes europeas correspondientes a los distintos Estados designados tienen autonomía entre sí, y se someten a la legislación y a las resoluciones judiciales nacionales.

El procedimiento de concesión europeo incluye no sólo el examen de los requisitos formales, sino también un informe de búsqueda europea, que equivale al informe sobre el estado de la técnica en España, y un examen de oficio de la novedad y actividad inventiva. Una vez publicada la concesión de la patente, se abre un periodo de 9 meses para que los terceros se puedan oponer y solicitar la revocación de la patente.

3.5. DURACIÓN Y CONTENIDO DEL DERECHO DE PATENTE

La patente otorga a su titular una protección limitada en el tiempo. Tiene una duración de veinte años improrrogables, contados a partir

de la fecha de la presentación de la solicitud, con independencia de la fecha en que la patente haya sido concedida y produce sus efectos desde el día de su publicación en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial (BOPI).

El derecho de patente contiene una doble vertiente de protección: por un lado, confiere a su titular un derecho de utilización exclusiva de la invención patentada (vertiente positiva) y, por otro, la facultad de impedir su uso a cualquier tercero que no cuente con su consentimiento (vertiente negativa).

Además de la limitación temporal, la patente tiene otros límites. El titular no puede impedir la realización de determinados actos de explotación de la invención patentada:

(i) los actos realizados en el ámbito privado y con fines no comerciales;

(ii) los actos realizados con fines de experimentación;

(iii) los actos relativos a un producto protegido después de que ese producto haya sido puesto en el comercio en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea por el titular de la patente o con su consentimiento (agotamiento del derecho de patente); y

(iv) los actos realizados por quien venía explotando la patente o se estaba preparando para usarla al momento de concederse la patente de buena fe (derecho de preuso).

3.6. MANTENIMIENTO Y DEFENSA DEL DERECHO DE PATENTE

3.6.1. Mantenimiento

Como contrapartida del derecho exclusivo que la patente otorga a su titular, se imponen sobre este ciertas cargas. La falta de atención a las cargas que se imponen al titular puede conllevar la pérdida (caducidad) del derecho de patente. Así, el titular se encuentra obligado a:

(i) Hacer un uso efectivo de la patente, lo que podrá hacerse por sí mismo o a través de un tercero, de forma que resulte suficiente para satisfacer la demanda del mercado nacional. La explotación deberá realizarse dentro de los primeros cuatro años contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de patente, o de los tres años siguientes contados desde la fecha de publicación de la concesión del derecho en el BOPI, con aplicación automática del plazo que expire más tarde.

(ii) Abonar las tasas anuales establecidas por la Ley de Patentes.

3.6.2. Defensa

La Ley de Patentes reconoce a su titular una serie de acciones civiles para la protección de su derecho frente a las posibles perturbaciones que pueda sufrir por parte de terceros. El titular de una patente puede ejercitar acciones contra quienes lesionen su derecho y puede solicitar de los juzgados y tribunales la adopción de las medidas necesarias para su salvaguardia. La Ley de Patentes recoge, a modo ejemplificativo, una serie de acciones que el titular del derecho de patente puede ejercitar. Así, el titular puede solicitar a los tribunales: (i) la cesación de los actos que violen su derecho; (ii) la indemnización de los daños y perjuicios sufridos; (iii) el embargo de los objetos producidos o importados con violación de su derecho incluidos los medios de producción; (iv) la adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la violación de la patente; y (v) la publicación de la sentencia condenatoria del infractor de la patente.

La indemnización económica de los daños y perjuicios sufridos por el titular del derecho de patente incluirá el valor de la pérdida que haya sufrido (*daño emergente*), y el valor de la ganancia que haya dejado de percibir a causa de la violación de su derecho (*lucro cesante*). Para la determinación de la cantidad que el perjudicado haya de recibir por la perturbación de sus derechos se podrá tener en cuenta uno de los siguientes criterios: (a) los beneficios que el titular habría obtenido previsiblemente de no existir la violación; o (b) la cantidad equivalente al precio que el infractor hubiera debido pagar al titular de la patente por la concesión de una licencia de explotación.

El titular de la patente también podrá solicitar que los objetos o medios embargados sean entregados en propiedad, en cuyo caso se imputará el valor de los bienes afectados al importe de la indemnización de daños y perjuicios.

Asimismo, el titular cuyos derechos de patente hayan sido perturbados podrá optar por ejercitar las acciones recogidas en los artículos 273 y siguientes del Código Penal.

3.7. LA PATENTE COMO OBJETO DEL TRÁFICO JURÍDICO: CESIONES Y LICENCIAS

La patente es un bien susceptible de valoración económica, que puede ser objeto de operaciones y transacciones del tráfico jurídico. El titular de la patente puede celebrar cualquier negocio jurídico con un tercero, incluyendo, entre otros, el usufructo, la hipoteca, la cesión o licencia. Como requisitos para la validez de dichos actos, la Ley de Patentes exige que sean celebrados por escrito. La inscripción del negocio jurídico celebrado en

el Registro no es necesaria para su validez, pero solo desde su inscripción surtirán efectos frente a terceros de buena fe.

De los distintos negocios anteriormente descritos, destacan por su relevancia en el tráfico mercantil, la *cesión* y la *licencia* de las patentes.

Por *cesión* nos referimos a la transmisión de la patente. Cuando el titular ceda su patente la transmitirá incluidos todos los derechos y facultades que la misma otorga. Dicha transmisión puede ser realizada a través de cualquiera de los medios reconocidos en derecho: compraventa, permuta, aportación social, fusión, escisión, etc.

Por *licencia* nos referimos a la figura jurídica por cuya virtud un tercero, sin adquirir la titularidad de la patente, es autorizado por su titular o por la Administración pública para realizar actos de explotación del objeto de la patente. En función del acto jurídico que la origina, la licencia puede ser *contractual*, de *pleno derecho* u *obligatoria*.

(a) La *licencia contractual* es aquella que nace en virtud de un contrato celebrado entre el titular de la patente (llamado licenciante) y un tercero (llamado licenciataria) por medio del cual se autoriza al tercero para realizar los actos de explotación de la patente que las parten acuerden, por el tiempo pactado y a cambio de un precio. Salvo pacto en contrario, se entenderá que el licenciataria no podrá ceder la licencia a tercero, ni conceder sublicencias. Asimismo, en caso de silencio, se entenderá que el titular de una licencia contractual tendrá derecho a realizar todos los actos que integran la explotación de la invención patentada, en todas sus aplicaciones, en todo el territorio nacional y durante toda la duración de la patente.

A su vez, la licencia contractual podrá ser *exclusiva* o *no exclusiva*. Será *exclusiva* cuando el licenciante se obligue a no conceder otras licencias a terceros con las mismas facultades cedidas al primer licenciataria, o incluso cuando se obligue a sí mismo a no hacer uso de las facultades atribuidas por la licencia (*licencia exclusiva reforzada*). Será *no exclusiva* cuando el titular sea libre para celebrar contratos de licencias con terceros pudiendo incluir en los pactos celebrados con estos aquellas facultades que hayan sido licenciadas previamente.

(b) La *licencia de pleno derecho*, poco común en el tráfico jurídico, es un subtipo de licencia contractual que tiene como particularidad que el pacto entre el titular y el tercero se instrumenta a través de un ofrecimiento previo de licencia que el titular de la patente realiza, a través de la OEPM, a cualquier tercero interesado en explotar la patente en calidad de licenciataria.

(c) La *licencia obligatoria* tiene su origen en un acto de la Administración pública, por medio del cual se autoriza a un tercero a realizar actos de explotación de la patente, en calidad de licenciatario, sin contar con el consentimiento del titular de la patente (y a pesar de que este haya manifestado su voluntad contraria a dicha autorización).

3.8. EXTINCIÓN DE LA PATENTE

3.8.1. Nulidad

La impugnación de la validez de una patente obtenida conforme a los procedimientos establecidos legalmente solo puede obtenerse ejerciendo la acción de *nulidad* ante los tribunales del orden civil. La nulidad podrá ser declarada: (a) cuando respecto del objeto de la patente no concurre alguno de los requisitos de patentabilidad; (b) cuando la patente no describa la invención de forma suficientemente clara y completa; (c) cuando la patente exceda de lo descrito en el contenido de su solicitud; o (d) cuando el titular de la patente no tuviera derecho a obtenerla por no ser el inventor.

La nulidad puede afectar a la totalidad o solo a una parte de la patente. La declaración de nulidad implica que ni la patente ni su solicitud fueron válidas, ni generaron los efectos previstos en la Ley.

3.8.2. Caducidad de la patente

Como mencionamos anteriormente, la patente otorga a su titular una serie de facultades con vigencia limitada y cuyo ejercicio está condicionado al cumplimiento de ciertas cargas. La Ley agrupa dichas limitaciones bajo la institución de la *caducidad*. La caducidad, que ha de ser declarada por la OEPM, conlleva la cesación de los derechos concedidos al titular de la patente y la incorporación de la invención al dominio público. La caducidad no tiene efectos retroactivos, pues se considera que la patente ha estado vigente hasta el momento en el que se produjeron los hechos causantes de la caducidad.

Las causas de caducidad son: (a) la expiración del plazo de concesión; (b) la renuncia del titular; (c) la falta de pago de las tasas que correspondan; y (d) la falta de explotación de la patente en los dos primeros años desde la concesión de la primera licencia obligatoria.

4. LOS MODELOS DE UTILIDAD

Los modelos de utilidad (también conocidos como «patentes menores») son invenciones que, siendo nuevas e implicando actividad inventiva,

consisten en dar a un objeto una configuración, estructura o constitución de la que resulte alguna ventaja prácticamente apreciable para su uso o fabricación. Los modelos de utilidad protegen «pequeñas innovaciones» que mejoran el uso o la fabricación de toda clase de objetos, tales como utensilios, instrumentos, herramientas, aparatos y dispositivos. No podrán ser protegidas como modelos de utilidad las invenciones de procedimiento y las variedades vegetales.

A diferencia de las patentes, no existe regulación comunitaria ni internacional de los modelos de utilidad. En España, los modelos de utilidad se encuentran regulados en el Título XIV de la Ley de Patentes. Su regulación coincide en gran medida con la prevista para las patentes, aunque con ciertas particularidades:

(a) La protección del modelo de utilidad atribuye a su titular los mismos derechos que la patente de invención. Es decir, el titular de un modelo de utilidad tiene el derecho al uso exclusivo de su invención y puede impedir que cualquier tercero que no cuente con su consentimiento utilice el objeto del modelo de utilidad. Sin embargo, los modelos de utilidad cuentan con una extensión temporal de protección legal más corta que la concedida para las patentes, pues la duración de la protección es de diez años improrrogables, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud.

(b) El estado de la técnica conforme al cual debe juzgarse la novedad y la actividad inventiva de las invenciones protegibles como modelos de utilidad está constituido únicamente por aquello que ha sido divulgado en España.

(c) En el proceso de registro de un modelo de utilidad no se examinará ni la novedad, ni la actividad inventiva, ni la suficiencia de la descripción, ni exigirá el informe sobre el estado de la técnica previsto para las patentes de invención. El control de la concurrencia de los requisitos exigidos legalmente para la concesión del derecho se desplaza a terceros interesados que, mediante el ejercicio de un derecho de oposición, podrán exigir que no se otorgue la protección solicitada para el modelo de utilidad.

5. LAS TOPOGRAFÍAS DE LOS PRODUCTOS SEMICONDUCTORES

Por topografías de productos semiconductores nos referimos a las formas o estructuras de los circuitos integrados o chips. Su regulación está contenida en la Ley 11/1988, de 3 de mayo, de Protección Jurídica de las topografías de los productos semiconductores («**Ley de productos semiconductores**»), que se centra en dos conceptos básicos y concurrentes:

(a) La *topografía* de un producto semiconductor consiste en la configuración o estructura física tridimensional del circuito integrado.

(b) El *producto semiconductor* es cualquier producto que, incluyendo una o más capas de materiales, conductores o aislantes, se encuentra destinado a desempeñar una función electrónica.

En definitiva, serán objeto de protección la forma o estructura de los chips, excluyendo los procedimientos, sistemas, técnicas e información codificada empleados por el producto semiconductor.

La topografía del producto semiconductor será objeto de protección en la medida en que sea el resultado del *esfuerzo intelectual* de su creador y no sea un producto corriente en la industria de semiconductores. Cuando la topografía de un producto semiconductor esté constituida por elementos corrientes en la industria de semiconductores, estará protegida sólo en la medida en que la combinación de tales elementos, como conjunto, cumpla los requisitos mencionados. De la misma manera que en las patentes y en los modelos de utilidad, el titular de la topografía de los productos semiconductores tiene un derecho de exclusiva que le permite autorizar y prohibir su reproducción, explotación comercial o importación con tal fin.

El plazo de duración del derecho de exclusiva es de diez años, contados desde el fin del año en el que la topografía ha sido objeto de explotación comercial por primera vez en cualquier lugar del mundo o el fin del año en el que se haya presentado la solicitud de registro, con aplicación automática de la fecha anterior.

La protección no incluye (a) la reproducción a título privado con fines no comerciales; (b) aquellas reproducciones con fines de análisis, evaluación o enseñanza; ni (c) los actos realizados en España con relación a las topografías o productos semiconductores que hayan sido comercializados en un Estado del Espacio Económico Europeo por su titular (agotamiento del derecho). Tampoco se podrá impedir a un tercero la explotación del producto cuando desconozca que se encuentra protegido por un derecho exclusivo.

6. EL DISEÑO INDUSTRIAL

6.1. INTRODUCCIÓN Y CONCEPTO

Hoy día, conviven en el mercado muchos productos con características, precios y calidades similares. Ante esta realidad, el diseño de los productos se ha convertido en un importante instrumento competitivo por

medio del cual los oferentes de los productos buscan diferenciarse de sus competidores. El proceso de diseño conlleva un grado de esfuerzo profesional y de inversión industrial que el legislador ha considerado necesario proteger. En España, su regulación se encuentra en la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial («**Ley del Diseño Industrial**»), que resulta de la trasposición de la Directiva 98/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 1998, sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos.

El diseño industrial comprende la apariencia estética y física de un producto, incluyendo las líneas, los contornos, colores, forma, textura o materiales del producto en sí o de su ornamentación. En este sentido, se entiende por producto todo artículo industrial o artesanal, incluidas sus piezas de montaje, el embalaje, la presentación, los símbolos gráficos y los caracteres tipográficos, con exclusión de los programas informáticos.

6.2. REQUISITOS DE PROTECCIÓN

Para que el diseño industrial sea considerado protegible, deberá tener *novedad* y poseer *carácter singular*.

(a) La *novedad* implica que no existan otros diseños idénticos que hayan sido hechos accesibles al público antes de la fecha de presentación de la solicitud al registro. Es posible considerar que un diseño de un producto es idéntico a otro si ambos difieren únicamente en detalles irrelevantes.

(b) Se considera que un diseño tiene *carácter singular* cuando este causa en el usuario informado una impresión general distinta de la impresión producida por cualquier otro diseño que este conozca. Para determinar si el diseño posee carácter singular se tendrá en cuenta el grado de libertad del autor para desarrollar el diseño.

6.3. PROCEDIMIENTO DE REGISTRO

La protección jurídica del diseño se otorga desde el momento de su registro. Para ello, el creador del diseño deberá presentar una solicitud a la OEPM o al órgano competente de la Comunidad Autónoma donde el solicitante tenga su domicilio.

En la primera fase, el órgano competente examina únicamente la concurrencia los requisitos formales de la solicitud. Si del examen resulta que

la solicitud presenta alguna irregularidad, se suspenderá la tramitación del expediente y se requerirá al interesado para que subsane la falta.

Una vez que se verifique la solicitud cumple con todos los requisitos formales, la solicitud se remitirá a la OEPM, que examinará de oficio que el objeto de la solicitud constituye un diseño, y si este es contrario al orden público o a las buenas costumbres. Una vez verificado que no existen irregularidades o defectos en la solicitud (o subsanados estos en plazo) la OEPM dictará resolución acordando el registro del diseño o los diseños objeto de la solicitud, expedirá el título de registro y lo publicará en el BOPI.

En los dos meses siguientes a la publicación del diseño, cualquier persona podrá formular oposición a la concesión del registro, alegando que incumple alguno de los requisitos de protección o la titularidad de un derecho anterior. La OEPM decidirá sobre la oposición al registro y podrá acordar su modificación o la cancelación del diseño.

6.4. CONTENIDO DE LA PROTECCIÓN

El registro del diseño se otorgará por cinco años contados desde la fecha de presentación de la solicitud de registro y podrá renovarse por uno o más períodos sucesivos de cinco años hasta un máximo de 25 años.

La protección conferida por el diseño registrado es la misma protección que tienen los titulares de patentes y topografías de los productos semiconductores registrados: un derecho exclusivo de utilización y el derecho a prohibir la utilización de terceros sin su consentimiento. Dicha protección se extenderá a cualquier diseño que no produzca en el usuario informado una impresión general diferente.

Los derechos conferidos por el diseño registrado no se extienden a:

- (i) los actos realizados en un ámbito privado y con fines no comerciales o con fines experimentales;
- (ii) los actos de reproducción con fines ilustrativos o docentes; ni
- (iii) los actos que supongan el agotamiento del derecho del diseño.

Los derechos concedidos al titular del diseño industrial pueden ser protegidos por medio de acciones civiles equivalentes a las que goza el titular del derecho de patente (*vid. supra* 3.4.2).

7. LOS SIGNOS DISTINTIVOS: LAS MARCAS Y LOS NOMBRES COMERCIALES

7.1. LAS MARCAS

7.1.1. Concepto

Es marca todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa. La marca es un bien inmaterial que tiene un fuerte componente psicológico que consiste en la vinculación entre un signo y un determinado producto o servicio. Esta asociación permite a los consumidores diferenciar productos o servicios de otros distintos que se comercialicen en el mercado.

Entre los signos susceptibles de ser constitutivos de marca, se reconocen: (i) las palabras o combinaciones de palabras, incluidas las que sirven para identificar a las personas; (ii) imágenes, figuras, símbolos y dibujos; (iii) letras, cifras y sus combinaciones; (iv) las formas tridimensionales entre las que se incluyen los envoltorios, los envases y la forma del producto o de su presentación; (v) los signos sonoros; y (vi) cualquier combinación de las anteriores. Es discutible si existe la posibilidad de incluir los signos olfativos o los colores abstractamente considerados.

Las marcas se encuentran reguladas en un triple plano: nacional, comunitario e internacional:

(a) En el plano nacional se encuentran reguladas por la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas («**Ley de Marcas**») y por el Reglamento para la ejecución de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas aprobado por Real Decreto 687/2002, de 12 de julio («**Reglamento de Marcas**»).

(b) En el plano comunitario, la denominada marca europea se encuentra regulada por el Reglamento CE 207/2009, del Consejo, de 26 de febrero. En este caso, la protección se otorga para todo el territorio de la Unión Europea.

(c) En el plano internacional, no existe un único convenio y tratado al que se hayan adherido un gran número de países que regule las marcas a nivel internacional de forma detallada ni que otorgue una protección con extensión mundial. En el Derecho de marcas, se sigue el principio de territorialidad, es decir, que la persona que desee la protección de una marca de un territorio determinado deberá solicitar la protección en dicho territorio. Sin embargo, existe una serie de tratados que pretenden

una armonización mínima y una coordinación en el derecho marcario internacional:

- i. El Convenio de la Unión de París de 1883 recoge el principio de prioridad unionista: la solicitud de una marca en cualquier país de la Unión permite solicitar dentro de los siguientes de seis meses su registro en los demás países miembros, reconociéndose como fecha de prioridad la primera solicitud en caso de que entrara en conflicto con solicitudes de terceros.
- ii. El Arreglo de Madrid de 1891, que pretende facilitar la inscripción de una marca en múltiples registros: el solicitante podrá presentar una única solicitud ante la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual («OMPI») señalando los países para los que se solicita la inscripción de la marca. La concesión de la marca dependerá del Derecho nacional de cada uno de los países.
- iii. El Tratado sobre el Derecho de Marcas de 1994 y el Acuerdo TRIPS (contenido en el Tratado constitutivo de la Organización Mundial del Comercio de 1994), que pretenden coordinar y acercar la regulación de las marcas de los distintos Estados.

7.1.2. Funciones

La marca cumple con ciertas funciones que se consideran positivas para el tráfico empresarial desde el punto de vista de los empresarios y de los consumidores. Las funciones que la doctrina (y más recientemente la jurisprudencia) viene otorgándole a la marca son las siguientes:

(a) La función indicadora de la procedencia empresarial: la marca pretende identificar y distinguir los productos o servicios sobre los que se aplica de otros productos o servicios iguales pero que provengan de un empresario distinto.

(b) La función indicadora de la calidad: normalmente, la relación entre una marca y un producto genera en la mente del consumidor una idea sobre la calidad del producto o servicio.

(c) La función de buena reputación: la función más importante que cumple una marca (desde el punto de vista del empresario) es que condensa la progresiva y eventual buena reputación o *goodwill* que los productos de una marca tienen entre los consumidores.

(d) La función publicitaria: una marca determinada puede promover la comercialización de los productos o servicios que la misma identifica.

7.2. REQUISITOS DE VALIDEZ

Para que una marca pueda ser susceptible de registro debe cumplir con dos requisitos fundamentales: (a) debe tener capacidad distintiva o diferenciadora (no debe incurrir en ninguna de las *prohibiciones absolutas*); y (b) no debe infringir los derechos de propiedad intelectual o industrial de terceros (no puede trasgredir ninguna de las *prohibiciones relativas*).

7.2.1. Las prohibiciones absolutas

Incurrir en prohibiciones absolutas aquellos signos que:

a) No sean susceptibles de representación gráfica. Como mencionamos anteriormente, en la práctica ha sido problemático determinar si es posible la representación de signos olfativos y los colores abstractamente considerados.

b) Carezcan de carácter distintivo. Una marca puede carecer de signo distintivo por su excesiva complejidad o simplicidad.

c) Se limiten únicamente a la descripción del producto. Esta descripción puede referirse a su especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, la procedencia geográfica, la época de obtención del producto o de la prestación del servicio.

d) Se compongan exclusivamente del contenido habitual en el lenguaje para designar los productos o servicios que pretenden identificar.

e) Se compongan por formas tridimensionales que se limiten a reproducir la forma del propio producto.

f) Sean contrarios a la Ley, al orden público o a las buenas costumbres.

g) Puedan inducir al público a error sobre la naturaleza, la calidad o la procedencia geográfica del producto o servicio.

h) Indiquen la procedencia geográfica de vinos y bebidas espirituosas (se encuentran protegidos por las denominaciones de origen y los indicadores geográficos de procedencia).

i) Reproduzcan signos o símbolos oficiales que conforme a la normativa aplicable deban ser protegidos.

La autoridad competente verificará de oficio si una solicitud de registro de marca incurre en alguna de las prohibiciones absolutas, lo que

conllevará la prohibición de su registro o su nulidad absoluta y cancelación registral en el caso de que haya sido previamente registrada.

7.2.2. Las prohibiciones relativas

Las prohibiciones relativas pueden tener su fundamento en las siguientes circunstancias:

a) La doble identidad de los productos o servicios. Así, no podrán ser registrados los signos:

i) Que sean idénticos a una marca o nombre comercial anterior que designe los mismos productos o servicios o actividades idénticas a los productos o servicios.

ii) Que su semejanza genere un riesgo de confusión o asociación con una marca o nombre comercial anterior.

b) La identidad o semejanza con una marca o nombre comercial que puedan ser calificados como notorios o renombrados en España. Se considera que una marca o nombre comercial es notoria cuando, debido a su volumen de ventas, duración, intensidad o alcance geográfico de su uso, valoración o prestigio alcanzado en el mercado o por cualquier otra causa, es conocida por el público del sector al que se encuentra destinada. Será renombrada una marca si, por los mismos motivos, es conocida por el público en general. La distinción entre marca renombrada y notoria se centra entonces en la extensión de la difusión que la misma tenga en el público.

c) Tampoco podrá registrarse una marca sobre la que exista un derecho anterior de un tercero. Para poder registrar dicha marca se podrá obtener autorización del tercero afectado. Sin la debida autorización, no podrán registrarse como marcas:

i) El nombre civil o la imagen que identifique a una persona distinta del solicitante de la marca.

ii) El nombre, apellido, seudónimo o cualquier otro signo que para la generalidad del público identifique a una persona distinta del solicitante.

iii) Los signos protegidos por un derecho de autor o por un derecho de propiedad industrial.

iv) El nombre comercial, denominación o razón social notorio de una persona jurídica, si existe un riesgo de confusión en el público.

v) La marca que pertenezca a un tercero que sea titular de una marca en otro país, por su agente o representante en España.

Las prohibiciones relativas, a diferencia de las prohibiciones absolutas, solo podrán ser invocadas por las partes interesadas que consideren que sus derechos se ven afectados por una solicitud de inscripción de marca o por una marca que haya sido registrada con trasgresión de estas prohibiciones.

7.3. PROCEDIMIENTO DE REGISTRO DE LA MARCA

La protección del derecho sobre la marca se otorga con su registro. Con carácter general, el registro de la marca es constitutivo, exceptuándose las marcas notorias o renombradas.

El procedimiento de registro de la marca consta de dos fases:

(a) En la primera fase del procedimiento de registro se presenta la solicitud de registro de marca ante el órgano competente de la Comunidad Autónoma del solicitante, que valorará si la solicitud de marca cumple con los requisitos formales establecidos legal y reglamentariamente. Una vez superado el examen de forma o subsanados sus defectos, el órgano competente remitirá la solicitud a la OEPM.

(b) En la segunda fase, la OEPM valorará de oficio si la solicitud de registro de marca incurre en alguna de las *prohibiciones absolutas* y, una vez superado este paso, procederá a su publicación en el BOPI. Desde el momento de su publicación cualquier tercero puede invocar, en el plazo de dos meses desde la publicación de la solicitud, que la solicitud incurre en alguna de las *prohibiciones relativas*. Si en el plazo establecido no se hubiera formulado ninguna oposición y del examen resulta que la marca no se opone a alguna de las prohibiciones absolutas, la marca será registrada y se publicará en el BOPI un anuncio del registro de la marca.

7.4. CONTENIDO DEL DERECHO DE MARCA

7.4.1. Protección

El registro de la marca confiere a su titular el derecho exclusivo a utilizarla en el tráfico económico (*ius utendi*). El titular de la marca podrá prohibir que los terceros, sin su consentimiento, utilicen signos idénticos o que generen un riesgo de confusión (*ius prohibendi*). La duración de la protección es de diez años contados desde la fecha de presentación de la solicitud y podrá renovarse por períodos sucesivos de diez años, sin limitación.

En particular, el titular del derecho de marca podrá prohibir todos los actos de terceros que impliquen utilización de su marca, incluyendo: poner el signo en los productos, envoltorios, embalajes, o etiquetas de los

productos o servicios; importar o exportar productos con el signo; utilizar el signo en los documentos mercantiles y la publicidad; y usar el signo en redes de comunicación telemáticas y como nombre de dominio. El titular de una marca registrada también podrá impedir que los comerciantes o distribuidores supriman dicha marca sin su expreso consentimiento.

El titular del derecho de marca no podrá impedir que los comerciantes o distribuidores añadan por separado marcas o signos distintivos propios a sus productos, siempre que ello no menoscabe la capacidad distintiva de la marca principal. Tampoco podrá prohibir a terceros el uso en el tráfico económico de su nombre y dirección, de las características del producto y de la marca, cuando sea necesaria para indicar el destino de un producto o de un servicio, siempre que ese uso se haga conforme a las prácticas leales en materia industrial o comercial. Al igual que sucede con los demás derechos objeto de protección de la propiedad industrial, el titular no se verá protegido cuando incurra en el agotamiento de su derecho de marca: es decir, que no podrá prohibir a terceros el uso de la misma cuando haya comercializado o autorizado su comercialización en el Espacio Económico Europeo.

7.4.2. La marca como objeto del tráfico jurídico

La marca es un bien inmaterial de carácter patrimonial. Como tal, es susceptible de ser objeto de negocios jurídicos y sobre la misma pueden recaer distintos derechos reales.

En particular los negocios jurídicos más relevantes sobre el derecho de marca son su *cesión* y la *licencia* de marca. La marca puede transmitirse o cederse total o parcialmente (generalmente a través de un contrato de compraventa). La cesión del derecho de marca implica naturalmente la trasmisión total de la titularidad de la marca incluidos todos los derechos que esta compone. La marca también puede ser objeto de licencias, por medio de las cuales su titular autoriza a un tercero para que pueda usar la marca a cambio de una remuneración y de manera exclusiva o no exclusiva. El contrato de licencia deberá inscribirse ante la oficina competente para que pueda producir efectos frente a terceros.

7.4.3. Defensa de la marca

La Ley de Marcas reconoce una serie de acciones judiciales «especiales» para que el titular del derecho de marca pueda oponerse a las actuaciones de terceros que impliquen una violación de su derecho de exclusiva sobre la misma. Las acciones que puede ejercitar pueden ser civiles o penales.

En ejercicio de las acciones civiles, el titular puede reclamar la cesación de los actos que violen su derecho, incluidas medidas para evitar que continúe la violación. En particular, puede solicitar que se retiren del mercado, se destruyan o se cedan con fines humanitarios, los productos que violen su derecho de marca incluidos los materiales utilizados en su producción. Junto con las acciones de cesación anteriores, el titular podrá solicitar la indemnización de los daños y perjuicios sufridos y la publicación de la sentencia mediante anuncios y notificaciones a las personas interesadas.

7.5. EXTINCIÓN DE LA MARCA

El derecho de marca del titular podrá extinguirse por su declaración de *nulidad* o por *caducidad*.

La declaración de nulidad de la marca supone que ni la marca, el registro de la misma ni la solicitud de inscripción han existido en ningún momento ni han desplegado sus efectos en el ordenamiento jurídico. La nulidad puede ser *absoluta* o relativa.

(a) Serán nulas de forma *absoluta* aquellas marcas solicitadas por personas que no se encuentren legitimadas para ser titulares de la misma, por incumplimiento de las prohibiciones absolutas y cuando la solicitud se haya hecho de mala fe. La acción de nulidad de la marca no prescribe, pero su declaración requiere que la causa de nulidad exista en el momento de la solicitud.

(b) Son nulas de forma *relativa* las marcas que contravengan alguna de las prohibiciones relativas. La acción de nulidad relativa caduca por la tolerancia del titular del derecho anterior del uso de una marca posterior durante cinco años.

La declaración de *caducidad* de una marca implica que la marca ha sido válida y eficazmente registrada y su titularidad ha sido debidamente ejercida hasta el momento de la declaración de caducidad. Una vez declarada la caducidad no procede su renovación. La caducidad de la marca puede ser causada por alguna de las siguientes razones:

(i) Por la falta de renovación en plazo. El registro de la marca podrá ser renovado previa solicitud del titular de la misma, dentro de los seis meses anteriores y como máximo hasta los seis meses posteriores a la expiración del registro.

(ii) Por la renuncia de su titular. El titular puede renunciar a toda la marca o a parte de los productos o servicios para los cuales esté registrada.

(iii) Por la falta de uso de la marca. Si la marca no hubiera sido usada de forma efectiva y real en España por un plazo de cinco años contados desde el momento de la solicitud o desde su último uso, podrá declararse la caducidad de la misma, a menos que existan causas justificativas de dicha falta de uso.

(iv) Por vulgarización de la marca. Se considera que una marca se ha vulgarizado cuando la misma se ha convertido en la designación usual de un producto o de un servicio para el que esté registrada.

(v) Por inducir a error o confusión como consecuencia del uso que haga su titular o del uso que se haga con su consentimiento.

(vi) Por la pérdida de legitimación de su titular.

Se encuentran legitimados para interponer las acciones de *nulidad absoluta* y de *caducidad* la OEPM, cualquier persona física o jurídica y las asociaciones con interés legítimo. Para el ejercicio de la acción de *nulidad relativa* únicamente se encuentran legitimados los titulares de los derechos anteriores afectados por el registro de la marca.

La sentencia firme que declare la *nulidad* o *caducidad* del registro de la marca se comunicará a la OEPM para que proceda a la cancelación de la inscripción del registro y a su publicación en el BOPI.

7.6. LOS NOMBRES COMERCIALES

Un nombre comercial es todo signo susceptible de representación gráfica que identifique a una empresa en el tráfico mercantil y que sirva para distinguirla de las demás empresas que desarrollan actividades similares. A modo ejemplificativo, pueden ser nombres comerciales las razones sociales; la denominación social de la persona jurídica; las denominaciones de fantasía o alusivas al objeto de la actividad empresarial; los anagramas y logotipos; y las imágenes, figuras y dibujos.

Los nombres comerciales se encuentran regulados en los artículos 87 a 91 de la Ley de Marcas, que se remiten en su mayoría a las disposiciones aplicables para el derecho de marca «*en la medida en que no sean incompatibles con su propia naturaleza*».

La diferencia principal con las marcas es que el nombre comercial designa la actividad principal del empresario y no es el signo distintivo del producto o servicio. Es cierto que podría hablarse de un caso de superposición normativa entre una marca de servicios empresariales y un

nombre comercial. Sin embargo, esta superposición no plantea problemas en la práctica debido a: (i) que la regulación del nombre comercial se remite casi en su totalidad a la regulación de las marcas; y (ii) al juego de las prohibiciones relativas también aplicables cuando existan derechos de terceros relativos a nombres comerciales.

Al igual que sucede con las marcas, el derecho de exclusiva sobre un nombre comercial nace con su inscripción en el registro de la OEPM y otorga a su titular el derecho exclusivo a utilizarlo en el tráfico económico en los mismos términos que los previstos para las marcas. No podrán registrarse como nombres comerciales aquellos que se vean afectados por las mismas prohibiciones absolutas y prohibiciones relativas que hemos mencionado anteriormente para las marcas (*vid. supra* 7.2).

8. SIGNOS AFINES: LOS NOMBRES DE DOMINIO EN INTERNET

Los nombres de dominio son la identificación escrita que se asigna a una dirección de un dominio de internet (*e.g.*, *nombrededominio.com* o *españa.com*). El nombre de dominio cumple con funciones similares a las de las marcas y los nombres comerciales, pues sirven para identificar al empresario, alguna de sus marcas, o productos o servicios determinados.

El Derecho de los nombres de dominio ha surgido a través de la autorregulación de los operadores y, por tanto, al margen de las fuentes tradicionales del Derecho internacional. Los nombres de dominio son asignados por una institución privada y sin ánimo de lucro llamada *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* («ICANN») que, a su vez, está gestionada por diversas entidades nacionales.

Los nombres de dominio pueden tener varios niveles: nombres de dominio de primer nivel y nombres de dominio de segundo nivel:

(a) Los nombres de dominio de primer nivel son aquellos que tienen un sufijo genérico atribuido a nivel mundial o nivel territorial. Los nombres de dominio genéricos (*generic Top Level Domains* o gTLDs) son aquellos que se asignan a nivel mundial con una terminación distinta en función de la actividad que integra la página web («.com», «.net», «.org» y «.info») y son asignados directamente por ICAAN. Los nombres de dominio territoriales (*country coded Top Level Domains* o ccTLDs) son aquellos que se asignan a un territorio o país determinado («.es», «.uk», «.eu»).

(b) Los nombres de dominio de segundo nivel son aquellos que, correspondiendo su asignación a cada Estado, se conforman anteponiendo

una denominación específica al sufijo de primer nivel genérico territorial («.gob.es», «.edu.es», «.org.es»).

En España la entidad pública empresarial *Red.es* es la autoridad de asignación, a la que corresponde la gestión del registro de nombres de dominio de Internet bajo el sufijo «.es», de conformidad con los criterios establecidos en la disposición adicional sexta de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico («LSSICE») y en el Plan Nacional de Nombres de Dominio de Internet bajo el código de país correspondiente a España («.es») aprobado por Orden ITC/1542/2005, de 19 de mayo.

En el Plan Nacional de Nombres de Dominio de Internet se establecen los mecanismos apropiados para prevenir el registro abusivo o especulativo de nombres de dominio, el aprovechamiento indebido de términos de significado genérico o topónimos y, en general, para prevenir los conflictos que se puedan derivar de la asignación de nombres de dominio.

La protección jurídica de los nombres de dominio en España se encuentra dispersa en varias normas. En primer lugar, la Ley de Marcas faculta al titular de una marca para impedir que terceros no autorizados utilicen su marca como nombre de dominio, siempre y cuando el nombre de dominio sea idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquellos para los que la marca está registrada, implique un riesgo de confusión o que, no estando registrado sea un marca notoria o renombrada. Por otra parte, cuando el tercero no autorizado obtenga un nombre de dominio que coincida con una marca pero no lo utilice, el ejercicio del derecho del *ius prohibendi* del titular de la marca parece no facultarle para prohibir tal obtención. A estos supuestos es posible aplicar la cláusula genérica que contiene el artículo 4 de la Ley de Competencia Desleal, en la medida en que se trata de actividades de obstaculización del normal desarrollo de la empresa, actos de confusión, de engaño y sobre todo, de aprovechamiento de la reputación y esfuerzo ajenos.

9. LAS DENOMINACIONES DE ORIGEN E INDICADORES GEOGRÁFICOS DE PROCEDENCIA

Las indicaciones geográficas de procedencia consisten en el nombre o denominación geográfica que informa sobre el origen territorial del producto al que se aplica (*vínculo territorial*) y sus características singulares diferenciadoras de otros productos de su misma especie (*vínculo cualitativo*). Dentro de las indicaciones geográficas podemos incluir dos subcategorías:

la *denominación de origen* (DO) y las *indicaciones geográficas* (IG). La diferencia fundamental entre una y otra se encuentra en que en la *denominación de origen* la calidad y características singulares son debidas fundamentalmente o exclusivamente al medio geográfico en el que se produce, transforma o elabora el producto. En el caso de la *indicación geográfica* las características singulares del producto del territorio determinado pueden deberse a factores distintos del medio geográfico del que provienen.

Actualmente, la regulación de las indicaciones geográficas, a nivel nacional y comunitario, se subdivide en dos grupos normativos: por un lado, las indicaciones geográficas de productos agrícolas y alimenticios (no vitivinícolas); y por otro, los indicadores geográficos de los productos vinícolas.

La protección de las indicaciones geográficas consiste primordialmente en que únicamente los usuarios habilitados podrán designar con ellos sus productos, introducirlos en el mercado y usar la indicación geográfica en su publicidad (*exclusividad*). Adicionalmente, el Consejo Regulador (autoridad administrativa encargada de la tutela del conjunto de interés que giran en torno a las indicaciones geográficas) puede impedir que la indicación geográfica pueda ser utilizada por sujetos no autorizados o para productos que no reúnan las condiciones exigidas (*ius prohibendi*).

10. LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL CON EFICACIA A NIVEL COMUNITARIO E INTERNACIONAL

10.1. LA PATENTE EUROPEA UNITARIA (PEU)

Como vimos anteriormente, en el procedimiento de concesión de patente ante la Organización Europea de Patentes (*vid. supra* 3.3.2) es posible obtener una patente española (o de los demás Estados miembros) concedida conforme a las disposiciones del Convenio sobre la Concesión de Patentes Europeas («CPE») presentando una solicitud a la Oficina Europea de Patentes. A las patentes concedidas por este procedimiento se las denominada *patentes europeas*. Los efectos que produce la concesión de estas patentes son los mismos que los que otorga la legislación nacional de cada uno de los Estados a sus patentes nacionales. Por ende, la patente europea no produce un efecto unitario sobre todos los estados miembros de la Unión Europea.

Sin embargo, después de múltiples intentos para implantar un sistema de patente única en el ámbito de la Unión Europea (patente comunitaria), 25 Estados miembros (todos, excepto España e Italia) impulsaron por vía

de cooperación reforzada el procedimiento de patente europea unitaria («PEU») con la adopción de dos Reglamentos (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2012: el *Reglamento núm. 1257/2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente*, y el *Reglamento núm. 1260/2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una patente unitaria mediante patente en lo que atañe a las disposiciones sobre traducción*.

El sistema PEU tiene como base dos pilares. En primer lugar, la existencia de una *patente europea* concedida conforme a los trámites anteriormente expuestos. Y en segundo lugar, y como novedad, el *efecto unitario* de la misma. El efecto unitario, supone que la patente europea deja de ser una suma de patentes nacionales concedidas conforme a su legislación nacional y pasa a convertirse en un patente única respecto de la totalidad de los Estados miembros de la Unión Europea participantes de la cooperación reforzada, con efectos idénticos y protección uniforme en todos ellos.

Para obtener una PEU es necesario que el titular de una patente europea concedida para los 25 Estados miembros participantes de la cooperación reforzada presente una petición de efecto unitario, en el plazo de un mes desde la publicación de la nota de concesión en el Boletín Europeo de Patentes.

10.2. LA MARCA COMUNITARIA

Para armonizar las actividades económicas de la Unión Europea y lograr una mayor cohesión del mercado interior, se creó un régimen comunitario de marcas que confiere a las empresas el derecho de adquirir, de acuerdo con un procedimiento único, *marcas comunitarias* que gozan de una protección uniforme y producen sus efectos en todo el territorio de la Unión Europea. La norma que desarrolla el régimen jurídico de la marca comunitaria es el *Reglamento (CE) No 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la marca comunitaria*.

La existencia de una marca comunitaria no sustituye a los derechos de marcas de los Estados miembros. No parece justificado obligar a las empresas a que registren sus marcas como marcas comunitarias si no desean tal extensión de su protección. Las marcas nacionales siguen siendo necesarias para las empresas que no deseen una protección de sus marcas a escala comunitaria.

Las disposiciones sobre marca comunitaria se asemejan mucho a la legislación nacional. De esta manera, el derecho sobre la marca comunitaria solo puede adquirirse por el registro, mediante presentación de la solicitud

ante la Oficina de Armonización del Mercado Interior («OAMI»), un organismo comunitario con sede en Alicante. El registro será denegado, en particular, en caso de que la marca carezca de carácter distintivo, en caso de que sea ilícita o en caso de que se opongan a ella derechos anteriores.

La protección otorgada por la marca comunitaria es absoluta en caso de identidad entre la marca y el signo y entre los productos o los servicios, y cubre el riesgo de confusión. Al igual que sucede con las marcas nacionales no se protege al titular en caso de agotamiento del derecho de marca y la misma puede ser objeto de cesión, garantías o licencias.

En España, para conocer de los litigios que se derivan de cuestiones sobre marca comunitaria son competentes, de forma exclusiva, los Juzgados de lo mercantil y la Audiencia Provincial de Alicante, en primera y segunda instancia respectivamente.

11. EL DERECHO ANTITRUST O DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

11.1. INTRODUCCIÓN

El artículo 38 CE, dentro de los derechos y libertades de los ciudadanos, *«reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado»*, precisando que *«los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación»*. Este precepto, que se desarrolla en los artículos 128 y ss. del propio texto constitucional, define el paradigma principal de nuestro sistema económico: libertad de empresa y economía de mercado. Para que este mercado resulte eficiente para sus integrantes (quienes ofrecen bienes y servicios y quienes los demandan) es necesario que se respete y preserve la libre competencia. Para ello, la CE, los tratados de la Unión Europea y sus respectivas normas de desarrollo establecen los parámetros básicos que habrán de respetarse en las relaciones de todos aquellos que intervienen en el mercado.

Con todo, la libre competencia no deja de ser un ideal al que se puede aspirar pero que no existe de forma plena en ningún mercado relevante. Se aspira a ella porque la teoría económica y la evidencia empírica nos enseñan que la competencia en el mercado permite una mejor asignación de recursos y un mayor nivel de progreso económico y de bienestar, pero eso no significa que sea la norma en todo tiempo y lugar. Así y sin acudir a supuestos foráneos, con ese principio coexisten realidades impulsadas por el Estado como la planificación –reconocida en nuestra propia Constitución

como una limitación legítima a la libre competencia— o los monopolios —históricamente importantes en nuestro país como lo atestiguan los ejemplos de la Casa de Contratación de Sevilla o los monopolios sobre la sal o sobre el petróleo—. A su vez, la planificación puede mostrar diversas caras, más o menos intrusivas y más o menos necesarias, pero en el fondo muchas regulaciones administrativas constituyen en cierto modo una suerte de planificación o intervención pública en el mercado. Piénsese por ejemplo en la normativa ordenadora de los derechos audiovisuales deportivos, en la que somete a autorización la toma de control de empresas españolas en ciertos sectores estratégicos o en la que impone la prestación de ciertos servicios públicos esenciales (por ejemplo, el transporte aéreo o marítimo en Canarias o Baleares, o la luz o el teléfono en zonas rurales).

Pero también las restricciones a la competencia pueden originarse en los propios operadores en el mercado. Así, los monopolios también pueden crearse espontáneamente a través de la concentración empresarial o del necesario empleo de tecnologías o infraestructuras propiedad de un determinado empresario. Y similares efectos anticompetitivos pueden ocasionar las prácticas concertadas entre empresarios (por ejemplo, acuerdos de precios).

11.2. ANTECEDENTES, NATURALEZA Y DISTINCIÓN CON EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL

La primera idea que debe quedar fijada es que el derecho de la competencia (antitrust) es un derecho con dos facetas, la nacional y la comunitaria. Las similitudes entre ambos son amplias y normalmente se aplica uno u otro en función de la dimensión del mercado afectado. El eje principal sobre el que pivota la normativa europea de defensa de la competencia son los artículos 101 y 102 TFUE, que establecen la prohibición de prácticas concertadas y del abuso de posición dominante, y el reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas. Todos estos conceptos se regulan a su vez en la normativa nacional, que en el caso de España viene configurada fundamentalmente por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (LDC) y por el Reglamento de defensa de la competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC).

La normativa de defensa de la competencia es esencialmente de naturaleza administrativa y sancionadora. Es una disciplina jurídica en la que el operador del mercado se relaciona con la Administración. Se trata por consiguiente de derecho público y en ocasiones de derecho público sancionador.

Por su parte, el derecho de la competencia desleal es una disciplina que regula las relaciones entre particulares, un derecho privado, que en definitiva viene a otorgar una acción de protección a todo aquel operador del mercado que se ve afectado por un comportamiento contrario a las exigencias de la buena fe desplegado por otro operador. Quien se vea afectado por esa conducta contraria a la buena fe puede acudir al juez (no a la Administración) y solicitar, por ejemplo, la cesación de la conducta y una indemnización de los daños y perjuicios causados. La normativa en materia de competencia desleal aplicable en España es la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal. A nivel comunitario encontramos las Directivas 2005/29CE, de 11 de mayo y 2006/114/CE, de 12 de diciembre, que atañen a materias relativas a consumidores y a publicidad. La distinción comentada no impide que un concreto acto de competencia desleal pueda a su vez falsear la libre competencia y por consiguiente afectar al interés público: en esos supuestos, la conducta en cuestión podrá ser revisada también por las autoridades de defensa de la competencia.

Por último, interesa hacer una breve referencia a los órganos y autoridades competentes en materia de defensa de la competencia. En el plano nacional y en el caso de España, la autoridad de referencia es la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) (*vid.* Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia). La CNMC es un organismo público que, además de otras funciones regulatorias sobre los mercados de la energía, audiovisual o de las telecomunicaciones (entre otros), tiene poderes en materia de competencia. Sus órganos de gobierno son el Consejo (con dos salas, una dedicada a temas regulatorios y otra a temas de competencia) y su Presidente. La CNMC ejerce la potestad sancionadora en materia de derecho de la competencia y dispone de capacidad normativa para desarrollar leyes, reales decretos y órdenes ministeriales.

Por su parte, en el ámbito comunitario, las competencias en esta materia se atribuyen a la Comisión, que cuenta en su seno con una Dirección General de Competencia.

11.3. CONDUCTAS PROHIBIDAS POR EL DERECHO DE LA COMPETENCIA (CONTROL *EX-POST*)

El Derecho de la competencia tiene dos grandes bloques de actuación: el relativo a las actuaciones represivas y el relativo a las actuaciones preventivas o de control. En el primer caso se actúa frente a infracciones de la normativa de competencia, mientras que en el segundo el papel de las autoridades de competencia es más preventivo, con vistas a impedir o

dificultar conductas que puedan perjudicar el grado o nivel de competencia deseado en el mercado. En este apartado nos referiremos al primer bloque, que alude a las conductas prohibidas y perseguidas por el Derecho de la competencia. Son las siguientes:

- (i) Las prácticas colusorias: se trata de los acuerdos, expresos o no, por los que los empresarios se ponen de acuerdo para no competir entre sí.

Las prácticas colusorias están reguladas en el artículo 101 TFUE, si afectan al comercio intracomunitario, y en el artículo 1 LDC si afectan al mercado español. La técnica legislativa seguida en ambos ordenamientos es muy similar:

– Se establece una prohibición genérica: está prohibido todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela que tenga por objeto, produzca o pueda producir, el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia. No es necesario que se trate de un acuerdo escrito. Basta un acuerdo verbal o incluso una conducta paralela que no tenga otra explicación razonable que la búsqueda de la práctica anticompetitiva.

– Se incluye una lista no exhaustiva de ejemplos de prácticas colusorias:

- fijación de precios u otras condiciones comerciales (p. ej. tarifas de transporte marítimo en el Estrecho; tarifas de auto-escuelas, etc.); este tipo de prácticas no tiene por qué producirse en relaciones entre competidores; también cabe en relaciones verticales entre productores y distribuidores (p. ej. recomendaciones de precios de reventa que no estén amparadas en supuestos de excepción por categorías);
- limitación o control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones (p. ej. limitación de puntos de venta para semillas de remolacha; creación de empresa conjunta para limitar la venta de aceite y evitar caídas de precios cuando existan excedentes de producción, exclusión de canales de distribución para alimentos infantiles o productos de cosmética y limitación a farmacias, etc.);
- el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento, la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros (p. ej. protocolo de colaboración

entre entidades financieras para el reparto de zonas de influencia, asociaciones de productores de mejillón de Galicia que coordinan sus actuaciones comerciales y precios, cantidades y tamaño del producto y que no son prácticas que contribuyan a mejorar la producción o comercialización);

- o subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto de esos contratos (por ejemplo, no aceptación de tarjetas de crédito emitidas por empresas distintas de la que suministra a la estación de servicio).

– Se trata de una prohibición de decidido carácter preventivo. No se precisa acreditar que la práctica colusoria ha ocasionado un daño a la competencia sino que basta con que tenga la aptitud para hacerlo.

– Se prevén excepciones, al entenderse que los perjuicios derivados de la falta de competencia se ven superados por los beneficios de la conducta colusoria. En concreto, se permiten esas prácticas cuando contribuyen a mejorar la producción o comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico bajo determinadas condiciones. Las exenciones pueden ser individuales o por categorías de conductas (por ejemplo las calificadas como de menor importancia con arreglo al RDC). Puede citarse el Reglamento (UE) n° 330/2010, que proporciona un puerto seguro a una amplia naturaleza de acuerdos verticales entre empresas. El indicado reglamento permite que la prohibición del artículo 101 TFUE no sea aplicable a los acuerdos verticales que cumplan determinados requisitos, por entenderse que sus defectos en materia de competencia se ven compensados por las ventajas que proporcionan al mercado y a los consumidores (mayor eficiencia).

– Consecuencias de la infracción de la prohibición: los operadores afectados están obligados a cesar la práctica colusoria y podrán ser sancionados (las multas pueden llegar a ser de importes muy elevados, pues pueden calcularse como un porcentaje de la cifra de negocios, de hasta el 10 por ciento del volumen de negocio total de la empresa infractora). Además, los acuerdos, contratos y convenios de los que resulte esa práctica colusoria se reputarán nulos de pleno derecho (son por consiguiente inexigibles entre las partes que los hayan suscrito). Por último, los afectados por la conducta prohibida estarán legitimados para reclamar una

compensación de los daños causados (normalmente sobre la base de responsabilidad extracontractual). Como ejemplos pueden citarse el procedimiento comunitario contra un cartel de operadores en el mercado de vidrio para automoción, en el que se multó a cuatro compañías con 1.400 millones de euros por fijación de precios, reparto de cuotas de mercado y distribución de clientes; o la multa a tres importadores de bananas (Chiquita, Dole y Weichert) por coordinar precios en 8 países miembros, manteniendo los precios elevados a costa de los consumidores (como es frecuente en este tipo de casos, Chiquita, que fue el denunciante, no fue multada, a pesar de haber cometido igualmente la infracción). En España, trasladando una práctica exitosa previa en EE.UU. y en Europa, la LCD permite que la CNMC rebaje o suprima la sanción pecuniaria en otro caso aplicable a las empresas que colaboren en la detección y comunicación de prácticas anticompetitivas, en lo que se conoce como el «programa de clemencia» (*vid.* artículos 65 y 66 LDC y Comunicación CNMC de noviembre de 2012 en www.cnmc.es).

- (ii) El abuso de posición de dominio: la ley no impide que un empresario tenga una posición dominante (aunque es una situación que se mira con especial atención, especialmente, como veremos, cuando se trata de analizar una concentración entre empresas, por los riesgos que puede plantear en materia de competencia). Lo que se prohíbe es que quien dispone de esa posición de dominio se aproveche de ella, abuse, en los términos en que se expresa la normativa (por ejemplo, el único proveedor de medicamentos en una comarca que sólo accede a vender sus medicamentos si los adquirentes compran conjuntamente productos de parafarmacia producidos por él o el único productor de un bien determinado y no sustituible que raciona la producción para mantener elevados márgenes).

El abuso de posición de dominio se regula en el artículo 102 TFUE, si la práctica afecta al mercado interior de la UE, y en el artículo 2 LDC si afecta al mercado español. Se reputa prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado (el interior de la UE o el nacional en España). No existe una definición concreta y objetiva sobre lo que significa en cada momento el abuso de una posición dominante. Por esa razón tanto la normativa española

como la comunitaria establecen una serie de ejemplos de lo que puede consistir una conducta abusiva.

Entre los ejemplos de prácticas abusivas se citan:

- La imposición de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativas. Por ejemplo, fijar precios muy altos o muy bajos (por ejemplo STSJ Extremadura de 28 de enero de 2014 (RJCA 2014, 335), que acredita el abuso en el caso de una empresa funeraria por las elevadas tarifas impuestas a sus salas de velatorio).
- La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores (por ejemplo, acuerdo de reparto geográfico de mercado entre distintas empresas colaboradoras e instaladoras de un suministrador dominante de gas natural);
- La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios (lo que no conlleva sin embargo, un derecho de todo operador a distribuir por ejemplo los productos o servicios de una empresa dominante en el mercado, que puede normalmente configurar su estructura de distribuidores autorizados con cierta libertad siempre que el producto en cuestión no tenga naturaleza de recurso esencial).
- La aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto de esos contratos.

Al propio tiempo tampoco la normativa indica qué debe entenderse por posición de dominio. Para determinarlo se puede acudir a la jurisprudencia del TJUE, que la ha definido como la «*situación de poder económico en que se encuentra una empresa que le permite impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores*» (SSTJUE de 14 de febrero de 1978 y 13 de febrero de 1979, asuntos 27/76 –United Brands– y 85/76 –Hoffmann-La Roche–). Es decir, se precisa definir el mercado de referencia o relevante y determinar la cuota de mercado del empresario en cuestión, un ejercicio esencialmente casuístico. Cuando la cuota así determinada es superior al 40% puede entenderse que hay un indicio de situación dominante. En determinados

sectores ese porcentaje puede ser inferior. Pero, aun siendo relevante, no es la cuota de mercado el único elemento a tener en cuenta. En un mercado sin barreras de entrada y en el que, aunque minoritarios, existan competidores fuertes, se exigirá normalmente una cuota muy alta para ser considerado operador dominante.

Para definir el mercado de referencia debe acudirse a distintos criterios: sustituibilidad de los productos (por ejemplo, ¿están dos bebidas de cola con y sin azúcar en un mismo mercado o son mercados separados?), de extensión geográfica del mercado (¿es el mercado del aprovisionamiento de gas un mercado nacional, regional o mundial? ¿hay competencia entre un operador gasístico danés y un operador gasístico portugués o se trata de mercados separados por los problemas asociados al transporte? ¿es el mercado relevante el español o únicamente la zona de Levante?) y, en su caso, atendiendo a criterios temporales (como ocurre en ocasiones con productos o servicios estacionales). La Comunicación de la Comisión Europea relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DO C372 de 9-12-1997) define mercado de referencia como la combinación del mercado de productos y del mercado geográfico. Así un mercado de productos de referencia comprende todos los productos y/o servicios que el consumidor considere intercambiables o sustituibles debido a sus características, su precio y el uso al que se destinan; y un mercado geográfico de referencia comprende el territorio en el cual las empresas de referencia son contratadas para la oferta de bienes y servicios en cuestión y en el cual las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas.

Como ocurre con las prácticas colusorias, también en el abuso de posición dominante las normas permiten excepciones, si bien en este caso limitadas a normalmente a situaciones que no resulten relevantes para el mercado o el interés público.

Por último, las consecuencias de la infracción de la prohibición son equivalentes a las ya vistas al describir las prácticas colusorias: cesación, multas y nulidad de pleno derecho. Aunque el artículo 102 TFUE y el artículo 2 LDC no indican expresamente que la contravención de la prohibición de abusar de la posición de dominio conlleve la nulidad de lo actuado, la aplicación de la regla general que prohíbe el abuso del derecho y la previsión de que los actos contrarios a las normas imperativas son nulos, salvo que otra consecuencia se prevea en ellos (artículos 7.2 y 6.3 CC), abonan sin margen para la duda esa conclusión. Asimismo, los afectados por la conducta estarán legitimados para reclamar la compensación de los daños causados (normalmente sobre la base de responsabilidad extracontractual).

11.4. CONDUCTAS SOMETIDAS AL CONTROL DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA (CONCENTRACIONES Y AYUDAS DE ESTADO) (CONTROL PREVENTIVO)

El bloque de competencias de carácter preventivo se conforma por las actividades de control de concentraciones entre empresas y por el régimen de supervisión de las denominadas ayudas de Estado. En ambos supuestos el propósito de la normativa es evitar, antes de que se produzcan, situaciones anticompetitivas que puedan derivarse de operaciones de concentración de empresas o de ayudas concedidas por administraciones públicas a unas compañías en detrimento de otras.

(i) Control de concentraciones

El propósito de la normativa sobre control de concentraciones es revisar y en su caso autorizar las operaciones de concentración empresarial que tenga o puedan tener un efecto en el mercado, de manera que se prevea una reducción de los niveles de competencia deseables o pueda anticiparse un riesgo de que la compañía resultante pueda terminar llevando a cabo prácticas anticompetitivas. Al contrario de lo que ocurre con las prácticas colusorias o el abuso de posición de dominio, en el control de concentraciones la actividad de las autoridades tiene una finalidad preventiva y una naturaleza prospectiva. Se trata de impedir alteraciones en la estructura de los mercados cuando estas puedan restringir indebidamente la competencia. Su regulación básica la podemos encontrar en el Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004 (reglamento de concentraciones), para aquellas que tienen «dimensión comunitaria», y en la LCD, para aquellas que tienen «dimensión nacional». Ambas regulaciones descansan sobre los mismos principios: comunicación obligatoria de toda operación de concentración que supere los umbrales definidos y amplios poderes de la autoridad administrativa para autorizar, prohibir o condicionar la operación, en función de criterios de competencia en el mercado.

Por operación de concentración se entiende un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia de:

- la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes;
- la adquisición directa o indirecta, por una o más personas (que ya tengan el control de una empresa al menos) o por varias empresas que adquieran el control de una o de otras varias empresas;

- la creación de una empresa en participación o la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas cuando estas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma.

Una concentración adquiere una «dimensión europea» cuando:

- el volumen de negocios total realizado a nivel mundial por el conjunto de las empresas en cuestión es superior a cinco mil millones de euros, y
- el volumen de negocios total realizado individualmente en la UE por al menos dos de las empresas en cuestión es superior a 250 millones de euros, a menos que cada una de las empresas en cuestión realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la UE dentro un mismo país miembro.

No obstante, aunque los umbrales antes citados no se alcancen, estaremos también ante una concentración de dimensión europea si:

- el volumen de negocios total realizado a nivel mundial por el conjunto de las empresas en cuestión es superior a 2 500 millones de euros;
- en cada uno de al menos tres países de la UE, el volumen de negocios total realizado por todas las empresas en cuestión es superior a 100 millones de euros;
- en cada uno de al menos tres países de la UE, el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos de las empresas en cuestión es superior a 25 millones de euros; y
- el volumen de negocios total realizado individualmente en la UE por al menos dos de las empresas en cuestión es superior a 100 millones de euros, a menos que cada una de las empresas en cuestión realice más dos tercios de su volumen de negocios total en la UE dentro de un mismo país de la UE.

Por su parte, una operación de concentración tendrá dimensión nacional cuando:

- se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30% del mercado nacional, o de una parte sustancial del mismo, de un determinado producto o servicio (salvo que el volumen de negocios global en España de la sociedad o los activos adquiridos en el último ejercicio contable no supere los 10 millones de euros, siempre y cuando los partícipes no tengan una cuota individual o conjunta igual o superior al 50% en cualquiera de

los mercados afectados o en un mercado geográfico definido dentro del mismo), o

- el volumen de negocio global en España del conjunto de los partícipes supere el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros (artículo 8 LDC).

¿Qué debe hacerse cuando nos encontramos ante una operación de concentración? Debe efectuarse una notificación a las autoridades competentes, ya sean comunitarias (Comisión Europea) o españolas (Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia –CNMC–), en función de la naturaleza de la operación. La notificación es previa, y debe formalizarse en un formulario específico. El incumplimiento de esta obligación se sanciona con multas económicas. Para aquellas concentraciones de poca importancia o sin efecto relevante en la competencia, se permiten las notificaciones en forma abreviada (ver artículo 56 de la LDC). La concentración no puede ejecutarse hasta que no haya recaído y sea ejecutiva la autorización expresa o tácita, salvo si se hubiese levantado o no resultase aplicable la obligación de suspensión que de otro modo y con carácter general pesa sobre la operación.

Tras la notificación se pone en marcha un procedimiento en el que se escucha a las empresas afectadas y a otros interesados (que pueden ser empresas competidoras, asociaciones de consumidores, etc.). En el ámbito europeo es preceptivo que el Comité Consultivo (integrado por representantes de todos los Estados miembros) emita un dictamen. En el español, la CNMC adoptará su decisión atendiendo a una serie de elementos que se recogen en la ley, pero que pasan por el análisis de la posible obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva en todo o parte del mercado (v. artículo 10 LDC).

La ley da un amplio margen discrecional para que se tenga en cuenta si los efectos anticompetitivos se compensan por aspectos positivos, como la mejora de la competitividad internacional o de los sistemas de producción.

La decisión final corresponde a la Comisión Europea en un caso y al Consejo de la CNMC en otro, y puede consistir:

- en autorizar la concentración;
- en subordinar su autorización al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por los notificantes;
- en que la operación de notificación pase a segunda fase por considerar que la operación obstaculiza la competencia.

Si la operación pasa a segunda fase, cabe que el organismo competente (la Comisión Europea o la CNMC) acuerde (i) aprobar, (ii) subordinar la autorización al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por los notificantes o al cumplimiento de determinadas condiciones (por ejemplo en el caso de las concentraciones entre Antena 3/La Sexta o Telecinco/Cuatro, o, con dimensión europea, la opa de Kraft Foods sobre Cadbury, que obligó a desinvertir en Polonia y en Rumanía), (iii) prohibir la concentración (por ejemplo, en el caso de la opa de Ryanair sobre Aer Lingus en 2006), o (iv) acordar el archivo de actuaciones. En Derecho español, en los casos de prohibición o subordinación a compromisos o condiciones, el Ministro de Economía puede decidir trasladar el expediente al Consejo de Ministros para que éste decida la aprobación de la operación (con o sin condiciones) o confirme la opinión de la CNMC (*vid.* artículo 60). En la práctica, las operaciones se suelen autorizar con compromisos o con condiciones.

(ii) Ayudas de Estado

El otro gran grupo de conductas sometidas preventivamente al control de las autoridades de competencia viene constituido por las denominadas ayudas de Estado. La regla general es que las ayudas de Estado, es decir, el apoyo público a los operadores económicos, está prohibido o notablemente regulado, con el propósito de evitar que las decisiones de los gobiernos en apoyo de sus empresas puedan conllevar un trato desigual a efectos de la libre competencia (en principio tendrá ventaja entre dos competidores aquel que recibe una ayuda financiera por parte de su Gobierno). Así lo dispone el artículo 107.1 TFUE, que establece que, salvo que otra cosa dispongan los tratados, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones. Por tanto, para otorgar una ayuda de Estado es preciso someterla al control previo de las autoridades de la competencia que, en este caso, son exclusivamente comunitarias, dado que no hay propiamente una regulación sustantiva nacional española sobre la materia.

¿Cuándo nos hallamos ante una potencial ayuda de Estado contraria a la normativa de competencia? tienen que darse varios requisitos: (i) debe otorgar una ventaja económica, (ii) debe ser selectiva, (iii) debe estar financiada con recursos estatales y (iv) debe afectar o tener la posibilidad de afectar o falsear la competencia en el mercado interior. No obstante, el propio artículo 107.1 TFUE establece supuestos en los que pueden declararse

compatibles con el mercado interior determinadas categorías de ayudas públicas. Se cuentan entre ellas por ejemplo ayudas de carácter social a consumidores siempre que no discriminen en función del origen de los productos, ayudas para paliar perjuicios derivados de desastres naturales, ayudas para regiones en las que el nivel de vida sea especialmente bajo en comparación con la media europea, ayudas para promover la cultura y la conservación del patrimonio, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Unión en contra del interés común, o todas aquellas otras categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión tomada a propuesta de la Comisión Europea.

El artículo 108 TFUE encomienda a la Comisión la facultad de declarar las ayudas estatales compatibles o no con el mercado interior. Se trata de una facultad exclusiva de la Comisión. Con ese propósito, el indicado artículo 108 TFUE fija un régimen de control de las ayudas estatales que se orquesta en torno a cuatro parámetros fundamentales:

- La obligación de los Estados miembros de notificar a la Comisión cualquier proyecto de concesión de una ayuda estatal antes de proceder a su aplicación.
- La obligación de la Comisión de analizar todas las denuncias e informaciones que reciba sobre la concesión de posibles ayudas de Estado ilegales. En tal caso, la Comisión las analizará y declarará su compatibilidad o incompatibilidad con el régimen de ayudas de Estado.
- La competencia de la Comisión para revisar los regímenes de ayudas de los Estados miembros y para proponer las medidas necesarias para su compatibilidad con el mercado interior.
- La competencia de la Comisión para emitir reglamentos relativos a categorías de ayudas públicas que queden exentos del procedimiento de notificación y autorización previa de la Comisión, previa habilitación del Consejo (reglamentos de exención por categorías) (*vid.* Reglamento (UE) 651/2014, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado común en aplicación de los artículos 107 y 108 TFUE).

En el ámbito normativo español, únicamente merece la pena destacar el artículo 11 LDC que establece determinados poderes de la CNMC para emitir informes respecto a los regímenes de ayudas y dirigir a las Administraciones Públicas españolas propuestas conducentes al mantenimiento de la competencia. Asimismo, existen determinadas obligaciones de información y

comunicación a la CNMC de los procedimientos sobre ayudas públicas que en cada momento se tramiten ante las autoridades comunitarias.

12. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA DESLEAL

12.1. INTRODUCCIÓN

Como hemos visto, la competencia en el mercado debe sujetarse a una serie de reglas que impidan o limiten su falseamiento por actuaciones como los pactos de precios, la subordinación de prestaciones debidas a otras o los repartos de mercados. Además de esas reglas, propias del denominado Derecho de la competencia, se hace preciso que la interacción entre los operadores del mercado se produzca en condiciones de lealtad entre ellos y con respeto a las exigencias de la buena fe. Para ello surge el denominado Derecho de la competencia desleal, al principio como una disciplina de carácter profesional destinada a su aplicación entre empresarios cuando estos se comportaban contraviniendo «las normas de corrección y buenos usos mercantiles», y ahora, con la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (LCD), como una disciplina propiamente de ordenación del mercado, más allá de las puras relaciones entre empresarios, como se ocupa de recordar el propio preámbulo de esa norma.

Ello determina que la LCD sea una norma aplicable «a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado», no supeditada a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal (*vid.* artículo 3) (ámbito subjetivo).

El propósito de la LCD es, por tanto, proteger la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, estableciendo con ese propósito la prohibición de todos los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad.

Eso sí, para que la LCD resulte aplicable es necesario que nos hallemos ante (i) actos de competencia desleal (ii) que se realicen en el mercado y (iii) con fines concurrenciales (ámbito objetivo). Existe no obstante una presunción de que se cumple la finalidad concurrencial cuando, por las circunstancias en las que el acto en cuestión se realice, éste se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero (no es preciso que se pretenda perjudicar a otro). Por último, no es necesario que la acción por infracción de la LCD se plantee entre competidores ni que se refiera a hechos que tengan lugar en España.

Basta con que el comportamiento de un operador altere el funcionamiento del mercado y con que los hechos en cuestión puedan tener efectos en España.

12.2. EL CONCEPTO DE COMPETENCIA DESLEAL Y LA CLÁUSULA GENERAL DE PROHIBICIÓN

La LCD establece, en su artículo 4, la definición general de lo que hemos de entender por acto de competencia desleal: es desleal, y por tanto se halla prohibido por el ordenamiento jurídico, todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

Esta definición no es sino el traslado a las relaciones en el mercado del principio general de respeto a la buena fe que ya venía consagrado en nuestra legislación (*vid.* artículo 7.1 Código Civil). Y para hallarnos en su ámbito de aplicación no es ni siquiera necesario que el operador en cuestión haya querido actuar de mala fe o lo haya hecho de manera negligente. Se trata de una constatación objetiva en la que no es preciso que haya culpa y mucho menos dolo. Basta con que la acción u omisión de que se trate resulte «objetivamente» contraria a las exigencias de la buena fe. Por ejemplo STS de 29 de octubre de 2014 (RJ 2015, 5), que reputó desleal la comercialización por una empresa de camisetas que imitan las camisetas oficiales del Manchester United, Arsenal, Celtic, Barcelona y la selección de Brasil, todas ellas elaboradas por Nike.

El precepto pasa seguidamente a desgranar los detalles de la definición con algunas puntualizaciones terminológicas cuando intervienen consumidores o usuarios, cuyo patrón de conducta debe referirse con carácter general a lo que pueda entenderse (o el juez entienda) como consumidor medio:

- i. En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica.
- ii. Comportamiento económico del consumidor o usuario es toda decisión por la que éste opta por actuar o abstenerse de hacerlo en relación con: (a) la selección de una oferta u oferente; (b) la contratación de un bien o servicio y el modo de hacerlo; (c) la

conservación del bien o servicio; o (d) el ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios.

- iii. Distorsionar de manera significativa el comportamiento consiste en utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor para adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo que tome una decisión de comportamiento económico que de otro modo no habría adoptado.
- iv. Por último, cuando se enjuicien prácticas comerciales dirigidas a grupos especialmente vulnerables de consumidores o usuarios (por presentar una discapacidad, tener afectada su capacidad de comprensión o por su edad o credulidad), la adecuación de la práctica se ha de evaluar desde la perspectiva de lo que sería un miembro medio de ese grupo.

Tras esta definición general, la LCD pasa a desgranar algunos concretos ejemplos de actos «objetivamente contrarios a las exigencias de la buena fe».

12.3. LA TIPIFICACIÓN DE LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL

La diversa casuística de los actos de competencia desleal que desarrolla la LCD puede dividirse en tres grandes grupos: actos desleales frente a los competidores, frente a los consumidores o frente al mercado. No quiere ello decir que el acto en cuestión sólo resulte desleal cuando se manifieste frente a una u otra tipología de operadores; no es más que una clasificación subjetiva en función de quiénes resultan más habitualmente afectados en cada caso por la actuación desleal de que se trate. Con esa prevención, pasemos a ver cada grupo de ejemplos por separado.

(i) Actos de deslealtad frente a competidores

- Actos de denigración (artículo 9 LCD): realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado (por ejemplo, indicar o sugerir que el agua envasada de un competidor está contaminada, o STS de 7 de abril de 2014 (RJ 2014, 5285), que estimó desleal la conducta de Ryanair al afirmar públicamente, refiriéndose a determinadas agencias de viajes que vendían sus billetes, con expresiones del estilo de «*venden los billetes ilegalmente [...]*», «*estamos en contra de que atraquen a los clientes [...]*», «*parásitos del sector [...]*», «*roban a los consumidores [...]*», «*timan a los clientes [...]*»,

«están estafando a los clientes [...] y son unos «bastardos que dañan a los clientes de Ryanair y venden más caro [...]».

No serán desleales sin embargo, las manifestaciones si resultan exactas, verdaderas y pertinentes (y nunca pueden ser pertinentes si aluden a circunstancias estrictamente personales del afectado, como las creencias, la nacionalidad o la ideología, por ejemplo).

- Actos de comparación (artículo 10 LCD): la comparación no es desleal siempre que cumpla una serie de parámetros:
 - Los bienes o servicios comparados deben tener la misma finalidad o servir para lo mismo.
 - La comparación debe ser objetiva y entre características esenciales, verificables y representativas. El precio también lo es.
 - En productos con denominación o indicación geográfica, sólo es posible comparar con los de la misma denominación de origen o indicación.
 - La comparación debe ser conforme con el resto de la normativa sobre competencia desleal.
- Actos de imitación (artículo 11 LCD): imitar las prestaciones de un competidor es posible y libre (salvo si cuenta con un derecho de exclusiva, por ejemplo una patente). Sin embargo, será desleal si esa imitación resulta (a) idónea para aprovecharse indebidamente de la reputación o el esfuerzo ajeno, o (b) cuando, siendo sistemática (imitación contumaz o parasitaria), vaya más allá de lo que resulte natural en el mercado y tenga como propósito impedir u obstaculizar la presencia en el mercado del competidor imitado, o (c) cuando, en definitiva, sea idónea para confundir al consumidor. Por ejemplo, STS de 13 de mayo de 2002, (RJ 2002, 5594), que, frente a la pretensión de Tefal, desestimó que fuese desleal la comercialización de sartenes empleando una protección con un cartón circular o con un fondo diseñado en forma de celda como hacía el demandante.
- Actos de explotación de la reputación ajena (artículo 12 LCD): aprovechar indebidamente (aunque no sea en el propio beneficio) las ventajas de la reputación de otro en el mercado. Como ejemplos, la LCD pone el empleo de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas que vayan acompañadas de expresiones como «tipo», «sistema», «clase» o similares. Por ejemplo, SAP Zamora de 5 de diciembre de 2014, (AC 2015, 82), que reputa

desleal la utilización por un taller de camiones de la marca MAN como parte de su rótulo de establecimiento y de su página web.

- Actos de violación de secretos (artículo 13 LCD): es desleal la divulgación o explotación sin autorización de secretos a los que se haya accedido, con independencia de que ese acceso haya sido legítimo o no. Eso sí, la deslealtad, para existir, requiere que haya habido ánimo de obtener provecho (propio o ajeno) o de perjudicar al titular del secreto.
 - Actos de inducción a la infracción contractual (artículo 14 LCD): inducir a trabajadores, proveedores, clientes, etc. a infringir los deberes contractuales que hayan asumido con un competidor. Cuando lo que se induce es la terminación regular de un contrato o cuando alguien se aprovecha (por sí mismo o para otro) de una infracción contractual ajena, para que sea desleal es necesario que tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto o que vaya acompañada de circunstancias como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado o similares. Por consiguiente, llevarse un trabajador de una empresa a otra no es *per se* desleal.
 - Deslealtad por dependencia económica (artículo 16 LCD): aprovecharse de la situación de dependencia económica de clientes o de proveedores que no dispongan de una alternativa equivalente. Por ejemplo, cuando el proveedor tiene que conceder al cliente de forma regular ventajas adicionales a las habituales (descuentos, p. ej) en circunstancias normales (cabe prueba en contrario). Es también desleal terminar una relación comercial cuando no media un preaviso por escrito y con seis meses, sin incumplimiento grave o fuerza mayor, o la amenaza de terminar la relación para obtener mejores términos (precios, condiciones de pago, etc.). Por ejemplo, STS de 29 de febrero de 2012, (RJ 2012, 4881), que reputó desleal la imposición, por una empresa que mantenía una cuota relevante de mercado en la provincia de Córdoba a determinados transportistas autónomos que prestaban servicios para ella, de precios de transporte por debajo de coste, incluyendo la cláusula por incremento del combustible y paralizaciones sin indemnización, todo ello bajo amenaza de ruptura de las relaciones comerciales.
- (ii) Actos de deslealtad frente a los consumidores
- Actos de confusión (artículo 6 LCD): todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones

o el establecimiento ajenos. Basta con que exista el riesgo de asociación (confusión) para que el comportamiento se repunte desleal. Por ejemplo, SAP Valencia de 11 de octubre de 2002, (AC 2013, 339), que reputa desleal el envío de cartas a clientes y proveedores por un empleado que indicaban que otra empresa (propiedad del empleado) era filial de la compañía empleadora.

- Actos de engaño (artículo 5 LCD): difundir información falsa o información veraz que pueda inducir a error a los destinatarios y sea susceptible de alterar su comportamiento económico. Para que exista deslealtad es preciso que el engaño verse sobre determinados aspectos relevantes de la prestación (p.ej. la existencia o naturaleza del bien o servicio, sus características principales, la asistencia postventa, su precio o modo de fijación, etc.).
- Omisiones engañosas (artículo 7 LCD): también es desleal ocultar información necesaria o pertinente para que el destinatario adopte una decisión con el debido conocimiento de causa, o la divulgación de información poco clara, ambigua, ininteligible o extemporánea, en función del medio de comunicación empleado (no es lo mismo que la información se dé en una cuña publicitaria en la radio, que en un medio impreso). Por ejemplo, SAP Madrid de 17 de junio de 2011, (AC 2011, 1476), que consideró desleal determinada publicidad de una empresa de productos dietéticos para adelgazar por ser susceptible de inducir a error en los consumidores.
- Prácticas agresivas (artículo 8 LCD): comportamientos que merman de manera significativa (acoso, coacción, influencia indebida, uso de posición de poder, etc.) la libertad de elección del destinatario.
- Actos de discriminación (artículo 16 LCD): es desleal discriminar al consumidor en materia de precios y condiciones de venta, salvo si media causa justificada. Por ejemplo STS de 7 de abril de 2014, (RJ 2014, 5285), que estimó que la política de Ryanair de impedir la venta de sus billetes por agencias de viajes no resultaba desleal.
- La Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que traspone las Directivas 2005/29/CE (prácticas desleales de empresas con consumidores) y 2006/114/CE (publicidad engañosa y comparativa), ha incorporado una amplia casuística de actos desleales con los consumidores (artículos 20 al 31 LCD), que incluye:

- Prácticas engañosas por confusión.
 - Prácticas engañosas sobre códigos de conducta o distintivos de calidad.
 - Prácticas señuelo o promocionales engañosas.
 - Prácticas engañosas sobre naturaleza y propiedades, disponibilidad y servicio postventa de bienes o servicios.
 - Prácticas de venta piramidal.
 - Prácticas comerciales encubiertas (en programas o series TV por ejemplo).
 - Prácticas agresivas por coacción o acoso o por referirse a menores.
- (iii) Actos de deslealtad frente al mercado
- Violación de normas (artículo 15 LCD): cuando un operador adquiere una ventaja competitiva (que ha de ser significativa) mediante la infracción de una norma, esa actuación es desleal (p.ej. la venta de tabaco de contrabando o la contratación de extranjeros al margen de la normativa de extranjería). Cuando la infracción es de la propia normativa concurrencial no se requiere que exista o se adquiera ventaja competitiva alguna.
 - Venta a pérdida (artículo 17): la fijación de precios es libre y, por tanto, un comerciante puede decidir vender su género al precio que tenga por conveniente, incluso aunque pierda dinero. Pero si pierde dinero (venta bajo coste o bajo precio de adquisición) ello puede ser desleal si: (a) induce a error acerca del nivel de precios de establecimiento, o (b) desacredite la imagen de un producto o de un establecimiento ajeno, o (c) si forma parte de una estrategia para eliminar a un competidor.

12.4. LAS ACCIONES FRENTE A ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL

Pieza esencial de la LCD son las diferentes acciones procesales que contempla (artículo 32), que pueden combinarse en función de la estrategia del demandante:

- Acción declarativa de la deslealtad del acto. En ella se pide al juez que declare la deslealtad del acto. Contra lo que pueda parecer, esta acción puede resultar muy aflictiva para compañías de buena consideración en el mercado, por el daño reputacional que puede llevar aparejado.

– Acción de cesación del acto o de prohibición de su reiteración futura. Es quizás la acción más importante y se puede ejercitar incluso preventivamente para que el juez decrete la prohibición de la conducta incluso cuando no se ha puesto en práctica todavía.

– Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal.

– Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas.

– Acción de resarcimiento de daños y perjuicios, cuando haya intervenido dolo o culpa del demandado. Se trata de una especificación del principio general contenido en el artículo 1902 CC.

– Acción de enriquecimiento injusto, cuando el acto lesione un derecho de exclusiva o similar.

De especial interés, por la trascendencia pública que acarrea, es la posibilidad de que en relación con las cuatro primeras acciones, el tribunal, si lo estima procedente, puede acordar la publicación total o parcial de la sentencia o de una declaración rectificadora del demandado, a su costa. Piénsese en el negativo efecto para una reputada multinacional de que un juez español le obligue a publicar un anuncio en el Financial Times o en otro diario de gran circulación acreditando una conducta desleal.

Las acciones por competencia desleal prescriben por el transcurso de un año a contar desde el momento en que pudieron ser ejercitadas y el legitimado ha tenido conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal. En cualquier caso y con independencia del conocimiento del legitimado, prescriben a los tres años.

En materia de competencia desleal es además muy frecuente que las acciones se presenten junto con solicitudes de medidas cautelares y pruebas, que se regirán por las reglas generales de enjuiciamiento civil. Como fácilmente puede comprenderse, en muchas de las conductas analizadas, tan importante como lograr una decisión final favorable es que se pueda suspender desde el comienzo del procedimiento la propia conducta desleal, pues de lo contrario puede resultar muy difícil reparar el daño causado cuando, años más tarde, se obtenga en su caso un pronunciamiento definitivo.

Por último, es importante destacar que la LCD atribuye legitimación para accionar no sólo a cualquier persona que actúe en el mercado y cuyos legítimos intereses se vean afectados por un supuesto acto de competencia desleal, sino también, bajo determinados requisitos, a asociaciones de consumidores y usuarios, al Instituto Nacional del Consumo y órganos

similares, así como, en general, asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos cuando resulten afectados los intereses de sus miembros. También el Ministerio Fiscal podrá ejercitar la acción de cesación en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios.

13. LA PUBLICIDAD

La disciplina de competencia desleal se completa con la relativa al mercado publicitario, contenida en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP) y normativa de desarrollo, así como en la propia LCD.

Por publicidad se entiende toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes, servicios, derechos u obligaciones.

La LGP declara ilícita la publicidad que no reúna determinadas condiciones:

- i. La que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos constitucionales, incluyendo los anuncios que presenten a la mujer de forma vejatoria o discriminatoria, ya sea por utilizar su cuerpo como objeto o por emplear su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar violencia, expresión que, aunque pueda entenderse a qué se refiere, no es la más feliz ni precisa que cabría imaginar. Al respecto, es ejemplificativa la resolución de 7 de mayo de 2015 del Jurado de Autocontrol, que establecía que no constituía infracción de la regla sobre publicidad discriminatoria de Autocontrol un anuncio televisivo en el que se veía a un niño manchando su camiseta mientras juega bajo la atenta mirada de sus padres, y que continuaba con la madre recogiendo, tras acostar al niño, la camiseta sucia, ocupándose de su lavado y retornándosela limpia, acompañado todo ello de un slogan del producto limpiador y de una vez en off que dice «Crecer, es aprender a afrontar las adversidades. Por suerte, tú siempre estás cerca. Por eso Skip, tu aliado en lavar manchas difíciles, incluso en lavados cortos. Ayudándote a ahorrar mientras ellos se divierten. Skip la mejor eficacia al mejor precio».

- ii. La que está dirigida a menores y les incita a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores.
- iii. La publicidad subliminal, es decir, aquella que, mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida.
- iv. La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios. Por ejemplo, la relativa a bebidas alcohólicas, tabaco, medicamentos, etc., sin cumplir las normas que específicamente las regulan o prohíben.
- v. La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la LCD.

Contra la publicidad ilícita pueden interponerse las acciones previstas en la LCD para actos de competencia desleal, más las restantes que puedan proceder en función de las circunstancias (nulidad, anulabilidad, incumplimiento de obligaciones, resolución, etc.).

En materia de legitimidad, pueden además accionar en los casos de discriminación o vejación de la imagen de la mujer, la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, el Instituto de la Mujer o sus equivalentes autonómicos, las asociaciones que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer y no incluyan entre sus asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro y el Ministerio Fiscal.

En materia de publicidad es frecuente encontrar supuestos de autorregulación (p.ej. Autocontrol, antes citada, códigos de conducta sectoriales, etc.). Se trata de asociaciones de operadores que se dotan de códigos de conducta para su uso y seguimiento por sus asociados. A ellos y a los órganos de resolución de conflictos en ellos previstos pueden acudir los asociados y los terceros (particulares) para dirimir sus diferencias en materias relativas a la publicidad, existiendo para los asociados normalmente una obligación de estar y pasar por la resolución recaída.

14. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

14.1. DERECHO INDUSTRIAL

AREÁN LALÍN, M., *La aptitud de una denominación para convertirse en marca en Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, núm. 5, 1978, pp. 477 y ss.

- ÁVILA DE LA TORRE, A., «Artículo 52», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Marcas*, Dirs. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., Pamplona, Thomson Aranzadi, 2008, pp. 946 y ss.
- BAYLÓS CORROZA, H., *Tratado de derecho industrial propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, 3ª ed. act. Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2009.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *La nueva Ley de patentes. Ideas introductorias y antecedentes*. Madrid: Tecnos, 1986.
- *Comentarios a la Ley de Marcas*, 2ª ed. Pamplona: Aranzadi, 2008.
 - *Introducción a las marcas y otros signos distintivos en el tráfico económico*, Pamplona, Thomson Aranzadi, 2002.
 - *Apuntes de Derecho Mercantil*, 10ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.
- BROSETA PONT, M.; MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de Derecho Mercantil*, 14ª ed., tomo I, Tecnos, 2009.
- CURTO POLO, M., «Artículo 8» en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Marcas* (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.), Pamplona, Thomson Aranzadi, 2008, pp. 237 y ss.
- FERNÁNDEZ NOVOA, C.; OTERO LASTRES, J. M.; BOTANA AGRA, M., *Manual de la Propiedad Industrial*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2009.
- GALÁN CORONA, E., en AA.VV. *Comentarios a la Ley de Marcas* (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.), Pamplona, Thomson Aranzadi, 2008, pp. 493 y ss.
- GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo I, Madrid, 1947.
- GÓMEZ SEGADÉ, J. A., *La ley de patentes y modelos de utilidad*. Madrid: Civitas, 1988.
- GORRIZ LÓPEZ, C., *Distribución selectiva y comercio paralelo*, Pamplona, Thomson Aranzadi, 2007.
- LOBATO, M., *Comentario a la Ley 17/2001, de Marcas*, 2ª ed. Madrid: Bosch, 2007.
- LÓPEZ-CÓZAR NAVARRO, C., *Patentes: cómo proteger los resultados de la innovación en la empresa*. Oleiros: Netbiblo, 2008.
- MARCO ALCALÁ, L. A., «Artículo 5», en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Marcas* (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.), Pamplona, Thomson Aranzadi, 2008, pp. 131 y ss.

- DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho Privado de Internet*, 3ª ed., Pamplona, Thomson Civitas, 2002.
- PEDEMONTE FEU, J., *Comentarios a la ley de patentes*, 2ª ed. rev. y puesta al día, Barcelona: Bosch, 1995.
- PÉREZ DE LA CRUZ, A., *Derecho de la propiedad industrial, intelectual y de la competencia*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- QUINTANA CARLO, I.; MARCO ARGALÁ, L. A., «Artículo 87» en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Marcas* (Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A), Pamplona, Thomson Aranzadi, 2008, pp. 1104 y ss.
- OTERO LASTRES y otros, *Comentarios a la Ley de Patentes*. Barcelona: Praxis Mercantil, 1987.
- PORTELLANO, P., *La defensa del Derecho de patentes*. Madrid: Civitas, 2003.
- SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, tomo I, Thomson Aranzadi, 2009.
- VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, 21ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- VIERA GONZÁLEZ, A. J., «Utilización de marca ajena y riesgo de confusión en los anuncios publicitarios de talleres de reparación», en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 3, 2008, pp. 157 y ss.
- URÍA GONZÁLEZ, R.; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *Curso de Derecho Mercantil I*, 2ª ed., Aranzadi Thomson, Cizur Menor, 2006.

14.2. DERECHO DE LA COMPETENCIA

- ALONSO SOTO, R., en *Curso de Derecho Mercantil I*, URÍA GONZÁLEZ, R., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (Dir.), 2ª ed., Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2006.
- BAYLÓS CORROZA, H., *Tratado de derecho industrial propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*, 3ª ed. act., Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2009.
- BENEYTO, J. M. y otros (Dir.), *La nueva Ley de defensa de la competencia: análisis y comentarios*, Barcelona, Bosch, 2009.
- BENEYTO, J. M. (Dir.), *Tratado de derecho de la competencia Unión Europea y España*, Barcelona, Bosch, 2005.

- BERCOVITZ, A. (Dir.), *Derecho de la competencia y propiedad industrial de la Unión Europea*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007.
- CASES, L. (Dir.), *Anuario de la competencia*, Madrid y Barcelona, Marcial Pons. Colección de estudios sobre cuestiones actuales de derecho de la competencia.
- FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, Ch., *La reforma de la ley de competencia desleal*. Madrid: La Ley, 2010.
- FONT GALÁN, J. I. y MIRANDA SERRANO, L. M., *Competencia desleal y antitrust: Sistema de ilícitos*, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid: Civitas, 1999.
- *El nuevo derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales*. Madrid: Civitas, 2006.
- MASSAGUER FUENTES, J. y otros (Dir.), *Comentario a la Ley de defensa de la competencia*, 4ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2015.
- ODRIOZOLA ALEN, M. (Dir.), *Derecho español de la competencia*, Barcelona, Bosch, 2008.
- ORTIZ BLANCO, L. y otros, *Manual de derecho de la competencia*, Madrid, Tecnos, 2008.
- (Dir.), *Derecho de la competencia europeo y español*, Madrid, Dykinson. Colección de estudios sobre cuestiones actuales de derecho de la competencia.
- PAREJO ALFONSO, L. y PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *Derecho de la competencia. Estudios sobre la Ley 15/2007, de 3 de julio, defensa competencia*, Madrid, La Ley, 2008.
- PÉREZ DE LA CRUZ, A., *Derecho de la propiedad industrial, intelectual y de la competencia*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- RUIZ PERIS, J. I. y otros, *La nueva Ley de defensa de la competencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- SORIANO, J. E., *La defensa de la competencia en España*, Madrid, Iustel, 2007.
- VELASCO SAN PEDRO, L. A. (Dir.), *Diccionario de derecho de la competencia*, Madrid, Iustel, 2006.
- *Derecho europeo de la competencia (antitrust e intervenciones públicas)*, Valladolid, Lex Nova, 2005.

TEMA 13

**REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS CRISIS
ECONÓMICAS: LA INSOLVENCIA**

*Abel B. Veiga Copo
Daniel Prades Cutillas*

SUMARIO: 1. CONCURSO DE ACREEDORES: PRINCIPIOS GENERALES DE LA LEY CONCURSAL. 2. LAS SOLUCIONES PARACONCURSALES. 2.1. *Comunicación de negociaciones del 5 bis LC.* 2.2. *Acuerdos de refinanciación.* 3. PRESUPUESTOS OBJETIVO, SUBJETIVO Y FORMAL DEL CONCURSO DE ACREEDORES. 4. LA DECLARACIÓN DE CONCURSO Y SUS EFECTOS. LA ADMINISTRACIÓN. 5. LA MASA ACTIVA: REDUCCIÓN Y REINTEGRACIÓN. 6. LA MASA PASIVA: CLASIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS. 7. SOLUCIONES DEL CONCURSO: SOBRESIEMIENTO, CONVENIO Y LIQUIDACIÓN. 7.1. *Sobresimiento.* 7.2. *Convenio.* 7.3. *Liquidación.* 7.3.1. Efectos de la liquidación. 7.3.1.1. Sobre el concursado. A. Persona física. B. Persona jurídica. 7.3.1.2. Sobre los créditos. A. Sustitución procesal. B. Ejercicio de acciones del concursado. C. Ejecución de garantías reales. D. Vencimiento y liquidación anticipados. 7.3.2. Operaciones de liquidación. 7.3.2.1. Garantías del procedimiento. 7.3.2.2. Reintegración y reducción. 7.3.2.3. El plan de liquidación. 7.3.2.4. Reglas supletorias. A. Venta en bloque. B. Venta de unidades productivas independientes. 7.3.3. El pago a los acreedores. 7.3.3.1. Créditos contra la Masa. 7.3.3.2. Créditos con privilegio especial. 7.3.3.3. Créditos con privilegio general. 7.3.3.4. Créditos ordinarios. 7.3.3.5. Créditos subordinados. 7.3.3.6. Créditos plurales. 8. LA CALIFICACIÓN Y LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL. 8.1. *Concurso culpable y fortuito.* 8.2. *Apreciación de la culpabilidad.* 8.2.1. *Apreciación causal.* 8.2.2. *Apreciación directa.* 8.2.3. *Apreciación objetiva.* 8.3. *Consecuencias de la sentencia de culpabilidad.* 8.3.1. *Contenido de la sentencia.* 8.3.2. *Consecuencias personales: Inhabilitación.* 8.3.3. *Consecuencias patrimoniales.* 8.3.4. *Extensión de la responsabilidad patrimonial en el Concurso.* CASO PRÁCTICO. BIBLIOGRAFÍA.

1. CONCURSO DE ACREEDORES: PRINCIPIOS GENERALES DE LA LEY CONCURSAL

El concurso de acreedores puede definirse como aquel procedimiento judicial de carácter universal destinado a garantizar la igualdad de tratamiento entre los acreedores (*par conditio creditorum*) de una persona física o jurídica que, por hallarse en situación de insolvencia, no puede cumplir puntual y regularmente con sus obligaciones de pago.

Cuando un acreedor se encuentra en situación de insolvencia, la consecuencia inmediata de ello es la imposibilidad de poder pagar a todos

los acreedores, por ello, si esta situación no se sometiera a un control judicial, se podría dar la situación de que el deudor eligiera libremente a qué deudor pagar o a cuál no produciéndose situaciones injustas. Así mismo, podrían llevarse a cabo actuaciones por parte del deudor, que resultaran en perjuicio de sus acreedores, por lo que parece necesario dotar una regulación legal, a través del procedimiento concursal, que proteja la masa activa (bienes y derechos) del deudor para poder satisfacer, en la forma más eficiente posible y de forma ordenada y paritaria, su masa pasiva (deuda mantenida con acreedores).

La Ley Concursal (en adelante, LC) se basa en una serie de principios formales y materiales. Como sabemos, los principios generales del derecho son una fuente del derecho (artículo 1.1 CC). Por ello, los principios generales de la LC serán aquellos principios generales del derecho aplicables al sistema propio del derecho concursal, y habrá que distinguir entre los formales y los materiales.

Entre los principios generales de carácter formal que rigen la LC hemos de hacer referencia a los siguientes:

1) *Principios de unidad legal, de disciplina y de sistema*. En virtud de tales principios, la LC ha venido a unificar la diversidad de cuerpos legales que venían regulando hasta ese momento la institución de la insolvencia. Así, por ejemplo, con anterioridad a la promulgación de la actual Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, teníamos una normativa para regular el tratamiento jurídico de la insolvencia del comerciante: la quiebra, prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, el Código de Comercio de 1829 y Código de Comercio de 1885; otra, para regular el tratamiento jurídico de la insolvencia del no comerciante: el concurso de acreedores, previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y el Código Civil de 1889; y otra que regulaba los supuestos en que se suspendían los pagos para volver a reanudarlos si fuera posible, previsto en la Ley de Suspensión de Pagos de 1922. Sin embargo, a través de la actual LC se unifica en un solo cuerpo legal la regulación de las situaciones de insolvencia de comerciantes, no comerciantes, personas físicas, personas jurídicas, insolvencia liquidativa e insolvencia con continuidad. De esta manera, se regulan en un solo texto legal todos los aspectos formales y materiales del concurso salvo los que, por su naturaleza, no pueden sino ser regulados por una ley con la categoría de Ley Orgánica (véase Ley Orgánica de la Reforma Concursal).

2) También es de destacar el denominado por el profesor Ruiz de Velasco principio de *convergencia internacional*, en virtud del cual se intenta armonizar nuestro derecho concursal al de otros países, y que está además

impulsado por el Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 25 de mayo del 2000, que entró en vigor el 31 de mayo de 2002. Este Reglamento, de aplicación imperativa en España, regula los aspectos concursales de aquellos procedimientos de insolvencia transfronteriza cuando el procedimiento principal se tramita en un país de la Unión Europea, en cuyo caso, se aplicará incluso con prevalencia sobre la LC en España.

Por otra parte, y ya en cuanto a los *principios generales de carácter material o sustantivo* de la ley, hemos de hacer especial referencia a:

1) El ya mencionado principio de la *pars conditio creditorum*. Este principio es el alma mater de la LC en tanto en cuanto preconiza la necesaria igualdad de tratamiento entre los acreedores del concursado. Es un principio que impregna el espíritu de todo el articulado de la ley y que siempre hay que tener en cuenta ante la existencia de cualquier duda interpretativa. De hecho, la clasificación de los créditos se lleva a cabo en base a este principio, al objeto de agrupar a acreedores en función de cuál sea la naturaleza de su crédito, y ello para aplicar una prelación de pagos en base a dicha agrupación de créditos de análoga naturaleza en función de la especial protección que haya de dotarse a cada una de las categorías.

2) Igualmente, la LC se rige por el principio de *universalidad*, que hace referencia al hecho de que, una vez declarado el concurso, no podrán llevarse a cabo ejecuciones singulares de bienes o derechos del concursado, y ello, en protección de la masa activa, al objeto de que la misma sea ejecutada, en su caso, de forma universal, de nuevo, para garantizar la igualdad de trato entre acreedores. Ello es de vital importancia ya que, de nada serviría la instauración de un procedimiento concursal si se permitieran a la vez ejecuciones de títulos individuales de cada uno de los acreedores puesto que, en este caso, cobrarían «los más rápidos», y no aquellos que debieran estar antes en el orden de prelación de pagos previsto en la ley, y además, se estaría permitiendo el vaciamiento del activo de la concursada, con claro perjuicio de los acreedores no ejecutantes que verían mermado el activo sobre el cual habrían de ver satisfechos sus créditos.

3) Por su parte, el *principio solutorio* dirige el concurso hacia el cumplimiento de su finalidad, que no es otra, como ya adelantábamos al inicio de este epígrafe, que la de satisfacer los créditos de los acreedores, y ello, fomentando ante todo la solución de convenio, por encima de las liquidativas, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad a la promulgación de esta ley.

3) Por último, hemos de referirnos al principio de *continuidad de la empresa*, y ello, en tanto en cuanto, la LC favorece, en todo momento, la

continuidad de la actividad de la empresa. Por ello, no se puede asimilar, bajo ningún concepto, de manera automática, la declaración en concurso de una sociedad con la paralización o supresión de toda actividad social por parte de ésta. La LC defiende la continuidad de la actividad de la empresa como la mejor forma de obtener fondos suficientes para satisfacer los créditos de los acreedores a la vez que se ayuda al tejido empresarial, a través de la protección que la declaración de concurso otorga en múltiples aspectos a las sociedades, a seguir adelante. Para ello se lleva a cabo una regulación que tiene en cuenta esta finalidad tanto al tratar el tema de la vigencia de los contratos, como a la hora de fijar soluciones flexibles de convenio, como en lo que respecta a la suspensión del devengo de intereses, entre otras medidas que iremos analizando a lo largo de este tema.

La LC se ha caracterizado desde su promulgación por las siguientes notas o caracteres generales:

– Interés en instaurar un sistema de *celeridad* en el tratamiento de la insolvencia. Este intento de agilizar el sistema concursal se ha visto, a su vez, potenciado por las dos principales reformas que se han producido sobre la redacción inicial del 2003, esto es, el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo y la reciente Ley 38/2011, de 10 de octubre.

– Además, y dentro de ese intento de celeridad, se ha intentado reducir el número de intervinientes en el concurso simplificando los órganos concursales a dos, por una parte, el juez de lo mercantil como juez del concurso, y, por otra, la administración concursal como órgano auxiliar del primero. A mayor abundamiento, la propia administración concursal ha experimentado modificaciones en su propia estructura a partir de la reforma del 2011, en virtud de la cual se ha reducido también, con carácter general, el número de los miembros que la componen.

– Otra nota importante de la LC es el *carácter de unidad* de la misma, carácter del que está dotada por los antedichos principios de unidad legal, de disciplina y de sistema.

– Por otra parte, es importante resaltar la naturaleza de *especialidad* de la LC con respecto a otras disposiciones generales tales como, en materia procesal, la Ley de Enjuiciamiento Civil, supletoria a la concursal en lo no previsto por ésta, o en materia sustantiva, la Ley de Sociedades de Capital o el Código Civil y Código de Comercio, Ley General de la Seguridad Social, Estatuto de Trabajadores, Ley General Tributaria, y un largo etcétera, siempre y cuando estemos ante un deudor en situación de concurso de acreedores y en lo que a éste respecta.

– Asimismo, la LC se caracteriza por una fuerte *protección de la masa activa del concurso*, impidiendo con carácter general la enajenación y el establecimiento de gravámenes no autorizados judicialmente, a la vez que, con tal medida, busca la *defensa de los acreedores y el tratamiento paritario entre ellos* (de conformidad con el principio *pars conditio creditorum* anteriormente analizado).

2. LAS SOLUCIONES PARACONCURSALES

Bajo esta denominación se encuentran una serie de medidas que puede adoptar aquel que se encuentra en situación de insolvencia actual o inminente y que prefiere evitar la solución del concurso de acreedores por diversos motivos. En tal virtud, sus acciones van dirigidas a renegociar su deuda con sus acreedores, bien para eliminar el presupuesto objetivo, es decir, para salir por medio de la refinanciación de la situación de insolvencia, desapareciendo de esta manera la obligación, en caso de que existiera, de solicitar el concurso de acreedores, bien para lograr las adhesiones suficientes a esa propuesta de repago de la deuda para solicitar el concurso con una propuesta anticipada de convenio. Se van a tratar las soluciones paraconcursoales reguladas en la LC. Estas soluciones revisten una especial importancia en los casos en que el deudor se encuentra en situación de insolvencia actual, y ello porque, en ese caso, estaría en la obligación de solicitar en plazo el concurso de acreedores.

2.1. COMUNICACIÓN DE NEGOCIACIONES DEL 5 BIS LC

El artículo 5 *bis* de la LC (artículo 5.3 con anterioridad a la reforma del 2011), en línea con estas soluciones paraconcursoales, prevé que el deudor pueda poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta Ley.

El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación (de los previstos en el artículo 71 bis. 1 y en la Disposición adicional cuarta, que analizaremos a continuación) o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta Ley. En el caso en que, además, solicite un *acuerdo extrajudicial de pago*, una vez que el mediador concursal propuesto acepte el cargo, el registrador mercantil o notario al que se hubiera solicitado la designación

del mediador concursal deberá comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración de concurso.

Esta comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo para solicitar la declaración de un concurso voluntario en supuestos de insolvencia inminente, es decir, en el plazo de dos meses desde que se conoció o debió conocer la situación de insolvencia.

Formulada la comunicación antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario.

El secretario judicial ordenará la publicación en el Registro Público Concursal del extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada por el deudor o, en los supuestos de negociación de un acuerdo extrajudicial de pago, por el notario o por el registrador mercantil, en los términos que reglamentariamente se determinen. Ello, salvo que se solicite expresamente el deudor el carácter reservado de la comunicación de negociaciones, en cuyo caso, no se ordenará la publicación del extracto de la resolución. El deudor podrá solicitar el levantamiento del carácter reservado de la comunicación en cualquier momento.

El efecto fundamental de la presentación de la comunicación del 5 bis, es que desde dicha presentación y hasta que se llegue, bien (i) a un acuerdo refinanciación (sea éste formalizado con los requisitos del 71 bis, o sea éste admitido a trámite su solicitud de homologación); (ii) a un acuerdo extrajudicial de pagos; (iii) se consigan las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio; o por último (iv) se declare el concurso de acreedores por no haber podido refinanciar la deuda ni llegar a ningún acuerdo con los acreedores de ningún tipo, no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

En cuanto a las ejecuciones de dichos bienes o derechos que estén en tramitación quedarán suspendidas desde que presenten la resolución del secretario judicial dando constancia de que se ha llevado a cabo la comunicación del 5bis.

Tampoco podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares promovidas por los acreedores de pasivos financieros a los que se refiere la disposición adicional cuarta, siempre que se justifique que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la

suscripción del acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia.

Sin embargo, y como excepción a todo este sistema que acabamos de explicar de paralización de ejecuciones, la presentación de la comunicación del 5 bis, no impedirá que los acreedores con garantía real ejerciten la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado en los términos que explicábamos con carácter general para la comunicación del 5 bis.

Hay una importante exclusión a la aplicación de todos estos efectos de suspensión y paralización de ejecuciones, y éste sí con carácter absoluto, que acabamos de explicar, y es el de la exclusión en todo caso de tales efectos a los procedimientos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público.

Transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado del 5 bis, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia.

Formulada la comunicación prevista en este artículo, no podrá formularse otra por el mismo deudor en el plazo de un año.

2.2. ACUERDOS DE REFINANCIACIÓN

La Ley Concursal distingue entre los acuerdos de refinanciación del artículo 71 de la misma y los de la Disposición Adicional 4ª.

a) Acuerdos de refinanciación del artículo 71 LC (o sin necesidad de homologación judicial).

Se trata de acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor y que van a estar protegidos ante cualquier acción tendente a pedir su ineficacia en el concurso (acciones de reintegración) siempre y cuando se den los siguientes requisitos:

1. Se proceda por medio del acuerdo de refinanciación, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de

viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo; y

2. Con anterioridad a la declaración del concurso:
 1. El acuerdo haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. En el caso de acuerdos de grupo, el porcentaje señalado se calculará tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo.
 2. Se emita certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo. De no existir, será auditor el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, si éste fuera un grupo o subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante.
 3. El acuerdo haya sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.

Tampoco serán rescindibles los acuerdos de refinanciación que, realizados con anterioridad a la declaración de concurso, no puedan acogerse a los requisitos que acabamos de enunciar, pero sí cumplan, sin embargo, todas las condiciones siguientes, ya sea de forma individual o conjuntamente con otros que se hayan realizado en ejecución del mismo acuerdo de refinanciación:

- i. Que incrementen la proporción de activo sobre pasivo previa.
- ii. Que el activo corriente resultante sea superior o igual al pasivo corriente.
- iii. Que el valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes no exceda de los nueve décimos del valor de la deuda pendiente a favor de los mismos, ni de la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo. Se entiende por valor de las garantías el definido en el apartado 2 de la Disposición adicional cuarta.
- iv. Que el tipo de interés aplicable a la deuda subsistente o resultante del acuerdo de refinanciación a favor del o de los acreedores intervinientes no exceda en más de un tercio al aplicable a la deuda previa.

- v. Que el acuerdo haya sido formalizado en instrumento público otorgado por todas las partes intervinientes en el mismo, y con constancia expresa de las razones que justifican, desde el punto de vista económico, los diversos actos y negocios realizados entre el deudor y los acreedores intervinientes, con especial mención de las condiciones previstas en las letras anteriores.

Para verificar el cumplimiento de las condiciones i) y ii) anteriores se tendrán en cuenta todas las consecuencias de índole patrimonial o financiera, incluidas las fiscales, las cláusulas de vencimiento anticipado, u otras similares, derivadas de los actos que se lleven a cabo, aun cuando se produzcan con respecto a acreedores no intervinientes.

El cumplimiento de todas las condiciones anteriores deberá darse en el momento de la suscripción del instrumento público en el que se recojan los acuerdos.

Por otra parte, y teniendo ello carácter ahora voluntario, tanto el deudor como los acreedores podrán solicitar el nombramiento de un experto independiente para que informe sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad, sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo, así como las demás menciones que, en su caso, prevea la normativa aplicable. Cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo.

El nombramiento de un experto independiente corresponderá al registrador mercantil del domicilio del deudor. Si el acuerdo de refinanciación afectara a varias sociedades del mismo grupo, el informe podrá ser único y elaborado por un solo experto, designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, si estuviera afectada por el acuerdo o, en su defecto, por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo.

b) Acuerdos de refinanciación de la Disposición Adicional 4^a (o con necesidad de homologación judicial).

Estos acuerdos de refinanciación son los que se suscriben por acreedores que representen al menos el 51 por ciento de los pasivos financieros, y que reúna en el momento de su adopción, los siguientes requisitos:

- 1) En virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un

plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo; y

2) Con anterioridad a la declaración del concurso:

a. Se emita certificación del auditor de cuentas del deudor sobre la suficiencia del pasivo que se exige para adoptar el acuerdo. De no existir, será auditor el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, si éste fuera un grupo o subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante.

b. El acuerdo haya sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.

Estos acuerdos han de ser homologados judicialmente, y no podrán ser objeto de rescisión.

No se tendrán en cuenta, a efectos del cómputo de las mayorías indicadas, los pasivos financieros titularidad de acreedores que tengan la consideración de persona especialmente relacionada conforme al apartado 2 del artículo 93 quienes, no obstante, podrán quedar afectados por la homologación prevista en esta Disposición adicional.

A los efectos de esta Disposición, tendrán la consideración de acreedores de pasivos financieros los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera. Quedan excluidos de tal concepto los acreedores por créditos laborales, los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público.

A los efectos del cómputo de las mayorías necesarias para la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación y la extensión de sus efectos a acreedores no participantes o disidentes, se entenderá, en caso de acuerdos sujetos a un régimen o pacto de sindicación que los acreedores suscriben el acuerdo de refinanciación cuando voten a su favor los que representen al menos el 75 por ciento del pasivo representado por el acuerdo, salvo que las normas que regulan la sindicación establezcan una mayoría inferior, en cuyo caso será de aplicación esta última.

Voluntariamente podrán adherirse al acuerdo de refinanciación homologado los demás acreedores que no lo sean de pasivos financieros ni de pasivos de derecho público. Estas adhesiones no se tendrán en cuenta a efectos del cómputo de las mayorías previstas en esta Disposición.

A los efectos de la presente Disposición Adicional Cuarta, se entenderá por valor de la garantía real de que goce cada acreedor el resultante de deducir, de

los nueve décimos del valor razonable del bien sobre el que esté constituida dicha garantía, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero ni superior al valor del crédito del acreedor correspondiente.

A estos exclusivos efectos, se entiende por valor razonable:

a) En caso de valores mobiliarios que coticen en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado o en instrumentos del mercado monetario, el precio medio ponderado al que hubieran sido negociados en uno o varios mercados regulados en el último trimestre anterior a la fecha de inicio de las negociaciones para alcanzar el acuerdo de refinanciación, de conformidad con la certificación emitida por la sociedad rectora del mercado secundario oficial o del mercado regulado de que se trate.

b) En caso de bienes inmuebles, el resultante de informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España.

c) En caso de bienes distintos de los señalados en las letras anteriores, el resultante de informe emitido por experto independiente de conformidad con los principios y las normas de valoración generalmente reconocidos para esos bienes.

Los informes previstos en las letras b) y c) no serán necesarios cuando dicho valor hubiera sido determinado por experto independiente, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de inicio de las negociaciones para alcanzar el acuerdo de refinanciación.

Si concurrieran nuevas circunstancias que pudieran modificar significativamente el valor razonable de los bienes, deberá aportarse nuevo informe de experto independiente.

En el caso de que la garantía a favor de un mismo acreedor recaiga sobre varios bienes, se sumará la resultante de aplicar sobre cada uno de los bienes la regla del párrafo primero, sin que el valor conjunto de las garantías pueda tampoco exceder del valor del crédito del acreedor correspondiente.

En caso de garantía constituida en proindiviso a favor de dos o más acreedores, el valor de la garantía correspondiente a cada acreedor será el resultante de aplicar al valor total de la garantía la proporción que en la misma corresponda a cada uno de ellos, según las normas y acuerdos que rijan el proindiviso, sin perjuicio de las normas que, en su caso, resulten de aplicación a los préstamos sindicados.

A los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo y cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, se les extenderán, por la homologación judicial, los siguientes efectos acordados en el acuerdo de refinanciación:

a) Si el acuerdo ha sido suscrito por acreedores que representen al menos el 60 por ciento del pasivo financiero, las esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años, o la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo.

b) Si el acuerdo ha sido suscrito por acreedores que representen al menos el 75 por ciento del pasivo financiero, las siguientes medidas:

1º Las esperas con un plazo de cinco años o más, pero en ningún caso superior a diez.

2º Las quitas.

3º La conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora. En este caso:

i) Los acreedores que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo podrán optar entre la conversión de deuda en capital o una quita equivalente al importe del nominal de las acciones o participaciones que les correspondería suscribir o asumir y, en su caso, de la correspondiente prima de emisión o de asunción. A falta de indicación expresa, se entenderá que los citados acreedores optan por la referida quita.

ii) El acuerdo de aumento de capital del deudor necesario para la capitalización de créditos deberá adoptarse por la mayoría prevista, respectivamente, para las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas en los artículos 198 y 201.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. A efectos del artículo 301.1 del citado Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se entenderá que los pasivos financieros son líquidos, están vencidos y son exigibles.

4º La conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo de cinco años o más, pero en ningún caso superior a diez, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con

intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.

5º La cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago de la totalidad o parte de la deuda.

Por la homologación judicial, se extenderán a los acreedores de pasivos financieros que no hayan suscrito el acuerdo de refinanciación o que hayan mostrado su disconformidad al mismo, por la parte de su crédito que no exceda del valor de la garantía real, los efectos señalados con anterioridad, siempre que uno o más de dichos efectos hayan sido acordados, con el alcance que se convenga, por las siguientes mayorías, calculadas en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas:

a) Del 65%, cuando se trate de las medidas previstas en la letra a) del apartado anterior.

b) Del 80%, cuando se trate de las medidas previstas en la letra b) del apartado anterior.

La competencia para conocer de esta homologación corresponderá al juez de lo mercantil que, en su caso, fuera competente para la declaración del concurso de acreedores.

La solicitud podrá ser formulada por el deudor o por cualquier acreedor que haya suscrito el acuerdo de refinanciación y se acompañará del acuerdo de refinanciación adoptado, de la certificación del auditor sobre la suficiencia de las mayorías que se exigen para adoptar los acuerdos con los efectos previstos para cada caso, de los informes que en su caso hayan sido emitidos por expertos independientes designados conforme al artículo 71 bis. 4 y de la certificación del acuerdo de aumento de capital en caso de que ya hubiera sido adoptado. Si se hubiera emitido certificación, tasación o informe de los previstos en el apartado 2 de esta Disposición, también se acompañarán a la solicitud. El juez, examinada la solicitud de homologación, dictará providencia admitiéndola a trámite y declarará la paralización de las ejecuciones singulares hasta que se acuerde la homologación.

El secretario judicial ordenará la publicación de la providencia en el Registro Público Concursal por medio de un anuncio que contendrá los datos que identifiquen el deudor, el juez competente, el número del procedimiento judicial de homologación, la fecha del acuerdo de refinanciación y los efectos de aquellas medidas que en el mismo se contienen, con la indicación de que el acuerdo está a disposición de los acreedores en el

Juzgado Mercantil competente donde se hubiere depositado para la publicidad, incluso telemática, de su contenido.

El juez otorgará la homologación siempre que el acuerdo reúna los requisitos previstos en el apartado primero de esta Disposición y declarará la extensión de efectos que corresponda cuando el auditor certifique la concurrencia de las mayorías requeridas en los apartados tercero o cuarto.

La resolución por la que se apruebe la homologación del acuerdo de refinanciación se adoptará mediante un trámite de urgencia en el plazo de quince días y se publicará mediante anuncio insertado en el Registro Público Concursal y en el «Boletín Oficial del Estado», por medio de un extracto que contendrá los datos previstos en el último párrafo del apartado anterior.

Dentro de los quince días siguientes a la publicación, los acreedores de pasivos financieros afectados por la homologación judicial que no hubieran suscrito el acuerdo de homologación o que hubiesen mostrado su disconformidad al mismo podrán impugnarla. Los motivos de la impugnación se limitarán exclusivamente a la concurrencia de los porcentajes exigidos en esta disposición y a la valoración del carácter desproporcionado del sacrificio exigido.

Todas las impugnaciones se tramitarán conjuntamente por el procedimiento del incidente concursal, y se dará traslado de todas ellas al deudor y al resto de los acreedores que son parte en el acuerdo de refinanciación para que puedan oponerse a la impugnación. La sentencia que resuelva sobre la impugnación de la homologación, que deberá dictarse en un plazo de 30 días, no será susceptible de recurso de apelación y se le dará la misma publicidad prevista para la resolución de homologación.

Los efectos de la homologación del acuerdo de refinanciación se producen en todo caso y sin posibilidad de suspensión desde el día siguiente al de la publicación de la sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Los acreedores de pasivos financieros que no hubieran suscrito el acuerdo de homologación o que hubiesen mostrado su disconformidad al mismo pero resultasen afectados por la homologación mantendrán sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación del acuerdo de refinanciación ni los efectos de la homologación en perjuicio de aquéllos. Respecto de los acreedores financieros que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación, el mantenimiento de sus derechos frente a los demás obligados, fiadores o avalistas, dependerá de lo que se hubiera acordado en la respectiva relación jurídica.

En caso de no cumplir el deudor los términos del acuerdo de refinanciación, cualquier acreedor, adherido o no al mismo, podrá solicitar, ante el mismo juez que lo hubiera homologado, la declaración de su incumplimiento, a través de un procedimiento equivalente al incidente concursal, del que se dará traslado al deudor y a todos los acreedores comparecidos para que puedan oponerse a la misma.

Declarado el incumplimiento, los acreedores podrán instar la declaración de concurso de acreedores o iniciar las ejecuciones singulares. La sentencia que resuelva el incidente no será susceptible de recurso de apelación.

3. PRESUPUESTOS OBJETIVO, SUBJETIVO Y FORMAL DEL CONCURSO DE ACREEDORES

Para que se declare un concurso de acreedores, es necesario que se cumplan tres presupuestos fundamentales: uno objetivo, uno subjetivo y uno formal.

Hemos de entender, en primer lugar, por **presupuesto objetivo** como aquella situación de hecho que tiene que darse para entender que un determinado sujeto se encuentra en situación de concurso de acreedores. De esta manera, hemos de entender que el presupuesto objetivo del concurso de acreedores es la insolvencia del deudor.

Así, ha de entenderse que está en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (artículo 2 LC). La insolvencia, a su vez, se clasifica en dos tipos, la insolvencia actual y la insolvencia inminente.

Por una parte, la insolvencia es *actual* cuando el deudor ya no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles, esto es, a día de hoy ya no puede pagar a sus acreedores. Por otra parte, la insolvencia es *inminente* cuando el deudor prevé que no podrá cumplir con sus obligaciones de pago, esto es, por el momento puede pagar a sus acreedores, pero prevé razonablemente que, en un breve periodo de tiempo, no podrá hacerlo, esto es, su insolvencia no es actual, pero se prevé que va a serlo de forma más o menos inminente.

La diferencia entra ambas es fundamental de cara a las *consecuencias jurídicas* que produce. Así, mientras que en los casos de insolvencia inminente, el deudor tiene derecho a solicitar su declaración de concurso, y nadie puede pedirla por él (no habrá lugar a concursos necesarios en esta situación, como ya veremos más adelante); en la insolvencia actual, en cambio, el deudor tiene la obligación de solicitar el concurso de acreedores en el plazo

previsto por la ley, pudiendo incurrir de lo contrario en responsabilidad, y siendo una causa ésta, la solicitud tardía del concurso, de lo que más tarde veremos se denomina calificación de culpabilidad del mismo. A mayor abundamiento, en este caso, cualquier acreedor, entre otros, podría solicitar la declaración del concurso del propio deudor dando lugar a un concurso necesario, con las consecuencias que, más adelante veremos, éste conlleva.

Así las cosas, la determinación del momento en que el deudor se encuentra en insolvencia actual es vital de cara al cumplimiento con su obligación de solicitar el concurso de acreedores.

El plazo que la LC otorga a aquel que se encuentra en estado de insolvencia actual para solicitar la declaración del concurso de acreedores es un *plazo de dos meses a contar desde el momento en que el deudor hubiera conocido o debiera conocer su situación de insolvencia*, con las excepciones ya tratadas en relación a la moratoria prevista para las soluciones paraconcursoales.

Así, de cara a determinar el momento en que el deudor conoció o debió conocer su estado de insolvencia, la LC establece una serie de *presunciones*, esto es, define una serie de hechos que, de constatare su existencia, determinarían, salvo prueba en contra, que el deudor conoce o debe conocer que se halla en situación de insolvencia (artículo 2.4 LC). Estas presunciones son las siguientes:

1. *El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.* Es decir, el deudor deja de cumplir de manera generalizada con sus obligaciones de pago.

2. *La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.* Los acreedores han demandado al acreedor judicialmente o a través de procedimiento administrativo el pago de las cantidades, y habiendo estimado el juez o la autoridad administrativa correspondiente que asiste ese derecho de cobro al deudor, ha decretado embargo de cantidades o bienes del deudor para hacer frente a esa deuda frente al acreedor. Esta situación de embargos sobre el patrimonio debe tener carácter general, no siendo suficiente embargos puntuales que no afecten generalizadamente al patrimonio del deudor.

3. *El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.* El deudor, ante la situación en la que prevé va a verse inmerso, dispone de bienes o derechos por un precio inferior al de su valor de mercado y apresuradamente.

4. *El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses*

anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades. Son las que se han venido a denominar «obligaciones sensibles».

El **presupuesto subjetivo**, por su parte, hace mención a quiénes pueden ser declarados en concurso de acreedores. Pueden ser declarados en concurso tanto las personas físicas como las personas jurídicas. Igualmente, podrá ser declarada en concurso una herencia en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente, ya que en ese caso se confundirían activo y pasivo de herencia con las de aquel que la aceptó pura y simplemente y no procedería concurso de la herencia, sino, en su caso, de aquel que la hubiera aceptado. Sin embargo, no podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público.

Una vez tenemos identificado el presupuesto objetivo, la insolvencia, y el presupuesto subjetivo, el deudor que es susceptible de ser declarado en concurso de acreedores, vamos a proceder a estudiar cuál es el **presupuesto formal**, es decir, el proceso que se inicia con la solicitud del concurso de acreedores y finaliza con la declaración del mismo, esto es, lo que se ha venido a llamar el presupuesto formal del concurso de acreedores.

En primer lugar, por tanto, hemos de analizar quién está legitimado para solicitar el concurso de acreedores. Así, estarán legitimados (artículo 3 LC):

1. El deudor

El deudor está legitimado, como no puede ser de otra manera, para solicitar su propio concurso de acreedores, es más, no sólo está legitimado sino que, como hemos tenido oportunidad ya de saber, está obligado a ello cuando se encuentra en situación de insolvencia actual.

Cuando es el deudor el que solicita su declaración de concurso en tiempo y forma, éste se suele declarar en forma de concurso voluntario, lo que conlleva como regla general que el propio deudor mantenga sus facultades de disposición y administración, nombrándose un administrador concursal que va a ostentar tan sólo facultades de intervención. Esto significa que el deudor podrá seguir gestionando su propio negocio a través de su órgano de administración social, si bien el administrador concursal deberá autorizar los actos de disposición y administración que el concursado pretenda llevar a cabo desde la fecha de declaración de concurso.

Si el deudor fuera persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación.

2. *Los acreedores*

Los acreedores estarán legitimados igualmente a solicitar el concurso de un deudor suyo cuando en este concurren los presupuestos objetivo y subjetivo enunciados en la LC. No obstante lo anterior, no estará legitimado para solicitar un concurso de acreedores, aquel acreedor que, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud, hubiera adquirido el crédito por actos *inter vivos* y a título singular, después de su vencimiento.

3. *Los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables*, conforme a la legislación vigente, de las deudas de una persona jurídica podrán además solicitar el concurso de ésta.

4. *Los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia* podrán solicitar la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente. La solicitud formulada por un heredero producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario.

Además, cuando en actuaciones por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico se pongan de manifiesto indicios de estado de insolvencia de algún presunto responsable penal y de la existencia de una pluralidad de acreedores, el Ministerio Fiscal instará del juez que esté conociendo de la causa la comunicación de los hechos al juez de lo mercantil con competencia territorial para conocer del concurso del deudor, a los efectos pertinentes, por si respecto de éste se encontrase en tramitación un procedimiento concursal. Asimismo, instará el Ministerio Fiscal del juez que conozca de la causa la comunicación de aquellos hechos a los acreedores cuya identidad resulte de las actuaciones penales en curso, a fin de que, en su caso, puedan solicitar la declaración de concurso o ejercitar las acciones que les correspondan.

Por otra parte, la solicitud de concurso de acreedores no sólo debe hacerse por quien tenga legitimación para ello en los términos aquí expuestos, sino que, además, habrá de llevarse a cabo en una determinada forma y aportando una concreta información y documentación. Así, los requisitos formales para solicitar la declaración de concurso serán diferentes dependiendo de quién lo solicite.

Así, en caso de que sea *el propio deudor el que solicite su concurso de acreedores*, éste deberá:

1º) Presentar un *escrito de solicitud de declaración de concurso* donde habrá de especificar si su estado de insolvencia es actual o si lo prevé como inminente.

2º) Acompañar a la solicitud *los siguientes documentos*:

a) *Poder especial para solicitar el concurso*. Este documento podrá ser sustituido mediante la realización de apoderamiento *apud acta*, esto es, mediante declaración ante el secretario judicial del juzgado de lo mercantil que fuera a conocer del procedimiento concursal en virtud de la cual se conceda igualmente poder suficiente a abogado y procurador para solicitar el concurso en su nombre y representación.

b) *La memoria* expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, de la actividad o actividades a que se haya dedicado durante los tres últimos años y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular, de las causas del estado en que se encuentre y de las valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial. Además,

i) *Si el deudor fuera persona casada*, indicará en la memoria la identidad del cónyuge, con expresión del régimen económico del matrimonio.

ii) *Si el deudor fuera persona jurídica*, indicará en la memoria la identidad de los socios o asociados de que tenga constancia, de los administradores o de los liquidadores y, en su caso, del auditor de cuentas, así como si forma parte de un grupo de empresas, enumerando las entidades integradas en éste, y si tiene admitidos valores a cotización en mercado secundario oficial.

iii) *Si se tratase de una herencia*, se indicarán en la memoria los datos del causante.

c) Un *inventario de bienes y derechos*, con expresión de su naturaleza, lugar en que se encuentren, datos de identificación registral en su caso, valor de adquisición, correcciones valorativas que procedan y estimación del valor real actual. Se indicarán también los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y los datos de identificación.

d) *Relación de acreedores*, por orden alfabético, con expresión de la identidad, domicilio y dirección electrónica de cada uno de ellos, así como de la cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos y las garantías personales o reales constituidas. Si algún acreedor hubiera reclamado judicialmente el pago, se identificará el procedimiento correspondiente y se indicará el estado de las actuaciones.

e) La *plantilla de trabajadores* en su caso y la identidad del órgano de representación de los mismos si lo hubiere.

3º) *Si el deudor estuviera legalmente obligado a llevar contabilidad*, acompañará además:

1. *Cuentas anuales y, en su caso, informes de gestión o informes de auditoría* correspondientes a los tres últimos ejercicios.

2. *Memoria de los cambios significativos operados en el patrimonio con posterioridad* a las últimas cuentas anuales formuladas y depositadas y de las operaciones que por su naturaleza, objeto o cuantía excedan del giro o tráfico ordinario del deudor.

3. *Estados financieros intermedios* elaborados con posterioridad a las últimas cuentas anuales presentadas, en el caso de que el deudor estuviese obligado a comunicarlos o remitirlos a autoridades supervisoras.

4. *En el caso de que el deudor forme parte de un grupo de empresas*, como sociedad dominante o como sociedad dominada, acompañará también las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados correspondientes a los tres últimos ejercicios sociales y el informe de auditoría emitido en relación con dichas cuentas, así como una memoria expresiva de las operaciones realizadas con otras sociedades del grupo durante ese mismo período.

Como puede comprobarse, se trata de una información copiosa pero realmente necesaria, tanto para que el juez pueda tener elementos suficientes de hecho para determinar si el solicitante realmente se encuentra o no en situación de concurso de acreedores y, de ser así, las condiciones con las que ha de declarar éste. Es por eso que cuando no se acompaña alguno de los documentos mencionados o cuando alguno de ellos no cumple con los requisitos o datos exigidos, el deudor deberá expresar en su solicitud la causa que lo motiva.

En cambio, *cuando el que lo solicita es un acreedor* éste deberá presentar escrito de solicitud de concurso en el que habrá de expresar el título o hecho en el que funda su solicitud. Los títulos o hechos en los que puede fundar su solicitud coinciden con los enunciados con anterioridad en relación a las presunciones de que el deudor conoce o debe conocer su situación de insolvencia, las previstas en el artículo 2 apartado 4 de la LC. Así mismo, deberán expresar en el escrito de solicitud el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento, y situación actual del crédito, del que deberán acompañar todos los documentos que lo acrediten.

Los demás legitimados deberán expresar en la solicitud el carácter en el que la formulan, acompañando el documento del que resulte su legitimación o proponiendo la prueba para acreditarla.

En todos los casos, los legitimados para ello deberán presentar la solicitud de concurso ante el juzgado de lo mercantil del domicilio del deudor. Si hubiera más de uno en la circunscripción territorial correspondiente, se turnará la solicitud por reparto a uno de ellos.

En el mismo día o, si no fuera posible, en el siguiente hábil al de su reparto, el juez examinará la solicitud de concurso y, si la estimara completa, salvo las especificidades previstas respecto de las personas jurídicas a las que se refiere el artículo 13.1 de la LC, procederá:

1. En los casos en que el propio deudor solicitó su concurso:

- A dictar auto de declaración de concurso si estima se dan los presupuestos para ello.
- A archivar la solicitud, en caso contrario.

2. Cuando la solicitud hubiera sido presentada por un acreedor y se fundara en un embargo o en una investigación de patrimonio infructuosos o que hubiera dado lugar a una declaración administrativa o judicial de insolvencia, el juez dictará auto de declaración de concurso el primer día hábil siguiente.

3. Cuando la solicitud hubiera sido presentada por cualquier legitimado distinto al deudor y por un hecho distinto del anterior, el juez dictará auto, admitiéndola a trámite y ordenando el emplazamiento del deudor, con traslado de la solicitud, para que comparezca en el plazo de cinco días, dentro del cual se le pondrán de manifiesto los autos y podrá formular oposición a la solicitud, proponiendo los medios de prueba de que intente valerse; o bien allanamiento, es decir, mostrar conformidad por parte del deudor respecto a su situación de concurso y por tanto, la procedencia de la declaración del mismo.

a) En caso de allanamiento del deudor o de que éste no formulase oposición en plazo, el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores.

b) En caso de oposición, el deudor podrá basar ésta en la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o en que, aun existiendo, no se encuentra en estado de insolvencia. En este último caso, incumbirá al deudor la prueba de su solvencia y, si estuviera obligado legalmente a llevar contabilidad, esta prueba habrá de basarse en la que llevara conforme a derecho. Una vez el deudor formule la oposición, el secretario judicial, al

siguiente día, citará a las partes a la vista, a celebrar en el plazo de tres días, previniéndolas para que comparezcan a ella con todos los medios de la prueba que pueda practicarse en el acto y, si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevanza de contabilidad, advirtiéndolo a éste para que comparezca con los libros contables de llevanza obligatoria. La vista se celebrará bajo la presidencia del juez, dentro de los 10 días siguientes a aquél en que se hubiera formulado oposición. Practicadas las pruebas declaradas pertinentes o transcurrido el plazo fijado para ello, el juez, dentro de los tres días siguientes, dictará auto declarando el concurso o desestimando la solicitud. En caso de desestimación de la solicitud de concurso, una vez firme el auto, se procederá, a petición del deudor, a la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se le hubieran ocasionado como consecuencia de la solicitud de concurso, y, una vez determinados, se requerirá de pago al solicitante del concurso, procediéndose de inmediato, si no los pagase, a su exacción forzosa. Contra el pronunciamiento del auto sobre la estimación o desestimación de la solicitud de concurso cabrá, en todo caso, recurso de apelación.

En cualquiera de los casos en los que el juez de lo mercantil entendiere que procede la declaración de concurso, éste dictará un auto en virtud del cual se ordenará la misma y que comenzará a producir efectos desde el mismo día en que se haya dictado.

4. LA DECLARACIÓN DE CONCURSO Y SUS EFECTOS. LA ADMINISTRACIÓN

Como adelantábamos con anterioridad, el auto de declaración de concurso es aquella resolución dictada por el juez de lo mercantil, el juez del concurso, en virtud de la cual se acuerda por parte del juez la situación de concurso del deudor, y cuya fecha, marca un antes y un después, es un punto de inflexión, en tanto en cuanto produce una serie de efectos de vital importancia, lo que veremos más adelante.

El **auto de declaración de concurso** deberá contener los siguientes pronunciamientos:

1. El *carácter necesario o voluntario del concurso*, con indicación, en su caso, de que el deudor ha solicitado la liquidación o ha presentado propuesta anticipada de convenio. El concurso es necesario cuando no ha sido el concursado el que ha solicitado su concurso sino terceros con legitimación para ello. En estos casos se suele, como regla general, suspender las facultades de administración y disposición de contenido patrimonial al deudor, cuyo

órgano de administración social viene a ser sustituido por la administración concursal, en el caso de ser persona jurídica, o que, en caso de ser persona física, simplemente deja de tener facultades para llevar a cabo tales actos, pasando éstas, igualmente, a manos de la administración concursal.

El concurso es voluntario cuando el concursado ha solicitado su propio concurso. En estos casos, como regla general, se suele intervenir las facultades de disposición y administración de contenido patrimonial del deudor, cuyo órgano de administración social va a seguir ostentando las facultades que le son propias, si bien sometido a un régimen de autorizaciones por parte de la administración concursal. Sin embargo, hay un caso en el que, aun habiendo solicitado el concurso el deudor, éste se ha de declarar como necesario y no como voluntario, se trata del supuesto en que, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiera presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque éste hubiera desistido, no hubiera comparecido o no se hubiese ratificado (artículo 22 LC).

2. Los *efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor* respecto de su patrimonio, así como el nombramiento y las facultades de los administradores concursales.

3. *En caso de concurso necesario*, el requerimiento al deudor para que presente, en el plazo de 10 días a contar desde la notificación del auto, los documentos que habría de haber presentado si hubiera llevado a cabo su propia solicitud de concurso (artículo 6 LC).

4. En su caso, las *medidas cautelares que el juez considere necesarias* para asegurar la integridad, la conservación o la administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo.

5. El *llamamiento a los acreedores* para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» del auto de declaración de concurso.

6. La *publicidad* que haya de darse a la declaración de concurso.

7. *En caso de persona física*, y si procediera, la decisión sobre la formación de pieza separada, conforme a lo dispuesto en relación con la disolución de la sociedad de gananciales.

8. En su caso, la decisión sobre la procedencia de aplicar el *procedimiento abreviado*.

Una vez ha sido dictado el auto del concurso, además, la administración concursal habrá de llevar a cabo sin demora una comunicación

individualizada a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio consten en la documentación que obre en autos, informando de la declaración de concurso y del deber de comunicar los créditos en la forma establecida por la Ley. La comunicación, tras la reforma de 2011, se debe realizar por medios telemáticos, informáticos o electrónicos cuando conste la dirección electrónica del acreedor. Sin embargo, en relación a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social, habrá de comunicárseles aunque no consten como acreedores, a través de los medios electrónicos que éstas habiliten en sus respectivas sedes electrónicas. Igualmente se comunicará a la representación de los trabajadores, si la hubiere, haciéndoles saber de su derecho a personarse en el procedimiento como parte.

La publicidad de la declaración de concurso, así como de las restantes notificaciones, comunicaciones y trámites del procedimiento, se realizará preferentemente por medios telemáticos, informáticos y electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, garantizando la seguridad y la integridad de las comunicaciones. El extracto de la declaración de concurso se publicará, con la mayor urgencia y de forma gratuita, en el *BOE*, y contendrá únicamente los datos indispensables para la identificación del concursado, incluyendo su Número de Identificación Fiscal, el juzgado competente, el número de autos y el Número de Identificación General del procedimiento, la fecha del auto de declaración de concurso, el plazo establecido para la comunicación de los créditos, la identidad de los administradores concursales, el domicilio postal y la dirección electrónica señalados para que los acreedores, a su elección, efectúen la comunicación de créditos, el régimen de suspensión o intervención de facultades del concursado y la dirección electrónica del Registro Público Concursal donde se publicarán las resoluciones que traigan causa del concurso.

El juez podrá igualmente acordar cualquier otra forma de publicidad complementaria siempre y cuando la considerara imprescindible para la efectiva difusión de los actos de concurso.

Las demás resoluciones que, conforme a esta Ley, deban ser publicadas por medio de edictos, lo serán en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del juzgado.

El auto de declaración del concurso así como el resto de resoluciones concursales que conforme a las disposiciones de esta Ley deban ser objeto de publicidad, se insertarán además en el Registro Público Concursal con arreglo al procedimiento que reglamentariamente se establezca.

Adicionalmente, la declaración de concurso resulta merecedora igualmente de publicidad registral que resulte procedente (registro mercantil, registro de la propiedad, registro civil, registro de bienes muebles, etc.).

El procedimiento concursal, como decíamos, se puede tramitar a través del procedimiento ordinario, o del procedimiento abreviado. El procedimiento abreviado es un procedimiento concursal de carácter simplificado previsto para deudores con un pasivo de menor entidad.

Así, el juez *podrá aplicar el procedimiento abreviado* cuando, a la vista de la información disponible, considere que el concurso no reviste especial complejidad, atendiendo a las siguientes circunstancias:

1. Que la lista presentada por el deudor incluya menos de cincuenta acreedores.
2. Que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros.
3. Que la valoración de los bienes y derechos no alcance los cinco millones de euros.

También podrá aplicarlo cuando el deudor presente propuesta anticipada de convenio o una propuesta de convenio que incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo.

Por otra parte, cuando el deudor sea una persona natural el juez valorará especialmente si responde o es garante de las deudas de una persona jurídica y si es administrador de alguna persona jurídica.

Sin embargo, *el juez aplicará necesariamente el procedimiento abreviado*, por lo que ya no estamos ante una mera discrecionalidad de éste, sino ante una previsión de cumplimiento obligatorio, cuando el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento o que el deudor hubiera cesado completamente en su actividad y no tuviera en vigor contratos de trabajo.

En caso de que existiera una modificación de las circunstancias antedichas, el juez podrá, a instancias del deudor, de la administración concursal, o del propio acreedor, y atendiendo a la mayor o menor complejidad del concurso, transformar un procedimiento abreviado en ordinario o un procedimiento ordinario en abreviado.

El concurso abreviado se caracteriza por tener especiales previsiones en relación al acortamiento de los plazos, a la presentación de concurso con propuesta anticipada de convenio, así como a la presentación de concurso

con petición de liquidación anticipada. Por tanto, la LC regula estas especialidades del procedimiento abreviado disponiendo que, supletoriamente, se aplicarán a este procedimiento las normas del ordinario, esto es, que todo aquello que no tenga previsto una específica regulación dentro de las especialidades que la Ley establece para el procedimiento abreviado, habrá de regirse por lo previsto para el procedimiento ordinario.

Así, entre las *especiales previsiones que lleva a cabo la LC en relación al procedimiento concursal abreviado, hemos de citar, en relación al acortamiento de plazos* (artículo 191 LC), las siguientes:

1. El administrador concursal deberá presentar el inventario de bienes y derechos de la masa activa dentro de los 15 días siguientes a la aceptación del cargo.

2. El administrador concursal deberá presentar su informe en el plazo de un mes, contado a partir de la aceptación del cargo. Razonadamente, podrá solicitar al juez una prórroga que en ningún caso excederá de 15 días.

3. El administrador concursal practicará la comunicación a los acreedores del inventario y del pasivo del concurso al menos 5 días antes de la presentación de la lista de acreedores.

4. El secretario judicial formará pieza separada en la que se tramitará lo relativo a las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores, y, al día siguiente, sin incoar incidente, dará traslado de las mismas al administrador concursal. Éste en el plazo de 10 días, comunicará al juzgado si acepta la pretensión, incorporándola a los textos definitivos, o si se opone formalmente a la misma, proponiendo a su vez la prueba que considere pertinente. Contestada la demanda o transcurrido el plazo para ello, el proceso continuará con la contestación por parte del demandado (administración concursal y concursado) hasta que se dicte sentencia. Entre la contestación a la demanda y la sentencia se podrá celebrar vista si hubiera actividad probatoria que practicar. Si hubiera más de una impugnación, se acumularán de modo que se tramiten y resuelvan en una sola vista.

5. El administrador concursal deberá informar de inmediato al juez de la incidencia de las impugnaciones sobre el quórum y las mayorías necesarias para aprobar el convenio. Si las impugnaciones afectaran a menos del 20% del activo o del pasivo del concurso, el juez podrá ordenar la finalización de la fase común y la apertura de la fase de convenio o liquidación, sin perjuicio del reflejo que las impugnaciones puedan tener en los textos definitivos.

6. El plazo para la presentación de propuestas ordinarias de convenio finalizará en todo caso 5 días después de la notificación del informe del

administrador concursal. Admitida a trámite la propuesta de convenio, el secretario judicial señalará fecha para la celebración de la junta de acreedores dentro de los 30 días hábiles siguientes.

7. Si en el plazo previsto en el apartado anterior no se hubiera presentado propuesta de convenio, el secretario judicial abrirá de inmediato la fase de liquidación requiriendo al administrador concursal para que presente el plan de liquidación en el plazo improrrogable de diez días.

8. Una vez aprobado el plan, las operaciones de liquidación no podrán durar más de tres meses, prorrogables, a petición de la administración concursal, por un mes más.

Por su parte, en relación a las *especialidades del procedimiento abreviado en caso de solicitud de concurso con presentación de propuesta de convenio* (artículo 191 bis LC), hemos de hacer mención a las siguientes:

1. En el auto de declaración de concurso el juez se pronunciará sobre la admisión a trámite de la propuesta de convenio presentada por el deudor con su solicitud.

2. El administrador concursal deberá evaluar la propuesta de convenio presentada por el deudor, dentro del plazo de diez días a contar desde la publicación de la declaración de concurso.

3. La aceptación de la propuesta de convenio se realizará por escrito. Los acreedores que no se hubieran adherido antes a la propuesta de convenio presentada por el deudor podrán hacerlo hasta cinco días después de la fecha de presentación del informe del administrador concursal.

4. Dentro de los tres días siguientes a aquél en el que hubiere finalizado el plazo para formular adhesiones, el secretario judicial verificará si la propuesta de convenio alcanza la mayoría legalmente exigida y proclamará el resultado mediante decreto. Si la mayoría resultase obtenida, el juez, inmediatamente después de la expiración del plazo de oposición a la aprobación judicial del convenio, dictará sentencia aprobatoria, salvo que se hubiera formulado oposición a dicha aprobación o proceda su rechazo de oficio. Si hubiera oposición, el secretario judicial admitirá la demanda y el juez podrá requerir al impugnante que preste caución por los daños o perjuicios que para la masa pasiva y activa del concurso pueda suponer la demora en la aprobación del convenio.

Por último, entre las *especialidades del procedimiento abreviado en caso de solicitud de concurso con presentación de plan de liquidación* (artículo 191 *ter* LC), hemos de reseñar las siguientes:

1. Si el deudor hubiera solicitado la liquidación al tiempo de la solicitud del concurso, el juez acordará de inmediato la apertura de la fase de liquidación.

2. Una vez se ha abierto la fase de liquidación, el secretario judicial dará traslado del plan de liquidación presentado por el deudor para que sea informado en el plazo de diez días por el administrador concursal y para que los acreedores puedan realizar alegaciones.

3. El informe del administrador concursal deberá incluir necesariamente el inventario de la masa activa del concurso y evaluar el efecto de la resolución de los contratos sobre las masas activa y pasiva del concurso.

4. En el auto por el que se apruebe el plan de liquidación, el juez podrá acordar la resolución de los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes, con excepción de aquellos que se vinculen a una oferta efectiva de compra de la unidad productiva o de parte de ella.

5. En caso de suspenderse las operaciones de liquidación con motivo de las impugnaciones del inventario o de la lista de acreedores, el juez podrá requerir a los impugnantes para que presten una caución que garantice los posibles daños y perjuicios por la demora.

Por último, vamos a hacer una referencia a la figura de la **administración concursal**. La administración concursal es uno de los órganos del concurso de acreedores, en concreto, el órgano auxiliar del juez del concurso. Está integrado generalmente por un miembro profesional, designado por el juez de entre las listas oficiales que les son facilitadas con aquellas personas que cumplen los requisitos fijados por la ley para desempeñar el cargo, y su función es principalmente la de procurar intervenir o gestionar las masas activas y pasivas de la concursada para lograr la mejor satisfacción de los acreedores, con respeto a los principios y normas propias de la LC y del resto de disposiciones legales aplicables.

La administración concursal está integrada por un único miembro (modificación llevada a cabo por la reforma del 2011). Así, para poder ejercer el cargo de administrador concursal es necesario cumplir alguno de los siguientes requisitos:

1. Ser *abogado* en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, que hubiera acreditado formación especializada en Derecho Concursal.

2. Ser *economista*, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal.

3. Ser una *persona jurídica en la que se integre, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas*, y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal.

No obstante, la ley prevé una serie de casos especiales:

– En caso de concurso de una entidad emisora de valores o instrumentos derivados que se negocien en un mercado secundario oficial, de una entidad encargada de regir la negociación, compensación o liquidación de esos valores o instrumentos, o de una empresa de servicios de inversión, será nombrado administrador concursal un miembro del personal técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores u otra persona propuesta por ésta con la cualificación del número 2º del apartado anterior, a cuyo efecto la Comisión Nacional del Mercado de Valores comunicará al juez la identidad de aquélla.

– En caso de concurso de una entidad de crédito o de una entidad aseguradora, el juez nombrará al administrador concursal de entre los propuestos respectivamente por el Fondo de Garantía de Depósitos y el Consorcio de Compensación de Seguros.

Se prevé, además, para caso de *concurso ordinarios de especial trascendencia*, que el juez nombrará, además del administrador concursal abogado, economista o persona jurídica, a un administrador concursal acreedor titular de créditos ordinarios o con privilegio general no garantizado de entre los que figuren en el primer tercio de mayor importe. A estos efectos, cuando el conjunto de las deudas con los trabajadores por los créditos salariales estuviera incluida en el primer tercio de mayor importe, el juez podrá nombrar como administrador acreedor a la representación legal de los trabajadores, que deberá designar un profesional que reúna la condición de economista, titulado mercantil, auditor de cuentas o abogado, quedando sometido al mismo régimen de incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones, remuneración y responsabilidad que los demás miembros de la administración concursal.

Se entiende por concursos de especial trascendencia aquellos en los que concurra uno de los siguientes supuestos:

1. Que la cifra de negocio anual del concursado haya sido de cien millones de euros o superior en cualquiera de los tres ejercicios anteriores a aquél en que sea declarado el concurso.

2. Que el importe de la masa pasiva declarada por el concursado sea superior a cien millones de euros.

3. Que el número de acreedores manifestado por el concursado sea superior a mil.

4. Que el número de trabajadores sea superior a cien o lo haya sido en alguno de los tres ejercicios anteriores a la declaración del concurso.

En todo caso, el juez del concurso, de oficio o a instancia de un acreedor de carácter público o de la administración concursal, en aquellos concursos en que exista una causa de interés público que así lo justifique y aun cuando no concurren los supuestos antes mencionados, podrá nombrar como administrador concursal acreedor a una Administración pública o a una entidad de Derecho Público vinculada o dependiente de ella. Cuando el acreedor designado sea una Administración pública o una entidad de Derecho Público vinculada o dependiente de ella, la designación del profesional podrá recaer en cualquier empleado público con titulación universitaria, de graduado o licenciado en ámbitos pertenecientes a las ciencias jurídicas o económicas, y su régimen de responsabilidad será el específico de la legislación administrativa.

Todos aquellos que deseen desempeñar el cargo de administrador concursal, salvo los empleados públicos designados por la Administración Pública para ello, deberán inscribirse en una lista que recogerá todos aquellos profesionales y personas jurídicas aptos y disponibles para el desempeño de la función. Aquéllos que deseen inscribirse en la lista deberán acreditar, además de los requisitos expuestos con anterioridad, su formación en materia concursal y su compromiso de continuar la formación en esta materia, pudiendo además solicitar la inclusión en la lista de su experiencia como administradores concursales o auxiliares delegados en otros concursos, así como de otros conocimientos o formación especiales que puedan ser relevantes a los efectos de su función.

Estas listas son remitidas a los juzgados decanos por parte de los registros oficiales de auditores de cuentas y los correspondientes colegios profesionales, quienes presentarán, en el mes de diciembre de cada año, para su utilización desde el primer día del año siguiente, los respectivos listados de personas disponibles, incluidas las personas jurídicas. Los profesionales cuya colegiación no resulte obligatoria podrán solicitar, de forma gratuita, su inclusión en la lista en ese mismo período justificando documentalmente la formación recibida y la disponibilidad para ser designados. Igualmente las personas jurídicas podrán solicitar su inclusión, reseñando los profesionales que las integran y, salvo que ya figuraran en las listas, su formación y disponibilidad.

Finalmente, los jueces de lo mercantil, a la hora de dictar un auto de declaración de concurso, habrán de designar un administrador concursal

de entre los incluidos en las listas procurando una distribución equitativa. No obstante, el juez podrá, apreciándolo razonadamente, designar a unos concretos administradores concursales, aunque no sea tan equitativa la distribución por haber sido nombrados más a menudo en el juzgado de que se trate, cuando el previsible desarrollo del proceso exija una experiencia o unos conocimientos o formación especiales, como los vinculados a asegurar la continuidad de la actividad empresarial o que se puedan deducir de la complejidad del concurso.

Para concursos ordinarios deberá designar a quienes acrediten su participación como administradores o auxiliares delegados en otros concursos ordinarios o, al menos, tres concursos abreviados, salvo que el juez considere, de manera motivada, idónea la formación y experiencia de los que designe en atención a las características concretas del concurso.

Hay casos en los que, a pesar de concurrir los requisitos exigidos para ello en las personas a designar como administrador concursal en un determinado procedimiento concursal, no podrán desempeñar tal cargo, por darse en ellos una serie de causas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición.

De esta manera, no podrán ser nombrados administradores concursales (artículo 28 LC):

1. Quienes no puedan ser administradores de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, ni quienes hayan prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con éste en los últimos tres años, incluidos aquellos que durante ese plazo hubieran compartido con aquél el ejercicio de actividades profesionales de la misma o diferente naturaleza.

2. Los que se encuentren, cualquiera que sea su condición o profesión, en alguna de las situaciones a que se refiere el artículo 51 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, en relación con el propio deudor, sus directivos o administradores, o con un acreedor que represente más del 10% de la masa pasiva del concurso.

3. Los abogados, auditores, economistas o titulados mercantiles que hubieran sido designados para dicho cargo por el mismo juzgado en tres concursos dentro de los dos años anteriores. A estos efectos, los nombramientos efectuados en concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas se computarán como uno solo. Esta limitación no se aplicará en el caso de las personas jurídicas, ni en aquellos casos en que no existan suficientes profesionales disponibles en la lista correspondiente.

4. Quienes hubieran sido separados de este cargo dentro de los dos años anteriores, ni quienes se encuentren inhabilitados por sentencia firme de desaprobación de cuentas en concurso anterior.

5. En un mismo concurso, quienes estén entre sí vinculados personal o profesionalmente. Para apreciar la vinculación personal se aplicarán las reglas establecidas en el artículo 93 de la LC. Se apreciará vinculación profesional, en cambio, en las personas entre las que existan, o hayan existido en los dos años anteriores a la solicitud del concurso, de hecho o de derecho, relaciones de prestación de servicios, de colaboración o de dependencia, cualquiera que sea el título jurídico que pueda atribuirse a dichas relaciones.

6. Quien, como experto independiente, hubiera emitido el informe favorable en relación con un acuerdo de refinanciación que hubiera alcanzado el deudor antes de su declaración de concurso.

El nombramiento de administrador concursal será comunicado al designado por el medio más rápido. Dentro de los cinco días siguientes al de recibo de la comunicación, el designado deberá comparecer ante el juzgado para acreditar que tiene suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente proporcional a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto en los términos que se desarrollen reglamentariamente, para responder de los posibles daños en el ejercicio de su función y manifestar si acepta o no el encargo. Cuando el administrador concursal sea una persona jurídica recaerá sobre ésta la exigencia de suscripción del seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente. De concurrir en el administrador concursal alguna causa de recusación, estará obligado a manifestarla. Aceptado el cargo, el secretario judicial expedirá y entregará al designado documento acreditativo de su condición de administrador concursal.

Este mismo régimen de incompatibilidades y prohibiciones será aplicable a los auxiliares delegados. Los auxiliares delegados son aquellas personas en las que han de concurrir los mismos requisitos que para ser nombrado administrador concursal, y que son nombrados por el juez a petición de estos cuando voluntariamente lo solicitan para ser ayudados en su labor, bien de forma genérica, bien para la realización de determinadas tareas, siempre por delegación del administrador concursal; o bien, cuando obligatoriamente prevea la ley hayan de ser nombrados.

El nombramiento de, al menos, un auxiliar delegado será obligatorio:

1. En empresas con establecimientos dispersos por el territorio.
2. En empresas de gran dimensión.

3. Cuando se solicite prórroga para la emisión del informe.

4. En concursos conexos en los que se haya nombrado una administración concursal única.

Estarán retribuidos con cargo a los aranceles de la administración concursal, y sometidos además, a su mismo régimen de recusación y responsabilidad.

El nombramiento de los auxiliares delegados se realizará sin perjuicio de la colaboración con los administradores concursales del personal a su servicio o de los dependientes del deudor.

5. LA MASA ACTIVA: REDUCCIÓN Y REINTEGRACIÓN

La formación o constitución de la masa activa se rige por los principios de universalidad y de ejecutabilidad. Ambos principios delimitan y concretan efectivamente lo que es y lo que ha de entenderse por masa activa.

Constituyen la **masa activa** todos aquellos bienes y derechos, sean éstos presentes o lo sean futuros, sean ciertos o razonables expectativas de derechos (piénsese por ejemplo en las expectativas de cumplimiento de la otra parte –*in bonis*– en un negocio jurídico), que son susceptibles de ejecución. Si un bien no puede ejecutarse por una restricción, causa o voluntad legal, no conformará parte de la masa activa. Un bien o un derecho formarán parte de la masa activa primero, si pertenecen al deudor, esto es, la posesión dimana de un título legal e irrevocable de propiedad. Segundo, que el bien tenga naturaleza y carácter patrimonial, pues solo de este modo puede ejecutarse en su caso, y proporcionar viabilidad a la satisfacción concursal. Y finalmente, que esos activos, bienes o derechos puedan ser realizables, ser susceptibles de uso y realización, cuestión que no sucede con bienes inembargables y afectos a los derechos de la personalidad.

No han de confundirse empero estas reglas, integración universal de bienes y derechos, con las más restringidas que informan el inventario de la masa activa que ha de elaborar la administración concursal, pues éste ha de limitarse a reflejar la situación patrimonial del concursado en una fecha fija, la de su cierre, que a su vez será la del día anterior a la emisión del informe por la administración concursal.

Delimitar la masa activa implica realizar una serie de actividades que perfilen su extensión y amplitud, bien sean separando y entregando bienes que no son titularidad del deudor concursado pero que éste poseía, bien reintegrando al patrimonio del concurso aquellos bienes y derechos

que nunca debieron salir del patrimonio del deudor. Así las cosas, declarado el concurso, e intervenido o suspenso y sustituidos de sus facultades patrimoniales el concursado, la administración concursal podrá encontrarse con bienes y derechos que no pertenecen al deudor y sí a un tercero pero que están en posesión de aquél. Estos bienes y derechos no pueden soportar la carga de ser satisfechos en el concurso de acreedores del deudor insolvente. Tienen derecho a la recuperación de esos bienes ejercitando el derecho de separación que otorga la norma concursal (artículo 80 Ley Concursal) y probando su titularidad dominical. El deudor concursado gozaba hasta ese momento, también la administración concursal, de la publicidad posesoria y en su caso registral conforme a los dictados de los artículos 448 Código civil y 38 Ley Hipotecaria. Derecho de separación del tercero titular dominical que puede coexistir con un derecho de uso, de garantía real o facultad retentoria por parte del deudor concursado y que complejiza la realización de la *separatio ex iure domini*. El deudor y, en su caso, la administración concursal, tienen un deber de custodiar y conservar esos bienes en tanto en cuanto no se separen de la masa activa.

Ahora bien, no siempre el titular del bien podrá recuperar efectivamente la posesión del bien. Ciertamente la Ley concursal estatuye en los artículos 80 y 81 el ejercicio del derecho de separación del *verus dominus* así como las consecuencias de la imposibilidad de recuperar el bien o derecho que era de su propiedad, transformando su pretensión a la restitución en un crédito, que paradójicamente, se califica como ordinario. El artículo 81 es taxativo cuando establece que si los bienes y derechos susceptibles de separación hubieran sido enajenados por el deudor antes de la declaración de concurso a tercero de quien no puedan reivindicarse, el titular perjudicado podrá optar entre exigir la cesión del derecho a recibir la contraprestación si todavía el adquirente no la hubiere realizado, o comunicar a la administración judicial, para su reconocimiento en el concurso, el crédito correspondiente al valor que tuvieran los bienes y derechos en el momento de la enajenación o en otro posterior, a elección del solicitante, más el interés legal. Asimismo la Ley reconoce que el crédito que resulte a favor del titular perjudicado tendrá la consideración de crédito concursal. Tal y como se configura el ejercicio del derecho de separación en la Ley Concursal no se prevé un plazo específico para solicitar la separación, de modo que el titular del bien hará o podrá hacer valer su derecho en cualquier momento del procedimiento concursal, con el lógico límite que la acción que dimana del propio derecho ya hubiere prescrito.

Así las cosas, los problemas comienzan cuando el titular del bien no puede ejercer su *derecho de separación* dado que el concursado ha transmitido el bien o derecho a un tercero irreivindicable, que goza de la posesión en bienes muebles o de la inscripción en el caso de inmuebles, o en caso de ser un título valor de su endoso y entrega a su favor. En efecto, si antes de la declaración del concurso el deudor ha transmitido o enajenado a un tercero el bien o derecho que es objeto de la pretensión de separación, ésta deviene inviable y a la vez ineficaz si el tercero adquirió onerosamente y de buena fe (artículo 464 CC y 85 CCom). La Ley brinda en estos supuestos como solución al *verus dominus* desposeído y sin posibilidad de recuperar el bien ya titularidad de un tercero irreivindicable, dos soluciones. De un lado, la de sustituir el bien por el derecho a la contraprestación, y la segunda, otorgar un crédito concursal equivalente al valor del bien o derecho que no se puede restituir. Irreivindicable el bien, el derecho a la separación se transforma en una suerte de subrogación a la contraprestación que el tercero ha de satisfacer al concursado si es que todavía no lo ha hecho, y en último recurso, y ante la infructuosidad de ésta, restará al titular del derecho la comunicación de su crédito al concurso. Opción ésta que cobrará cuerpo cuando el tercero sí hubiere satisfecho su contraprestación al concursado. Si bien no obstaculiza el artículo 81 la reclamación directa del valor del bien por parte del titular aun cuando el tercero todavía no hubiere satisfecho la contraprestación. Adviértase que el valor del bien puede ser diferente del montante de la contraprestación debido, pudiendo el titular del derecho de separación optar por uno u otro. Y será él quien decidirá por una u otra vía, y por un valor u otro. Es él quien optará bien por el valor del bien en el momento de la transmisión bien por el que tenga en el momento de entablar el derecho de separación y siempre con el interés legal del dinero.

Resta finalmente una última valoración del artículo 81.2 de la Ley Concursal. La misma establece que el titular del derecho de separación al convertirse en acreedor concursal tiene la carga de comunicar a la administración concursal la valoración del crédito que realice con arreglo a alguno de los criterios del artículo 81.1 in fine de la norma. Ahora bien, es competencia de la administración reconocer los créditos, y dentro del reconocimiento indudablemente habrá una referencia expresa a la cuantía del crédito mismo, pero ésta nunca puede venir impuesta por el acreedor, salvo que así se acredite y justifique. Por tanto, la fecha a tener en cuenta para comunicar el crédito no es la de la aceptación de la valoración, sino de la pretensión del titular del derecho de separación que por unos u otros motivos no puede recuperar la posesión de la cosa.

La otra cara de la moneda en la configuración y determinación de la masa activa lo constituyen las ***acciones de reintegración***. En efecto, integran la masa activa tal y como señala el artículo 76 Ley Concursal, los bienes y derechos que sean patrimonio del deudor a la fecha de declaración del concurso y los que se reintegren o adquiriera hasta la conclusión del procedimiento. A través de las acciones rescisorias, la administración concursal busca que todos aquellos actos de dominio y disposición de bienes realizados por el deudor durante un período de tiempo inmediatamente anteriores al auto que declare el concurso de acreedores sean anulados. De este modo y protegiendo a los acreedores terceros se busca que vuelvan al patrimonio del deudor concursado bienes que han salido o sido enajenados por este en fechas próximas a la declaración concursal. El efecto de la rescisoria concursal es dejar ineficaz el acto por el cual salió del patrimonio del deudor un determinado bien o derecho. Se anula un negocio jurídico que no tiene vicios de la voluntad. Una acción rescisoria no es una acción de nulidad. En la nulidad la finalidad de la acción es tutelar a una de las partes del contrato que ha sufrido vicios en la contratación. Con la rescisoria que sólo opera respecto de los actos realizados por el concursado dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso de acreedores se protege el patrimonio, su integridad en busca de la indemnidad de los terceros acreedores. Con un límite temporal infranqueable, como máximo dos años, y siempre que se pruebe que estamos ante actos perjudiciales para la masa activa, y por ende, para los intereses del concurso y sobre todo, de los acreedores que componen la masa pasiva, procederá el entablamiento de la acción rescisoria. Se deja en un segundo plano la intención de defraudar y distraer bienes a través de negocios jurídicos con causa o finalidad distinta, simulada, indirecta a la real. La rescisoria se engarza e inserta, con lo que su naturaleza se adhiere dentro de un procedimiento concursal que tiene como finalidad traer a la masa lo que indebidamente nunca debió salir de ella con la intención de perjudicar y debilitar a los acreedores.

De este modo, declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta. La ley no niega la prueba en contrario, ahora bien, se presume el perjuicio patrimonial, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real.

La norma concursal presume el perjuicio patrimonial, salvo prueba en contrario, en todos aquellos actos o negocios dispositivos que, de un lado se hubieren realizado a título oneroso a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado (véase artículo 93 tanto personas físicas como jurídicas, familiares, etc.); de otro lado, los actos o negocios que consistan en la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas. Y finalmente, se presume perjuicio, en los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso. Salvo en estos supuesto que gozan de un presunción objetiva y automática, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.

Salva la norma concursal del ámbito operativo de la rescisoria todos aquellos actos que correspondan con la gestión ordinaria de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales. Los actos comprendidos en el ámbito de Leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados. Así como, todas aquellas garantías constituidas a favor de los créditos de Derecho Público y a favor del FOGASA en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica.

De igual modo y relacionando la eficacia de la acción rescisoria en aras de la reintegración con la posibilidad de acuerdos de refinanciación y re-*flotamiento* de la empresa, *ex* artículo 5 de la norma concursal, tras sendas reformas tanto la de 2009 como la de 2011, tampoco podrán ser objeto de rescisión los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, cuando en virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo y que con anterioridad a la declaración del concurso, el acuerdo haya sido suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación. En el caso de acuerdos de grupo, el porcentaje señalado se calculará tanto en base individual, en relación con todas y cada una de las sociedades afectadas, como en base consolidada, en relación con los créditos de cada grupo o subgrupo afectados y excluyendo en ambos casos

del cómputo del pasivo los préstamos y créditos concedidos por sociedades del grupo. De igual modo, siempre que el acuerdo haya sido informado favorablemente por un experto independiente designado a su prudente arbitrio por el registrador mercantil del domicilio del deudor conforme a lo previsto en el Reglamento del Registro Mercantil.

Si el acuerdo de refinanciación afectara a varias sociedades del mismo grupo, el informe podrá ser único y elaborado por un solo experto, designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, si estuviera afectada por el acuerdo o en su defecto por el del domicilio de cualquiera de las sociedades del grupo. El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor, sobre el carácter razonable y realizable del plan en las condiciones definidas en el párrafo primero y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo. Cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo. La norma prescribe además, que el acuerdo de refinanciación hubiere sido formalizado en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores.

Están legitimados para plantear las acciones rescisorias, así como otras de impugnación, la administración concursal. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello, estarán legitimados para ejercitarla si la administración concursal no lo hiciera dentro de los dos meses siguientes al requerimiento. Queda al margen la impugnabilidad de los acuerdos de refinanciación *ex* artículo 71.6 que sólo podrá realizarse por la administración concursal. Legitimador pasivo será el deudor así como quienes hubieren sido parte en el acto impugnado. Si el bien que se pretenda reintegrar hubiera sido transmitido a un tercero, la demanda también deberá dirigirse contra éste cuando el actor pretenda desvirtuar la presunción de buena fe del adquirente o atacar la irreivindicabilidad de que goce o la protección derivada de la publicidad registral.

Las acciones rescisorias y demás de impugnación se tramitarán por el cauce del incidente concursal. Las demandas interpuestas por los legitimados subsidiarios se notificarán a la administración concursal.

La finalidad sin duda de las rescisorias no es otra que la de situar al deudor concursado en la misma posición y con idéntico patrimonio al que

tenía antes de realizar tales actos dispositivos. El éxito de la rescisoria significa el reintegro de aquellos bienes y derechos que salieron indebidamente así como los intereses y frutos que los mismos hubiesen generado. Si además el tercero acreedor que negoció y formó parte del acto o negocio rescindido hubiere actuado con mala fe, dado que a estos efectos el fraude o mala fe del deudor no es relevante, su hipotético crédito frente al concurso sería subordinado. Así y tal como señala el artículo 73 la sentencia que estime la acción declarará la ineficacia del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses.

Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o que, conforme a la sentencia, hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal; si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa.

El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia aprecie mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado.

6. LA MASA PASIVA: CLASIFICACIÓN DE LOS CRÉDITOS

La masa pasiva no tiene personalidad jurídica, no es más que una unión de acreedores, de sujetos que se ven obligados a pasar por un procedimiento en el que probablemente no se dé satisfacción a la totalidad de sus intereses, de sus pretensiones. Y esa unión es universal, dado que se parte de un principio de integración, si bien el mismo no es forzoso en su plenitud al admitirse ciertas excepciones a la concursabilidad del crédito como ya hemos visto, y donde todos los acreedores tienen que ser concursales si quieren buscar o intentar al menos una satisfacción a sus demandas, a sus créditos, incluso aquellos que titulen garantías reales y personales, al margen de las excepciones tasadas, exclusivas y excluyentes que trazó, quizás excesivamente benevolente y permisivo el legislador. Es lo que es, un precipitado necesario auspiciado por un hecho procesal. A diferencia de la masa activa que es un patrimonio, eso sí, patrimonio

del deudor concursado, la masa pasiva es un agregado de deudas de ese mismo deudor. Ambas son tamizadas por el filtro de la administración concursal, la posibilidad de argüir mecanismos impugnatorios por parte de quienes interesen y acrediten esos intereses en el procedimiento y ratificadas definitivamente por el juez.

La masa pasiva concursal la compondrán todos aquellos acreedores existentes en el momento de la declaración del concurso, siendo los que nazcan a partir de este momento, acreedores no concursales, o lo que es lo mismo, extraconcursoales, créditos contra la masa. Acreedores que titulan pretensiones de carácter y contenido patrimonial y no personal. Acreedores además que están obligados a conformar la masa pasiva y existir dentro de la misma, en su esencia y contenido, en su justificación y verificación. Acreedores que se adjetivarán en función del crédito, de la esencia del mismo, pero también de sus cualificaciones preferenciales o no, legales o convencionales y que les otorgarán un *status* particular de cara a obtener una mejor e incluso en algunos supuestos extraconcursoal satisfacción, como sucede por ejemplo con los acreedores que gozan de garantía real y ésta es capaz de enervar los efectos de la atracción concursal a través de una ejecución singular fuera del concurso.

Una integración objetiva, automática y que, en algunos casos y por disposición legal, conformarán parte de la misma de un modo automático sin que previamente insinúen, y tampoco justifiquen sus pretensiones crediticias. Es el principio de la integración universal de todos los acreedores, como corolario lógico de la universalidad y vocación generalista del proceso concursal. No importa la dimensión objetiva, subjetiva, cuantitativa, contractual, extracontractual o legal del crédito, su contingencia o litigiosidad. Si se es acreedor y se puede demostrar amén de la constancia del crédito mismo en el concurso, se integra de *iure* el acreedor en la masa y por tanto en el procedimiento. Todos, absolutamente todos los acreedores con crédito anterior a la declaración del concurso integrarán la masa, salvo que ellos mismos busquen deliberadamente o no su preclusión. Lo que no impide que sin embargo, algunos acreedores puedan obtener una satisfacción extraconcursoal como ya hemos avanzado y desarrollaremos *infra* más detenidamente.

De hecho por concursal el que elabora una lista del pasivo de la concursada, denominada lista de acreedores, e integrada en el informe que éste debe presentar al juzgado. La información la obtiene de la contabilidad de la empresa, resoluciones judiciales y administrativas, así como de la

comunicación de créditos que han de llevar a cabo los acreedores una vez el concurso es publicado en el BOE.

Esta lista de acreedores podrá ser impugnada por los propios acreedores, e incluso por el concursado, bien porque su crédito no esté reconocido por la cuantía que entienden es la correcta, bien por la calificación dada al crédito. Una vez exista una impugnación, el litigio se tramitará por el trámite del incidente concursal y será resuelto por el juez en virtud de sentencia. El administrador concursal elaborará un informe definitivo con la lista de acreedores definitiva una vez se hayan resuelto todas las sentencias.

Hemos señalado que se pueden impugnar los créditos por su cuantía y por su calificación, ¿pero qué es la calificación de los créditos?

La calificación de los créditos es la categoría en que cada uno de ellos se incardina dentro de la clasificación que de los mismos lleva a cabo la ley concursal.

Así, en primer lugar hay que distinguir entre créditos contra la masa y créditos concursales.

Los créditos contra la masa no son realmente pasivo, pues son créditos devengados con posterioridad a la declaración de concurso de acreedores y que, por tanto, han de pagarse a su vencimiento. Si no hubiera tesorería para pagarlos procedería el archivo del 176 bis que analizaremos más adelante, por lo que, siempre han de ser pagados, y por tanto, nunca pueden integrar el pasivo. Sólo hay dos excepciones de créditos que, naciendo con anterioridad a la declaración de concurso son considerados créditos contra la masa, son el superprivilegio salarial del artículo 84.1 LC y los créditos por ingresos de refinanciación con los topes que veremos a continuación.

Son créditos contra la masa, de conformidad con el artículo 84 LC, los siguientes: Tendrán la consideración de créditos contra la masa los siguientes:

1º Los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

2º Los de costas y gastos judiciales necesarios para la solicitud y la declaración de concurso, la adopción de medidas cautelares, la publicación de las resoluciones judiciales previstas en esta ley, y la asistencia y representación del concursado y de la administración concursal durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes, cuando su intervención sea legalmente obligatoria o se realice en interés de la masa, hasta la eficacia del convenio o, en otro caso, hasta la conclusión del concurso, con

excepción de los ocasionados por los recursos que interpongan contra resoluciones del juez cuando fueren total o parcialmente desestimados con expresa condena en costas.

3° Los de costas y gastos judiciales ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de acreedores legitimados en los juicios que, en interés de la masa, continúen o inicien conforme a lo dispuesto en esta Ley, salvo lo previsto para los casos de desistimiento, allanamiento, transacción y defensa separada del deudor y, en su caso, hasta los límites cuantitativos en ella establecidos.

4° Los de alimentos del deudor y de las personas respecto de las cuales tuviera el deber legal de prestarlos, conforme a lo dispuesto en esta ley sobre su procedencia y cuantía así como, en toda la extensión que se fije en la correspondiente resolución judicial posterior a la declaración del concurso, los de los alimentos a cargo del concursado acordados por el juez de primera instancia en alguno de los procesos a que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tendrán también esta consideración los créditos de este tipo devengados con posterioridad a la declaración del concurso cuando tengan su origen en una resolución judicial dictada con anterioridad.

5° Los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso.

Los créditos por indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas de contratos de trabajo ordenados por el juez del concurso se entenderán comunicados y reconocidos por la propia resolución que los apruebe, sea cual sea el momento.

6° Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado.

7° Los que, en los casos de pago de créditos con privilegio especial sin realización de los bienes o derechos afectos, en los de rehabilitación de contratos o de enervación de desahucio y en los demás previstos en esta

Ley, correspondan por las cantidades debidas y las de vencimiento futuro a cargo del concursado.

8° Los que, en los casos de rescisión concursal de actos realizados por el deudor, correspondan a la devolución de contraprestaciones recibidas por éste, salvo que la sentencia aprecie mala fe en el titular de este crédito.

9° Los que resulten de obligaciones válidamente contraídas durante el procedimiento por la administración concursal o, con la autorización o conformidad de ésta, por el concursado sometido a intervención.

10° Los que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la conclusión del mismo.

11° El cincuenta por ciento de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación, en las condiciones previstas en el artículo 71 bis o en la Disposición adicional cuarta.

En caso de liquidación, los créditos concedidos al concursado en el marco de un convenio conforme a lo dispuesto en el artículo 100.5.

Esta clasificación no se aplica a los ingresos de tesorería realizados por el propio deudor o por personas especialmente relacionadas a través de una operación de aumento de capital, préstamos o actos con análoga finalidad.

12° Cualesquiera otros créditos a los que esta ley atribuya expresamente tal consideración.

Los créditos del número 1° se pagarán de forma inmediata. Los restantes créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza y el estado del concurso, se pagarán a sus respectivos vencimientos. La administración concursal podrá alterar esta regla cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa. Esta postergación no podrá afectar a los créditos de los trabajadores, a los créditos alimenticios, ni a los créditos tributarios y de la Seguridad Social.

Por otra parte, y en cuanto a los créditos concursales, estos se clasifican en privilegiados especiales, privilegiados generales, ordinarios y subordinados.

Los créditos con PRIVILEGIO ESPECIAL se caracterizan por recaer sobre créditos que están, de una manera u otra, afectos a un bien. Por eso,

sus titulares cuentan con el «privilegio» de poder cobrar con cargo al bien afecto.

Son créditos con privilegio especial (artículo 90 LC):

1º Los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados.

2º Los créditos garantizados con anticresis, sobre los frutos del inmueble gravado.

3º Los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado.

4º Los créditos por cuotas de arrendamiento financiero o plazos de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago.

5º Los créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta, sobre los valores gravados.

6º Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados. La prenda en garantía de créditos futuros sólo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del artículo 68 se proceda a su rehabilitación o cuando la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso.

Para que los créditos mencionados en los números 1º a 5º puedan ser clasificados con privilegio especial, la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores.

El privilegio especial solo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, calculada de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 94. El

importe del crédito que exceda del reconocido como privilegiado especial será calificado según su naturaleza.

Son créditos con privilegio especial (artículo 90 LC):

1º Los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados.

2º Los créditos garantizados con anticresis, sobre los frutos del inmueble gravado.

3º Los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado.

4º Los créditos por cuotas de arrendamiento financiero o plazos de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago.

5º Los créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta, sobre los valores gravados.

6º Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados. La prenda en garantía de créditos futuros sólo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del artículo 68 se proceda a su rehabilitación o cuando la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso.

Para que los créditos mencionados en los números 1º a 5º puedan ser clasificados con privilegio especial, la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores.

El privilegio especial solo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, calculada de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 94. El importe del crédito que exceda del reconocido como privilegiado especial será calificado según su naturaleza.

Por su parte, son créditos con privilegio general (artículo 91 LC), aquéllos que se caracterizan por la especial protección que se quiere otorgar a sus titulares:

1º Los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional, las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, devengados con anterioridad a la declaración de concurso. Igual privilegio ostentarán los capitales coste de Seguridad Social de los que sea legalmente responsable el concursado, y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, siempre que sean devengadas con anterioridad a la declaración de concurso.

2º Las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal.

3º Los créditos de personas naturales derivados del trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso.

4º Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe.

5º Los créditos por responsabilidad civil extracontractual. No obstante, los daños personales no asegurados se tramitarán en concurrencia con los créditos recogidos en el número 4º de este artículo.

Los créditos en concepto de responsabilidad civil derivada de delito contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.

6º Los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación que reúna las condiciones previstas en el artículo 71.6 y en la cuantía no reconocida como crédito contra la masa.

7º Los créditos de que fuera titular el acreedor a instancia del cual se hubiere declarado el concurso y que no tuvieren el carácter de subordinados, hasta el cincuenta por ciento de su importe.

Estos créditos son los primeros que se pagan.

Son créditos ordinarios los créditos que no se pueden incluir en ninguna de las restantes clasificaciones de créditos concursales. Se pagan después de haber satisfecho íntegramente los créditos privilegiados.

Son créditos subordinados, aquéllos que tienen una naturaleza sancionadora, accesoria, o coercitiva. El artículo 92 LC los regula y detalla de la siguiente forma:

1º Los créditos que, habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores, así como los que, no habiendo sido comunicados, o habiéndolo sido de forma tardía, sean incluidos en dicha lista por comunicaciones posteriores o por el juez al resolver sobre la impugnación de ésta. No quedarán subordinados por esta causa, y serán clasificados según corresponda, los créditos del artículo 86.3, los créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los créditos asegurados con garantía real inscrita en registro público, los que constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, y aquellos otros para cuya determinación sea precisa la actuación de comprobación de las Administraciones públicas.

2º Los créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos contra el deudor.

3º Los créditos por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía.

4º Los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias.

5º Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos en el artículo 91.1º cuando el deudor sea persona natural y los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo 93.2.1º y 3º que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican.

Se exceptúan de esta regla los créditos por alimentos nacidos y vencidos antes de la declaración de concurso que tendrán la consideración de crédito ordinario.

6° Los créditos que como consecuencia de rescisión concursal resulten a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado.

7° Los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas a que se refieren los artículos 61, 62, 68 y 69, cuando el juez constate, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso.

Por otra parte se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural:

1. El cónyuge del concursado o quién lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, su pareja de hecho inscrita o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

2. Los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas a que se refiere el número anterior.

3. Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado.

Y serán o son consideradas personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica:

1. Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares de, al menos, un 5% del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10% si no los tuviera.

2. Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

3. Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso y sus socios comunes, siempre que éstos reúnan las mismas condiciones que en el número 1° de este apartado.

4. Salvo prueba en contrario, se presumen personas especialmente relacionadas con el concursado los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas mencionadas en los apartados

anteriores, siempre que la adquisición se hubiere producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

7. SOLUCIONES DEL CONCURSO: SOBRESEIMIENTO, CONVENIO Y LIQUIDACIÓN

El procedimiento concursal puede finalizar de una de las tres siguientes formas: sobreseimiento, convenio o liquidación.

7.1. SOBRESEIMIENTO

El **sobreseimiento** está regulado en el artículo 176 bis LC, y consiste en la obligación que tiene la administración concursal de solicitar el archivo del procedimiento concursal por sobreseimiento o imposibilidad de satisfacción de los créditos contra la masa con cargo a la tesorería o activo remanente en la empresa concursada.

Así, desde la declaración del concurso procederá la conclusión por insuficiencia de la masa activa cuando, no siendo previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable, el patrimonio del concursado no sea presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa, salvo que el juez considere que estas cantidades estén garantizadas por un tercero de manera suficiente.

No podrá dictarse auto de conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa mientras se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros, salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión o fuese manifiesto que lo que se obtuviera de ellas no sería suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa.

Tan pronto como conste que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, la administración concursal lo comunicará al juez del concurso, que lo pondrá de manifiesto en la oficina judicial a las partes personadas. Desde ese momento, la administración concursal deberá proceder a pagar los créditos contra la masa conforme al orden siguiente, y, en su caso, a prorrata dentro de cada número, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación:

1º Los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

2º Los créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago.

3º Los créditos por alimentos del artículo 145.2, en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.

4º Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso.

5º Los demás créditos contra la masa.

7.2. CONVENIO

La segunda de las soluciones, es la de **convenio**, solución más querida por la Ley Concursal, pues es la única que puede implicar la continuación de la actividad del concursado. El convenio es un acuerdo al que llegan el deudor y sus acreedores sobre la forma de pago de las cantidades adeudadas, de forma que, de cumplirse, cobrarían todos los acreedores pero cuantías, en plazos, o en modo distinto a los contenidos en los créditos iniciales, que tras este convenio, se verían novados.

Se puede presentar propuesta de convenio por el deudor, si se trata de un convenio anticipado (el que se presenta desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y, en ambos casos, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos), que no hubiese pedido la liquidación y no se hallare afectado por alguna de las prohibiciones establecidas en el artículo siguiente podrá presentar ante el juez propuesta anticipada de convenio.

No podrá, en cambio, presentar propuesta anticipada de convenio el concursado que se hallare en alguno de los siguientes casos:

1º Haber sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores. En caso de deudor persona jurídica, se dará esta causa de prohibición si hubiera sido condenado por cualquiera de estos delitos alguno de sus administradores o liquidadores, o de quienes lo hubieran sido en los tres años anteriores a la presentación de la propuesta de convenio.

2º Haber incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales.

Para su admisión a trámite, la propuesta deberá ir acompañada de adhesiones de acreedores de cualquier clase, prestadas en la forma establecida en esta Ley y cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo

presentado por el deudor. Cuando la propuesta se presente con la propia solicitud de concurso voluntario bastará con que las adhesiones alcancen la décima parte del mismo pasivo.

Cuando la propuesta anticipada de convenio se presentara con la solicitud de concurso voluntario o antes de la declaración judicial de éste, el juez resolverá sobre su admisión en el mismo auto de declaración de concurso. En los demás casos, el juez, dentro de los tres días siguientes al de presentación de la propuesta anticipada de convenio, resolverá mediante auto motivado sobre su admisión a trámite. En el mismo plazo, de apreciar algún defecto, el Juez ordenará que se notifique al concursado para que en los tres días siguientes a la notificación pueda subsanarlo.

El juez rechazará la admisión a trámite cuando las adhesiones presentadas en la forma establecida en esta ley no alcancen la proporción del pasivo exigida, cuando aprecie infracción legal en el contenido de la propuesta de convenio o cuando el deudor estuviere incurso en alguna prohibición.

Las adhesiones habrán de hacerse ante Notario en instrumento público o ante el Secretario Judicial, y serán puras y simples, y no podrán condicionarse.

Admitida a trámite la propuesta anticipada de convenio, el Secretario judicial dará traslado de ella a la administración concursal para que en un plazo no superior a diez días proceda a su evaluación... La administración concursal evaluará el contenido de la propuesta de convenio en atención al plan de pagos y, en su caso, al plan de viabilidad que la acompañen. Si la evaluación fuera favorable, se unirá al informe de la administración concursal. Si fuese desfavorable o contuviere reservas, se presentará en el más breve plazo al juez, quien podrá dejar sin efecto la admisión de la propuesta anticipada o la continuación de su tramitación con unión del escrito de evaluación al referido informe. Contra el auto que resuelva sobre estos extremos no se dará recurso alguno.

Desde la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio y hasta la expiración del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, cualquier acreedor podrá manifestar su adhesión a la propuesta con los requisitos y en la forma establecida en esta ley.

Cuando la clase o la cuantía del crédito expresadas en la adhesión resultaren modificadas en la redacción definitiva de la lista de acreedores, podrá el acreedor revocar su adhesión dentro de los cinco días siguientes a la puesta de manifiesto de dicha lista en la Oficina judicial. En otro caso,

se le tendrá por adherido en los términos que resulten de la redacción definitiva de la lista.

Dentro de los cinco días siguientes a aquel en que hubiere finalizado el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubieren presentado impugnaciones o, de haberse presentado, dentro de los cinco días siguientes a aquel en que hubiera finalizado el plazo para la revocación de las adhesiones, el Secretario judicial verificará si las adhesiones presentadas alcanzan la mayoría legalmente exigida. El secretario, mediante decreto, proclamará el resultado. En otro caso, dará cuenta al Juez, quien dictará auto abriendo la fase de convenio o liquidación, según corresponda.

Si la mayoría resultase obtenida, el juez, en los cinco días siguientes al vencimiento del plazo de oposición a la aprobación judicial del convenio previsto en el apartado 1 del artículo 128 dictará sentencia aprobatoria, salvo que se haya formulado oposición al convenio o éste sea rechazado de oficio por el juez, según lo dispuesto en los artículos 128 a 131. La sentencia pondrá fin a la fase común del concurso y, sin apertura de la fase de convenio, declarará aprobado éste con los efectos establecidos en los artículos 133 a 136.

La sentencia se notificará al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento, y se publicará conforme a lo previsto en los artículos 23 y 24 de esta ley.

En cambio, cuando no se ha presentado convenio anticipado, y en concreto, si en el plazo de comunicación de créditos y hasta la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores si no se hubiesen presentado impugnaciones o, de haberse presentado, hasta la fecha en que se pongan de manifiesto en la Oficina judicial los textos definitivos de aquellos documentos, podrá presentar ante el Juzgado que tramite el concurso propuesta de convenio el concursado que no hubiere presentado propuesta anticipada ni tuviere solicitada la liquidación. También podrán hacerlo los acreedores cuyos créditos consten en el concurso y superen, conjunta o individualmente, una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores, salvo que el concursado tuviere solicitada la liquidación.

Cuando no hubiere sido presentada ninguna propuesta de convenio conforme a lo previsto en el apartado anterior ni se hubiese solicitado la liquidación por el concursado, éste y los acreedores cuyos créditos superen, conjunta o individualmente, una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva podrán presentar propuestas de convenio desde la

convocatoria de la junta hasta cuarenta días antes de la fecha señalada para su celebración.

Dentro de los cinco días siguientes a su presentación, el Juez admitirá a trámite las propuestas de convenio si cumplen las condiciones de tiempo, forma y contenido establecidas en esta Ley. De apreciar algún defecto, dentro del mismo plazo dispondrá que se notifique al concursado o, en su caso, a los acreedores para que, en los tres días siguientes a la notificación, puedan subsanarlo. Si estuviese solicitada la liquidación por el concursado, el Secretario judicial rechazará la admisión a trámite de cualquier propuesta.

La misma providencia de admisión a trámite se acordará dar traslado de la propuesta de convenio a la administración concursal para que, en el plazo improrrogable de diez días, emita escrito de evaluación sobre su contenido, en relación con el plan de pagos y, en su caso, con el plan de viabilidad que la acompañe. Los escritos de evaluación emitidos antes de la presentación del informe de la administración concursal se unirán a éste, conforme al apartado 2 del artículo 75, y los emitidos con posterioridad se pondrán de manifiesto en la Oficina judicial desde el día de su presentación.

Desde que, conforme a lo establecido en el apartado anterior, quede de manifiesto en la Oficina judicial el correspondiente escrito de evaluación y hasta el momento del cierre de la lista de asistentes a la junta, se admitirán adhesiones de acreedores a la propuesta de convenio con los requisitos y en la forma establecidos en esta Ley. Salvo en el caso previsto en el apartado 2 del artículo 110, las adhesiones serán irrevocables, pero no vincularán el sentido del voto de quienes las hubieren formulado y asistan a la junta.

El auto que acuerde la tramitación escrita del convenio señalará la fecha límite para la presentación de adhesiones o de votos en contra a las distintas propuestas de convenio, que será de dos meses contados desde la fecha del auto.

Acordada la tramitación escrita, sólo se podrán presentar propuestas de convenio conforme al artículo 113.2 hasta un mes anterior al vencimiento del plazo previsto en el apartado anterior. Desde que quede de manifiesto el escrito de evaluación en la oficina judicial, se admitirán adhesiones o votos en contra de acreedores a la nueva propuesta de convenio hasta la conclusión del plazo previsto en el apartado anterior.

Las adhesiones, revocación de las mismas o votos en contra a las propuestas de convenio deberán emitirse en la forma prevista en el artículo 103. Para la válida revocación de las adhesiones o votos en contra emitidos

deberán constar en los autos dicha revocación en el plazo previsto en la regla primera.

Para la determinación de los derechos de voto en la tramitación escrita se tendrá en cuenta lo dispuesto en los artículos 122 a 125 de esta Ley. Para verificar las adhesiones, se seguirá el orden previsto en el apartado segundo del artículo 121. Alcanzada la mayoría legalmente exigida en una propuesta, no procederá la comprobación de las restantes.

Dentro de los diez días siguientes a aquel en que hubiere finalizado el plazo de presentación de adhesiones, el secretario judicial verificará si la propuesta de convenio presentado alcanza la mayoría legalmente exigida y proclamará el resultado mediante decreto.

Si la mayoría resultase obtenida, el juez, en los cinco días siguientes al vencimiento del plazo de oposición a la aprobación judicial del convenio previsto en el apartado 1 del artículo 128 dictará sentencia aprobatoria, salvo que se haya formulado oposición al convenio o éste sea rechazado de oficio por el juez, según lo dispuesto en los artículos 128 a 132.

La asistencia a la junta de los acreedores privilegiados y su intervención en las deliberaciones no afectarán al cómputo del quórum de constitución, ni les someterán a los efectos del convenio que resulte aprobado.

2. El voto de un acreedor privilegiado a favor de una propuesta producirá, en el caso de que sea aceptada por la junta y de que el juez apruebe el correspondiente convenio, los efectos que resulten del contenido de éste respecto de su crédito y privilegio.

3. El voto de un acreedor que, simultáneamente, sea titular de créditos privilegiados y ordinarios se presumirá emitido en relación a estos últimos y sólo afectará a los privilegiados si así se hubiere manifestado expresamente en el acto de votación.

Para que una propuesta de convenio se considere aceptada por la junta serán necesarias las siguientes mayorías:

a) Si hubiera votado a favor del mismo, al menos, un 50 por ciento del pasivo ordinario, quedarán sometidos a las quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito; a las esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años; o, en el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, a la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando la propuesta consista en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior

a tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al veinte por ciento, será suficiente que vote a su favor una porción del pasivo superior a la que vote en contra. A estos efectos, en los supuestos de propuesta anticipada y de tramitación escrita, los acreedores deberán, en su caso, manifestar su voto en contra con los mismos requisitos previstos para las adhesiones en el artículo 103 y en los plazos, según sea el caso, de los artículos 108 y 115 bis.

b) Si hubiera votado a favor del mismo un 65 por ciento del pasivo ordinario, quedarán sometidos a las esperas con un plazo de más de cinco años, pero en ningún caso superior a diez; a las quitas superiores a la mitad del importe del crédito, y, en el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, a la conversión de deuda en préstamos participativos por el mismo plazo y a las demás medidas previstas en el artículo 100.

Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de las mayorías adicionales que, para la extensión de sus efectos a acreedores privilegiados, sean exigibles conforme a lo previsto en el artículo 134.

Esto se refiere a los casos en que los acreedores privilegiados, divididos en acreedores financieros, públicos y laborales, podrán ser arrastrados por lo que voten los acreedores de cada una de sus clases cuando:

a) Del 60 por ciento, cuando se trate de las medidas establecidas en el artículo 124.1.a).

b) Del 75 por ciento, cuando se trate de las medidas establecidas en el artículo 124.1.b).

En el caso de acreedores con privilegio especial, el cómputo de las mayorías se hará en función de la proporción de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas dentro de cada clase.

En el caso de los acreedores con privilegio general, el cómputo se realizará en función del pasivo aceptante sobre el total del pasivo que se beneficie de privilegio general dentro de cada clase.

Esta «facultad de arrastre» de los acreedores privilegiados introducida en la reforma del año 2014, es una excepción a la regla general sobre cómo votan los acreedores privilegiados, puesto que dicha regla general prevé que los acreedores privilegiados conservan su privilegio siempre y cuando no voten el convenio, pero si lo votan, pierden tal privilegio. Sin embargo, antes era facultad individual de cada acreedor privilegiado elegir votar o no, sin poder ser arrastrado a sufrir los efectos de convenio porque hubiera votado el mismo una mayoría de las antedichas.

Por su parte, los titulares de créditos ordinarios votan, y se ven afectados por la aprobación del convenio.

Por último, los titulares de créditos subordinados no tienen derecho a voto y, sin embargo, se verán afectados por lo que decidan los demás.

Una vez votado el convenio por las mayorías necesarias, el Secretario dictará un Decreto manifestando si se han alcanzado las mismas, dará el plazo de 10 días a los acreedores para oponerse a la aprobación del convenio. Si hay oposición, se tramitará la misma como un incidente concursal. Si no hay oposición se dictará sentencia aprobando el convenio. Una vez se dicte esa sentencia, los créditos se considerarán novados, se cesará a la administración concursal, la administración social recuperará sus facultades de administración y disposición sobre el patrimonio de la concursada, y cesarán los efectos del concurso.

Por último, y en cuanto al contenido del convenio, hemos de señalar, que éste podrá consistir en La propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas. Podrá contener, además, proposiciones alternativas para todos o algunos de los acreedores, con excepción de los acreedores públicos. Entre las proposiciones alternativas, se podrán incluir las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, en créditos participativos, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.

En caso de conversión del crédito en acciones o participaciones, el acuerdo de aumento de capital del deudor necesario para la capitalización de créditos deberá suscribirse por la mayoría prevista, respectivamente, para las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas en los artículos 198 y 201.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. A efectos del artículo 301.1 del citado texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se entenderá que los pasivos son líquidos, están vencidos y son exigibles.

También podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada, que se registrarán por lo dispuesto en el artículo 146 bis. Las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a

las que afecte. En estos casos, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores.

En ningún caso la propuesta podrá consistir en la liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas, ni en la alteración de la clasificación de créditos establecida por la ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento, sin perjuicio de las quitas que pudieran acordarse y de la posibilidad de fusión, escisión o cesión global de activo y pasivo de la persona jurídica concursada.

Sólo podrá incluirse la cesión en pago de bienes o derechos a los acreedores siempre que los bienes o derechos cedidos no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial y que su valor razonable, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94, sea igual o inferior al crédito que se extingue. Si fuese superior, la diferencia se deberá integrar en la masa activa. Si se tratase de bienes afectos a garantía, será de aplicación lo dispuesto por el artículo 155.4.

En ningún caso se impondrá la cesión en pago a los acreedores públicos.

Las propuestas deberán presentarse acompañadas de un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento, incluidos, en su caso, los procedentes de la enajenación de determinados bienes o derechos del concursado.

Cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros.

7.3. LIQUIDACIÓN

En cuanto a la **liquidación**, ésta se podrá pedir por el deudor, que en algunas ocasiones, tiene la obligación de hacerlo; abrirse por el juez de oficio; o pedirse por parte de la administración concursal.

1º Liquidación voluntaria:

La primera causa de apertura de la fase de Liquidación queda en manos del propio deudor, a quien el núm. 1 del artículo 142 de la Ley faculta para su solicitud voluntaria en cualquier momento y sea cual sea el estado de tramitación del concurso (modificación introducida por la Ley 38/2011

de 10 de octubre, anteriormente la facultad se le concedía al deudor en cuatro supuestos concretos, hoy subsumidos en la plena voluntariedad). Se trata pues de una facultad plena atribuida por la Ley al deudor, ya que dice el texto legal «*el deudor podrá pedir la liquidación en cualquier momento*», con lo que inequívocamente estamos ante una mera decisión voluntaria del mismo.

Solicitada la liquidación por el deudor, el Juez quedará obligado a abrir la fase de Liquidación mediante Auto de apertura de ésta dictado en los diez días siguientes a la solicitud (LC 142.1).

2º Liquidación obligatoria:

El deudor, vigente convenio, quedará obligado a solicitar la Liquidación (LC 142.2) en cuanto conozca la imposibilidad de hacer frente a los pagos comprometidos por el mismo o las obligaciones que posteriormente hubiere contraído.

En este caso la obligación es taxativa por imposición legal, y su incumplimiento trae como consecuencia la posibilidad de liquidación necesaria.

3º Liquidación necesaria:

Procederá estudiar, que no declarar (LC 142.2), la apertura de la fase de Liquidación, a petición de los acreedores, cuando, vigente convenio, incurriese el deudor de nuevo en alguno de los hechos que la Ley establece como capaces de fundamentar la solicitud de concurso por parte de los acreedores, con reenvío expreso a los presupuestos objetivos del concurso del artículo 2.4º de la Ley. En este caso no se produce, como en los anteriores, la apertura inmediata y automática de la Fase Liquidatoria, sino la reproducción del trámite de la vista previa a la declaración del Concurso (artículos 15 y 19) a solicitud de los acreedores, todo ello con el lógico fin de dar al concursado ocasión de demostrar la ausencia de fundamento de la solicitud. Requiere por lo tanto controversia previa al auto de declaración de apertura de la liquidación, y el Juez resolverá a la luz de lo actuado en el incidente. Cabe sin embargo, aclarar que existe una vía indirecta para los acreedores de pedir la liquidación, a través de la solicitud de la Declaración Judicial de incumplimiento del convenio del artículo 140, que llevará también, de ser declarada, a la apertura de oficio de la fase liquidatoria como veremos más adelante.

4º Liquidación forzosa o de oficio:

El artículo 143 establece los supuestos en que el Juez debe ordenar la apertura de la fase de Liquidación. Básicamente los cinco supuestos que

distingue el número 1 de este artículo son agrupables en tres situaciones diferentes: imposibilidad, invalidez o incumplimiento del convenio.

En los supuestos de imposibilidad de alcanzar convenio –ya sea por inexistencia de propuestas o por rechazo de las presentadas (LC 143.1, 1º y 2º)– la consecuencia común es la apertura sin más trámite de la Fase de Liquidación ordenada por el 143.2 en ambas situaciones. La primera de ellas es la ausencia de propuesta de convenio, ya sea por no haberse presentado ninguna de las posibles en la tramitación, o bien si, habiéndose presentado una o varias, resultaren todas ellas no admitidas a trámite (artículo 114.2 LC) por los motivos expresados en la Ley. Sin propuesta de convenio para discutir en la Junta de acreedores no cabe la celebración de ésta, con lo cual si el Juez constata en el cuadragésimo día anterior a la celebración de la Junta convocada (LC 113.2) la ausencia de propuesta de convenio, deberá sin más trámite (LC 143.2) acordar la apertura de la Fase de Liquidación.

El segundo supuesto se produce simplemente porque no se alcanza en la Junta de Acreedores la aprobación de ninguna de las Propuestas de Convenio presentadas, con lo que la única solución es nuevamente la apertura de la Liquidación. Así pues, celebrada la Junta y redactada el Acta de la misma en la que conste la no aprobación de propuesta alguna, el Juez habrá de dictar de inmediato y sin más trámite el Auto de apertura de la Liquidación, sin aguardar a solicitud alguna de interesado.

Se abrirá también la liquidación, en tercer lugar, en los casos de invalidez del convenio, tanto si ha sido aprobado por la Junta y luego rechazado por el Juez, como declarado nulo con posterioridad a la aprobación judicial. Una vez aprobado el convenio por la Junta de Acreedores, cabe todavía la oposición a su aprobación por parte de los acreedores (LC 128) e incluso su rechazo de oficio por el Juez (LC 131), quien podrá dar un nuevo plazo de un mes para subsanar, en su caso, las adhesiones formalmente defectuosas o volverá a convocar la Junta si apreciase infracción en su constitución o celebración. Cumplidos estos trámites, de mantenerse el rechazo judicial por no subsanarse los defectos, y en la misma resolución en que lo exprese, deberá el Juez acordar la apertura de la Liquidación.

Lo mismo sucederá si el convenio aprobado por el Juez resultase posteriormente declarado nulo por resolución judicial firme, aunque aquí la Ley parece encomendar la apertura de la liquidación a la propia resolución que declare nulo el convenio (143.2, párr. 2º: «...*la apertura de la fase de liquidación se acordará en la propia resolución judicial que la motive*») debemos entender que ello es imposible pues a la vez se supedita la apertura a la firmeza de la resolución que declare la nulidad, por ello más bien debemos

entender que el juez, constatada esta firmeza, deberá declarar la apertura de la liquidación en resolución que así lo exprese.

Finalmente declarará el Juez abierta la liquidación en la resolución en que, en su caso, declare incumplido el convenio. Esta resolución procederá a solicitud del acreedor afectado por el presunto incumplimiento, y (LC 140) podrá instarse en cualquier momento entre el del incumplimiento y los dos meses siguientes a la última publicación del auto de cumplimiento de haberse emitido éste. Lo curioso es que la Ley no establece en el artículo 140.4 la apertura de la liquidación como efecto directo de la declaración de incumplimiento, pero más adelante, como hemos visto (LC 143, 2) ordena al Juez que abra la liquidación «*en la propia resolución judicial*» en que se declare incumplido el convenio.

La resolución de apertura de la fase de liquidación, en todos los supuestos previstos, deberá publicarse (LC 144) según «*la publicidad prevista en los artículos 23 y 24*», es decir la misma que inicialmente se prevé para el concurso consistente básicamente en publicación en prensa y BOE, inscripción en Registro Civil, Mercantil u otros y anotaciones preventivas en los Registros de la Propiedad o en los pertinentes para otros bienes.

7.3.1. Efectos de la liquidación

A los efectos de la liquidación dedica la Ley la Sección 2ª del capítulo II del Título V, artículos 145 a 147, si bien este último establece la continuidad, una vez abierta la fase liquidatoria, de los efectos generales del concurso en cuanto no se opongan a las disposiciones especiales de ésta, con expresa remisión al Título III de la Ley, artículos 40 a 74.

Los dos efectos más destacados y generales de la apertura de la fase de liquidación serán la necesidad de calificación del concurso (artículos 163 y 176 LC) y la posibilidad de extender la responsabilidad concursal al patrimonio personal de los administradores y responsables de las decisiones de la persona jurídica, en su caso (artículo 172*bis* LC). De ambos efectos se tratará en el siguiente epígrafe, ciñéndonos por ahora a los efectos comunes, o procedimentales, de la Liquidación que se extenderán sobre el concursado y sobre los créditos concursales:

7.3.1.1. Sobre el concursado

Tenemos que diferenciar aquí los efectos según se trate de concursados individuales o sociales, aunque en general cabe decir que la liquidación agrava su situación ya que en todos los casos se sustituyen las situaciones

de intervención por las de suspensión de las facultades de administración y disposición patrimoniales.

A. Persona física

Tres son los efectos que debemos distinguir:

a. Suspensión plena de las facultades patrimoniales

Dispuesta por el artículo 145.1, en el caso en que éstas no hubiesen quedado previamente suspendidas por la declaración del concurso. Consecuentemente en todas las situaciones en que, en virtud de los artículos 40 y ss., se hubiese producido mera intervención del concursado por la administración concursal, se consumará el desapoderamiento general. En el supuesto en que la liquidación se abra por incumplimiento del convenio, se nombrarán nuevos administradores, si bien cabe que sean repuestos en sus funciones los que se nombraron para el procedimiento concursal.

b. Imposibilidad de continuar en el ejercicio de la actividad

Ya sea empresarial o profesional, dispuesta por el artículo 44.3 como consecuencia de la suspensión de las facultades patrimoniales. Hay que tener en cuenta que lo que se produce no es el cese en la actividad, sino que ésta pasa, en lo económico, a estar plenamente bajo control de la administración concursal, que debe tomar las medidas necesarias para asegurar la continuidad del ejercicio de cara a su posible enajenación unitaria. Llama la atención que la Ley se limite a mencionar la actividad profesional, para incluirla en el desapoderamiento, sin establecer normas para la sustitución del concursado por tercero cualificado legalmente (actividades colegiadas) o si por el contrario la debe ejercer el concursado, pero sometido a embargo de los ingresos que excedan de los inembargables según lo dispuesto en el artículo 607 de la LEC, que parece lo más lógico.

c. Extinción de los alimentos

Establece el artículo 145.2 la extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa que se hubiere concedido al concursado en aplicación del artículo 47, con excepción de los imprescindibles para la manutención del concursado y sus dependientes. Se han de entender aquí aplicables igualmente las normas de inembargabilidad dispuestas en la LEC.

B. Persona jurídica

Debemos reseñar aquí cuatro efectos principales, contenidos en los artículos 48 y 145.3 de la Ley.

a. Disolución de la sociedad

Ordenada por el artículo 145.3, la resolución que ordene la apertura de la liquidación deberá contener necesariamente la declaración judicial de disolución de la sociedad. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 361 de la LSC. Hay que concluir por tanto que la disolución es automática y se produce como consecuencia del auto de apertura de la fase liquidatoria, y que aún en el caso de que esta resolución no hiciese referencia a la disolución social, esta se produciría igualmente sin necesidad de acuerdo de la Junta General y sin que proceda el nombramiento de liquidadores de la sociedad, por asumir esta función las instituciones concursales. Incluso, puesto que el artículo 144 ordena dar a la apertura de la liquidación la publicidad del artículo 24, y el apartado 2 de éste establece la comunicación al Registro Mercantil, cabe decir que, comunicada a éste la apertura de la liquidación, debe inscribirse la disolución de la sociedad y su sometimiento a la liquidación concursal aún en el caso de que la comunicación judicial no contenga estas precisiones.

b. Cese de los administradores y liquidadores

Ordenado por el artículo 145.3, es la consecuencia lógica de la disolución de la sociedad en el ámbito del concurso, y equivalente al desapoderamiento del concursado persona física. Lógicamente sus funciones son asumidas por los administradores concursales, con la limitación para éstos de seguir el proceso liquidatorio concursal.

c. Embargo preventivo

El artículo 48.ter.1. LC establece la posibilidad de embargo preventivo de bienes de administradores y liquidadores de la sociedad si existiese fundada posibilidad de que el concurso se califique como culpable y la masa activa resultase insuficiente. Como la obligatoriedad de la calificación nace de dos causas y una de ellas es precisamente la apertura de la liquidación, es claro que ésta puede traer como efecto, combinada con la insuficiencia de la masa activa, el embargo preventivo del patrimonio de administradores y liquidadores de hecho y de derecho, si no se hizo con anterioridad.

d. Inicio de la Acción contra socios subsidiariamente responsables de las deudas sociales

Se trata en este caso más bien de un efecto frente a los socios que frente a la sociedad, si bien la Ley lo recoge entre los efectos del concurso para las personas jurídicas. El artículo 48.bis.1. LC reserva para los administradores del concurso, durante la tramitación de éste, la legitimación

para ejercer la acción de reclamación contra los socios responsables subsidiariamente de las deudas sociales anteriores a la declaración del concurso, si bien la permite ejercer subsidiariamente a los acreedores en el supuesto previsto en el 54.4. Este supuesto prevé que los acreedores pueden requerir a los administradores para que ejerzan las acciones de carácter patrimonial que asistan al concursado, pudiendo los acreedores ejercer estas acciones a su costa pero en beneficio de la masa si no lo hiciesen los administradores concursales ni el concursado en plazo de dos meses desde el requerimiento.

Lo que debemos destacar aquí es que el artículo 48.*bis* no solo reserva la legitimación para el ejercicio de la acción, sino que retrasa la posibilidad de ejercer ésta por cualquiera de los legalmente legitimados, al decir «...*durante la tramitación del concurso*». Así pues hay que concluir que la apertura de la liquidación produce también el efecto de dar vía libre a los administradores concursales (y en el caso del 54.4 a los acreedores) para reclamar de los socios responsables de las deudas sociales, sin que antes se pueda iniciar la reclamación por ninguno de los interesados. El artículo 48.*ter*.2. LC faculta al juez para ordenar –de oficio o a instancia de los administradores concursales– el embargo preventivo de bienes y derechos de estos socios en cuantía suficiente para asegurar la suficiencia de la masa activa, con el mismo trato que en el apartado 1 se da a los administradores.

Parece pues que la secuencia será asegurar la suficiencia de la masa mediante el embargo preventivo, sin que se proceda a cuantificar la responsabilidad de los socios afectados hasta alcanzado el convenio o abierta la liquidación, y procediéndose entonces a ejercer la acción en la cuantía necesaria con cargo a los bienes ya embargados, y, de ser necesario, ampliándose a los bienes aún no trabados.

7.3.1.2. *Sobre los créditos*

Contiene el artículo 146 en primer lugar una remisión general al contenido del capítulo II del Título III, que determina los efectos del concurso sobre los acreedores en general, y donde deberemos buscar las consecuencias que sobre ellos produce el desapoderamiento general o la apertura de la liquidación, además de los dos supuestos directamente por el artículo 146. Así los efectos serán los siguientes:

A. Sustitución procesal

Establece el apartado 2 del artículo 51 que en caso de suspensión de las facultades de administración, lo que sucede al iniciarse la fase de

liquidación, la administración concursal sustituirá procesalmente al concursado en los procedimientos judiciales en trámite, se entiende que con excepción de las acciones de índole personal. Se trata de un efecto más del desapoderamiento general y del control que la administración concursal pasa a ejercer sobre todas las actividades susceptibles de influir en el patrimonio del concursado.

La sustitución procesal se produce para un mejor control, pero no significa que los administradores ostenten íntegramente la representación procesal del concursado, ya que no podrán desistir, allanarse ni transigir más que con autorización del juez del concurso, quien a su vez deberá oír al respecto tanto al deudor como a los personados en el concurso que estime conveniente. Es pues más una medida de control que de administración sobre el patrimonio del deudor.

De hecho la propia Ley emplea indebidamente la expresión sustitución procesal, pues no se trata de una sucesión en la dirección del pleito en nombre del concursado, ya que se concede a éste la posibilidad de mantener su representación y defensa procesales separadamente, con la condición de asegurar que los gastos de éstas no recaigan en la masa y con el límite de no poder desistir, allanarse o transigir. En realidad se priva al concursado de la capacidad de decidir sobre el resultado del pleito antes de dictada la sentencia, pasando esta capacidad al control del juez del concurso.

B. Ejercicio de acciones del concursado

En virtud del artículo 54.1 será la administración concursal, una vez abierta la fase de liquidación, la que ostente la legitimación activa para el ejercicio de las acciones que asistan al concursado y no sean de índole personal. Para las que ostenten este carácter seguirá estando legitimado el concursado, quien tendrá pleno control sobre ellas a no ser que la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio, en cuyo caso precisará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos, allanarse, desistir o transigir, en definitiva para todas las actividades dispositivas sobre el pleito mismo.

El apartado 3 del mismo artículo faculta al concursado para personarse y defenderse separadamente en los juicios promovidos por la administración concursal, pero sin que las consecuencias, gastos o costas, de esta defensa separada puedan recaer sobre la masa. No se le priva pues del derecho a litigar ni se le limita éste, pero sí se le impide perjudicar a la masa con las resultas negativas de los pleitos en que intervenga.

C. Ejecución de garantías reales

El artículo 56.1 ordena la imposibilidad de iniciar ejecuciones de garantías reales desde el momento de la declaración del concurso, y el 56.2 la suspensión de actuaciones en las ejecuciones iniciadas con anterioridad a la declaración. La apertura de la liquidación producirá sobre estas garantías reales el efecto previsto en el artículo 57.3, consistente en la reanudación de las ejecuciones que resultaron afectadas por la suspensión, pero no en sus procedimientos originales sino como piezas separadas dentro del procedimiento concursal.

En cuanto a las garantías cuya ejecución no se hubiere iniciado al tiempo de la declaración del concurso, la apertura de la liquidación acarreará la pérdida definitiva del derecho de ejecución separada, procediéndose a su ejecución privilegiada dentro del procedimiento general de liquidación. Cabe añadir aquí un efecto contrario, dispuesto en el artículo 56.1, y es que la no apertura de la liquidación, transcurrido un año desde la declaración del concurso, liberará a estos acreedores de la prohibición de iniciar las ejecuciones de sus garantías.

D. Vencimiento y liquidación anticipados

El artículo 146 dispone que la apertura de la liquidación produce el vencimiento anticipado de todos los créditos aplazados, y como consecuencia y en virtud del artículo 159 la aplicación a éstos del descuento correspondiente calculado al tipo de interés legal. Así mismo todos los créditos que consistieren en prestaciones diferentes de la entrega de dinero habrán de ser valorados y convertidos en dinero para su satisfacción ordenada con cargo a la masa.

7.3.2. Operaciones de liquidación

Se regulan las operaciones de liquidación en la Sección 3ª, artículos 148 a 153, estableciéndose sucesivamente la redacción del Plan de liquidación, las reglas supletorias de éste y por último una serie de normas encaminadas a mantener la honestidad y transparencia de las operaciones liquidatorias, junto con otras disciplinarias para los administradores concursales, quienes como se ha dicho más arriba se convierten ahora en auténticos liquidadores del patrimonio concursal, al modo de los liquidadores sociales pero con obligación de rendir cuentas de sus actos al juez del concurso.

7.3.2.1. Garantías del procedimiento

Como garantía de la transparencia y honestidad de las operaciones liquidatorias, la Ley prohíbe a los administradores concursales (artículo 151) la adquisición, por sí o por persona interpuesta, y aunque fuera en subasta,

de cualquiera de los bienes integrados en la masa activa del concurso. El incumplimiento de la prohibición anterior acarreará la inhabilitación del administrador infractor, con comunicación al Registro de Resoluciones Concursales, el reintegro a la masa, sin contraprestación, del bien indebidamente adquirido y la pérdida del crédito concursal que ostentase el infractor.

Como medida de control de las operaciones, establece el artículo 152 la obligación de los administradores de presentar al juez informes trimestrales sobre el estado de las operaciones, que quedarán de manifiesto en el juzgado y serán comunicados por la administración concursal de forma telemática a los acreedores de cuya dirección electrónica se tenga conocimiento., constituyendo el incumplimiento causa de las sanciones previstas en los artículos 36 y 37 de la Ley Concursal.

Por último, y para asegurar la agilidad de las operaciones, el artículo 153 faculta a cualquier interesado para solicitar la remoción de los administradores transcurrido un año sin culminar la liquidación. En este caso el juez oirá a los interesados y, si no existe justa causa para la dilación, acordará su separación y sustitución. En tal caso los afectados perderán el derecho a las remuneraciones devengadas, devolviendo a la masa las percibidas, y el auto separatorio será inscrito en el Registro de Resoluciones Concursales.

7.3.2.2. Reintegración y reducción

Es obvio que las operaciones de liquidación se encaminan a convertir en dinero la totalidad de la masa activa para, posteriormente y con el producto obtenido, pagar ordenadamente a los acreedores. Por ello no está de más recordar que, como paso previo a la liquidación, ha debido realizarse la reintegración y reducción de las masas, utilizándose las acciones de contenido patrimonial que asistan al concursado frente a terceros y así mismo las acciones de reintegración previstas en beneficio de la masa, tanto sean rescisorias como impugnatorias, que se tramitarán como incidentes del concurso según el artículo 72.

Otro tanto cabe decir sobre las operaciones de reducción, practicadas al amparo de lo dispuesto en el artículo 80. En definitiva se tratará de acciones reivindicatorias de tercero que permiten a éste recuperar bienes de su propiedad indebidamente ocupados en la masa.

7.3.2.3. El plan de liquidación

Prevé el artículo 148.1 de la Ley la confección por los administradores concursales de un plan de liquidación, en el plazo de 15 días desde la notificación de la apertura de la liquidación, prorrogables por otros quince

a solicitud de los administradores y si el juez lo entiende justificado por la complejidad del concurso. El Plan deberá consistir en una programación ordenada de las realizaciones de bienes y derechos encaminadas a su conversión en efectivo para satisfacer las deudas, conteniendo, en su caso, el ejercicio por los administradores de la facultad concedida en el artículo 155.2 de pagar los créditos con privilegio especial con cargo a la masa y sin realizar los bienes afectos en garantía.

Dentro de lo posible, se contemplará la enajenación unitaria del conjunto de establecimientos o unidades productivas que formen parte del patrimonio concursal, con el fin de favorecer la continuidad de la actividad empresarial o profesional afectada –lógicamente ahora en manos de tercero– produciéndose en este caso a efectos laborales la continuidad o sucesión de empresa prevista en el artículo 149.2, de manera que se asegure en lo posible el mantenimiento de los puestos de trabajo, pero con declaración expresa de competencia del juez concursal en la resolución de los conflictos que pudieran presentarse, por remisión expresa al artículo 64 LC.

Presentado el Plan, se abre plazo de quince días a los efectos de que, tanto el deudor como los acreedores concursales (artículo 148.2) e igualmente los representantes de los trabajadores (artículo 148.3), puedan formular propuestas de modificación sobre su contenido. De no formularse, el juez dictará auto aprobando el Plan, a cuyo texto se atenderán íntegramente las operaciones liquidatorias de la masa activa. En caso de presentarse propuestas de modificación, la administración concursal, en plazo de diez días, deberá informar al juez sobre las observaciones y modificaciones planteadas. Manda finalmente el apartado 4 del artículo 148, como paso previo a la aprobación del Plan, el cumplimiento de los trámites previstos en el artículo 64 para el caso de que su aprobación suponga la extinción o suspensión de contratos de laborales o la modificación de las condiciones de trabajo.

Salvo para los acreedores públicos, en el plan de liquidación podrá preverse la cesión de bienes o derechos en pago o para pago de los créditos concursales, con las limitaciones y el alcance previsto, respecto a los bienes afectos a una garantía, en el apartado 4 del artículo 155.

Por último el juez, según el interés del concurso, resolverá sobre la inclusión o rechazo de las modificaciones propuestas, mediante auto que apruebe el plan original, con o sin ellas, o mande seguir la liquidación con arreglo a las reglas legales supletorias del plan previstas en la Ley.

Además, el juez, de oficio o a instancia de parte, podrá ordenar la consignación en la cuenta del juzgado de hasta un 15 por ciento que se obtenga en cada una de las enajenaciones de los bienes y derechos que integran la masa activa o de los pagos en efectivo que se realicen con cargo a la misma. Este montante se utilizará para hacer frente a las cantidades que resulten a deber a determinados acreedores, conforme a los pronunciamientos judiciales que se emitan en los recursos de apelación que pudieran interponerse frente a actos de liquidación. Dicha cantidad se liberará cuando los recursos de apelación hayan sido resueltos o cuando el plazo para su interposición haya expirado. La parte del remanente que haya quedado libre tras la resolución o expiración del plazo de interposición de los recursos, será asignada de acuerdo con el orden de prelación legalmente establecido, teniendo en cuenta la parte de créditos que ya hubieren sido satisfechos.

7.3.2.4. Reglas supletorias

Para el caso en que el Plan no resulte aprobado, previene la ley unas pautas de actuación (artículo 149 y 150) con las que básicamente se pretende dar continuidad a la explotación o actividad desarrollada por el concursado, manteniendo en lo posible los puestos de trabajo y las condiciones de empleo, que se preconizan como un bien social a mantener. Por ello en todos los casos en que las operaciones de liquidación supongan una efectiva extinción o suspensión de contratos laborales, o modificación en las condiciones de empleo, el juez, en virtud del artículo 149.1.2^a, deberá llevar a cabo el trámite del artículo 64 para garantizar las condiciones laborales de la liquidación.

Cumplido el trámite anterior, en su caso, se procederá a la efectiva enajenación, optando entre las siguientes alternativas:

A. Venta en bloque

La primera regla (artículo 149.1.1^a) recomienda la venta en bloque «*como un todo*» de las unidades productivas, disponiendo el apartado 2 del mismo artículo que en este caso –si se mantiene la identidad de la entidad económica como conjunto organizado de medios– se considerará a efectos laborales y de la Seguridad Social la existencia de continuidad en la empresa, y podrá el juez acordar que el adquirente no quede subrogado en la obligación de pago de los salarios o indemnizaciones asumida por el Fondo de Garantía Salarial según el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. También se autoriza expresamente en este caso el pacto de modificación de las condiciones colectivas de trabajo, entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, con el fin de asegurar la viabilidad de la explotación en manos de su nuevo propietario, todo ello con el fin

obvio y reconocido de evitar la extinción de puestos de trabajo como consecuencia de la crisis empresarial, estimulándose así la adquisición conjunta de las unidades productivas que permita evitar la destrucción de empleo.

La enajenación en este caso se llevará a cabo mediante subasta. No obstante, el juez podrá acordar la realización a través de enajenación directa o a través de persona o entidad especializada cuando la subasta quedare desierta o cuando, a la vista del informe de la administración concursal, considere que es la forma más idónea para salvaguardar los intereses del concurso.

B. Venta de unidades productivas independientes

En caso de que el juez, previo informe de la administración concursal, lo considere más conveniente para el concurso, ordenará mediante auto la división patrimonial en unidades menores o incluso la venta aislada de todos o parte de sus elementos patrimoniales. En este caso las unidades productivas que puedan mantenerse separadamente funcionales se enajenarán como el conjunto anterior, mientras que el resto de bienes y derechos del concursado se enajenarán como elementos patrimoniales independientes, siguiendo las reglas se enajenarán, conforme a las previsiones contenidas en el plan de liquidación y, en su defecto, conforme a las reglas del procedimiento de apremio de la LEC y según la naturaleza de cada uno de los bienes enajenados.

Cabe consignar que sobre los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se aplicará la regla del 155.4, que ordena la subasta como principio general, pero admite la venta directa, con autorización judicial, al oferente de un precio superior al mínimo pactado y pagado al contado, previa publicación de la oferta, e incluso pudiendo llegarse a la subastilla si fueren varios los oferentes.

En cuanto a los bienes y derechos litigiosos se autoriza expresamente (artículo 150) su enajenación en tal concepto, con comunicación de ésta por los administradores al juzgado que entendiere del litigio, que producirá el efecto de sucesión procesal automática sin necesidad de personación del adquirente y sin oposición posible de la contraparte, quedando el comprador del bien litigioso a las resultas del litigio existente.

7.3.3. El pago a los acreedores

Dedica la Ley la Sección 4ª, artículos 154 a 162, a regular ordenadamente el pago a los acreedores, una vez realizados los activos del concursado, incluyendo entre ellos los pagos a realizar por créditos con privilegio especial, sin embargo, éstos –al realizarse directamente contra lo obtenido en

la enajenación de los bienes que los garantizan— sería más propio incluirlos entre las operaciones de liquidación que entre las de pago propiamente dicho, ya que de su cancelación se obtiene, en caso su valor exceda del crédito garantizado, el remanente que constituye la auténtica liquidez del concurso. En cualquier caso seguiremos en la exposición el orden previsto en la Ley.

7.3.3.1. *Créditos contra la Masa*

Manda la Ley (artículo 154.1) a los administradores detraer de la masa activa en primer lugar los bienes y derechos necesarios para la atención de los créditos contra ella, que aparecen recogidos y clasificados en el artículo 84.2. Estos créditos serán abonados a sus respectivos vencimientos, con lo cual son pagos realizados a lo largo del desarrollo del concurso y no específicamente en la fase de pago, con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial. Solo los no abonados con anterioridad quedarán pues para ser atendidos en este momento.

Consecuentemente se abonarán en lo posible a lo largo del concurso y conforme alcancen sus vencimientos. Terminado el líquido disponible, quedarán en espera hasta la liquidación, y de nuevo se atenderán por su orden con cargo a los bienes libres; finalmente los no atendidos por insuficiencia se pagarán con el remanente resultante después de realizarse los pagos de créditos con privilegio especial, ya que el artículo 156 ordena atender el pago de los créditos con privilegio general una vez deducido lo necesario para atender todos los créditos contra la masa.

7.3.3.2. *Créditos con privilegio especial*

Enumerados en el artículo 90, pueden como los anteriores ser atendidos a lo largo del concurso, sin aguardar a las operaciones de liquidación, y ello en virtud de tres autorizaciones legales expresas.

La primera aparece en el artículo 155.2, que autoriza a los administradores a optar por atender el pago de estos créditos con cargo a la masa, sin realizar el bien que los garantiza y quedando éste desafectado de la garantía.

La segunda en el 155.3, al permitir, con autorización judicial, la venta del bien garante transmitiendo con él la carga, en que quedará subrogado el adquirente, excluyendo el crédito de la masa pasiva e incorporando a la activa el producto de la venta, todo ello *«incluso antes de la fase de liquidación»*. Cabe también la venta sin subrogación, si el juez no autoriza la anterior opción, cancelando el crédito con el producto de la misma e incorporando el remanente a la masa activa para atender los restantes créditos.

La tercera se contiene en el apartado 4 del mismo artículo al ordenar la venta de éstos «*en cualquier estado del concurso*» mediante subasta, salvo la autorización anteriormente comentada de venta directa o subastilla.

Con todo ello se evidencia que en realidad la atención de estos créditos se producirá, con más frecuencia, con carácter previo a la fase de pago que dentro de ésta. Es ocioso señalar que el pago de estos créditos es individual y con cargo al bien que garantiza cada crédito, por lo que no existe orden ni prioridad entre ellos, sino atención individualizada. Cabe recordar que dentro de este grupo estarán los créditos con garantía real, cuyos intereses son los únicos que se continuarán devengando, por disposición de los artículos 59.1 y 92.3º, hasta donde alcance la respectiva garantía y sin carácter de crédito subordinado.

En los supuestos de realización de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, el acreedor privilegiado hará suyo el montante resultante de la realización en cantidad que no exceda de la deuda originaria, correspondiendo el resto, si lo hubiere, a la masa activa del concurso.

Por último reseñar que los créditos de este tipo que no alcancen a ser cubiertos por su correspondiente garantía, se sumarán a los créditos ordinarios para su satisfacción conjunta (artículo 157.2).

7.3.3.3. Créditos con privilegio general

Su pago se efectuará, según ordena el artículo 156, inmediatamente después de atendidos íntegramente los dos grupos anteriores. Revisten este carácter los recogidos en el artículo 91, y serán atendidos por el orden establecido en el indicado artículo y en su caso a prorrata dentro de cada uno de los grupos si no hubiese remanente suficiente para su total cancelación.

7.3.3.4. Créditos ordinarios

Son los no clasificados expresamente en ninguna de las restantes categorías y se atenderán, con la parte no cubierta de los créditos con privilegio especial, a prorrata entre todos ellos en caso de que no haya remanente suficiente para su íntegro pago.

7.3.3.5. Créditos subordinados

La incorporación a este grupo se produce en virtud del artículo 92, realizándose el pago –una vez satisfechos íntegra y previamente los créditos ordinarios– con arreglo al orden de los grupos establecidos en este artículo y a prorrata dentro de cada uno de ellos.

7.3.3.6. *Créditos plurales*

En el caso de que un mismo crédito esté reconocido en varios concursos, lógicamente no podrá excederse en el cobro múltiple del total adeudado. Cabe aquí, como control del exceso de pago, la retención por parte de la administración concursal de la cuantía a abonar en cada concurso hasta la presentación de certificaciones de las cantidades correspondientes en los restantes, comunicando además los pagos efectivamente realizados por cada uno.

8. LA CALIFICACIÓN Y LA RESPONSABILIDAD CONCURSAL

La Ley Concursal regula la calificación y sus consecuencias en el Título VI, *De la calificación del concurso*, artículos 163 a 175. Hasta la *Ley 38/2011* la calificación aparecía definida como consecuencia directa de la liquidación en el artículo 163, resultando también obligatoria en los supuestos en que el convenio establecía una espera superior a tres años o una quita superior al tercio de los créditos. El nuevo texto llega a la misma conclusión, si bien ahora el artículo 163, ordena taxativamente y como principio general la calificación del concurso como fortuito o culpable aparentemente en todos los supuestos, para luego hacer excepción (artículo 167) de los convenios en las condiciones antes indicadas, a no ser que resulten incumplidos posteriormente.

Cabe decir, por lo tanto, que la calificación es también una consecuencia directa de la apertura de la fase de liquidación, ya sea directa o por incumplimiento del convenio, si bien también se producirá en los casos de convenio insuficiente.

En cualquier caso, se aclara que la calificación mercantil del concurso no interfiere ni prejuzga la calificación de los hechos como delictivos, competencia exclusiva del orden penal, sin vincularse una a la otra.

8.1. CONCURSO CULPABLE Y FORTUITO

Los dos siguientes artículos se ocupan de los supuestos en que procederá la calificación como culpable, estableciéndose en primer lugar un principio general, que determina la culpabilidad (artículo 164.1) y requiere prueba positiva de los hechos, pero estableciendo luego un doble sistema de presunciones, de manera que, si se da el supuesto previsto en la ley, la calificación vendrá seguida de suyo, salvo demostración en contrario de la existencia de motivo o causa de exoneración para las presunciones «*iuris tantum*» establecidas (artículo 165) o sin siquiera posibilidad de ello

(artículo 164.2) para las «*iuris et de iure*». El concurso fortuito se define así por exclusión, y lo será aquél en que no se hayan encontrado causas para la calificación como culpable.

El párrafo 1 del artículo 164 establece que el concurso será culpable si *en la generación o agravación del estado de insolvencia* se apreciase comportamiento doloso o culpa grave del deudor o, en caso de persona jurídica, de sus representantes, administradores, liquidadores y apoderados generales, tanto de presente como en los que hubieren desempeñado el cargo en los dos años anteriores a la declaración del concurso, o, así como de sus socios conforme a lo dispuesto en el artículo 165.2. Por su parte el artículo 172, regulador del contenido de la sentencia, especifica que ésta se pronunciará solamente sobre la calificación del concurso como culpable o fortuito y las causas en que se fundamente esta decisión.

Por lo tanto no se trata de un proceso o revisión general de la actuación del deudor, o su administrador, sino tan sólo de analizar las circunstancias que han concurrido en la generación de la insolvencia, o en su caso en la agravación de la misma, para determinar si en ellas –y no en otros acontecimientos o decisiones, por relevantes que fueren para la vida de la sociedad, mientras no generen o agraven la insolvencia– el administrador se ha producido con dolo o culpa grave. Se introduce además un límite temporal para el análisis de tales circunstancias, excluyéndose expresamente de la calificación los hechos acaecidos más de dos años antes de la declaración –no de la solicitud– de concurso.

No cabe pues aquí invocar otra norma ni consecuencia que no sean las atinentes a la causación o agravación del fallido, ni más causa de condena que el dolo o la culpa grave, en los términos de prueba plena y directa o constancia de los actos de los que la ley los deduce. No se trata pues de analizar los supuestos de responsabilidad del administrador dispuestos en la LSC, es decir del incumplimiento de los deberes del cargo, ni de los actos contrarios a la ley o a los estatutos o del incumplimiento del mandato legal de disolución de la sociedad, salvo que éstos hayan causado o agravado la insolvencia, hayan sido dolosos o mediado culpa grave y resulten incluidos en plazo.

La actuación meramente negligente o con culpa leve no merece la calificación del administrador como culpable del concurso, es objeto de un reproche legal diferente y no podrá ser juzgada ni sancionada en el procedimiento concursal por quedar claramente excluida de su ámbito de competencia. Quedará pues para su exigencia solamente la vía de la acción de responsabilidad de la LSC, según se dispone expresamente en el artículo

48 *quáter* LC, que además atribuye tales acciones en exclusiva a la administración concursal una vez declarado el concurso y, hemos de entender, sólo durante la sustanciación de éste, ya que el artículo 60.3 LC dispone la interrupción de la prescripción de estas acciones; luego podrán ser interpuestas por los legitimados habituales una vez concluido el concurso y sea cual fuere su resultado.

En el mismo sentido se deduce del artículo 51 *bis* 1, al ordenar la suspensión –y no el archivo– de los procedimientos deducidos contra los administradores por incumplimiento de la obligación de disolver la sociedad, así como la inadmisión de causas nuevas por estos motivos (artículo 50.2) presentadas *desde la declaración del concurso hasta su conclusión*, luego cabe su admisión una vez cerrada la tramitación concursal.

8.2. APRECIACIÓN DE LA CULPABILIDAD

Retomando el contenido de los artículos 164 y 165, encontramos la formulación de un principio general de calificación del concurso culpable, seguido de dos sistemas de presunciones con diferente tratamiento: las primeras, *iuris et de iure*, no admiten prueba en contrario, mientras las segundas, *iuris tantum*, pueden ser objeto de la actividad probatoria del concursado, en su descargo, para evitar la declaración de culpabilidad.

Hay que aclarar ante todo la trascendencia de estas presunciones. La Ley no presume el hecho que da lugar a la culpabilidad, antes al contrario exige la prueba del hecho en sí, deberá por tanto probarse que el concursado –en los dos años anteriores al concurso– ha incurrido en uno o en varios de los comportamientos reprobados por la norma. Ahora bien, una vez probado el hecho, lo que la Ley sí presume es la intencionalidad defraudatoria del concursado al incurrir en el supuesto contemplado: se deduce del hecho probado el *animus* del sujeto al cometerlo; es decir que, sentado el hecho, la ley atribuye a su autor el dolo o la culpa grave sin necesidad de que se demuestre su concurrencia.

Por ello se da un diferente tratamiento, como veremos, a comportamientos en los que para el legislador no cabe excusa ni pretexto alguno, presunciones *iuris et de iure*, mientras que en otros concede al deudor el beneficio de la duda, presunciones *iuris tantum*, pero le carga con la obligación de probar que en su comportamiento no existía doblez sino casualidad o simple negligencia. En el primer caso no admite explicaciones para el comportamiento, simplemente lo considera injustificable; en el segundo caso pide al concursado que explique, si le cabe, por qué incurrió en el

hecho reprobado. Y si la justificación no es adecuada se rechazará su alegación y se tendrá por establecida la intención de defraudar a los acreedores.

8.2.1. **Apreciación causal**

El principio general (artículo 164.1) supone la calificación como culpable del concurso en el que se llegue a apreciar dolo o culpa grave del deudor –o de los administradores de la sociedad en su caso y con la extensión a los *de hecho*– tanto sea en la generación cuanto en la agravación del estado de insolvencia.

No se trata pues de someter a juicio la actuación del administrador en lo referente a la gestión en términos generales, sino de determinar si las causas que han producido el fallido han sido generadas por actos u omisiones del administrador dolosos o gravemente culpables, o incluso si, no debiéndose directamente a éstos, de ellos se ha deducido la agravación de la situación. Esta referencia a la agravación de la insolvencia ha de traducirse directamente como deterioro de la situación patrimonial que haya provocado una mayor diferencia entre activo y pasivo, que no se hubiera producido de no mediar el acto o la omisión del supuesto culpable.

Estamos pues aquí –y en primer lugar– ante una imputación de dolo o culpa grave sujeta en su apreciación a las reglas de la responsabilidad causal, que requiere de la existencia de un acto u omisión –o conjunto de actos u omisiones– doloso o gravemente negligente por parte del administrador de la concursada, seguido de un daño consistente en el aumento o causación del desfase patrimonial, debiendo establecerse relación de causalidad plena entre acto y daño. Con más que no cabe la calificación de culpable si en el proceso se pusieren de manifiesto otras actuaciones imprudentes o incluso dolosas que no hubieren tenido como resultado la generación o agravación de la insolvencia, pues al no tener relación causal con ésta, que es lo que se somete a la consideración del juez, quedan excluidas de las cuestiones a considerar de cara a la calificación.

8.2.2. **Apreciación directa**

Tras la disposición general ya mencionada establece la Ley (ver artículo 164.2) un conjunto de presunciones que no admiten prueba en contrario, de manera que, si se da el supuesto de hecho contemplado en el texto legal, la calificación de culpable se produce como consecuencia inevitable de la infracción, *en todo caso*, según establece la norma. Se trata pues de supuestos de apreciación directa de la culpa, deducida de la comisión del imputado de cualquiera de los hechos previstos en la ley.

Todas estas presunciones *iuris et de iure* presentan como elemento común que el hecho en que se fundamentan para acarrear la calificación de culpabilidad puede ser calificado sin ambages como indicio suficiente de dolo o grave negligencia, para cerrar el paso a las excusas basadas en la supuesta ignorancia o inintencionalidad de los hechos en que se basa la presunción concreta, evitando así los intentos de aparentar o probar una inocencia de por sí más que sospechosa. Basta una lectura somera de los supuestos que dan lugar a la presunción para determinar que los puntos esenciales de cada una de ellas son consecutivamente:

1. *Contabilidad inexistente, doble o falseada*. Un supuesto de negligencia gravísima y dos de dolo evidente.

2. *Falsedad o inexactitud grave en los documentos presentados durante el procedimiento concursal*. Nuevamente dolo o negligencia, tan grave que linda con éste, cualificados ambos por producirse en el marco del procedimiento judicial, casi equivalente a las diversas modalidades del delito de falso testimonio (ver artículos 458 a 462 del Código Penal).

3. *Incumplimiento, imputable al concursado, de la solución convenida*. Es evidente el dolo cuando menos civil, ya que en el fondo se trata del incumplimiento consciente de una resolución judicial, pues este rango tiene el convenio aprobado por el juez (artículo 130 LC).

4. *Alzamiento de bienes o artificio encaminado a impedir la ejecución patrimonial*. Dolo evidente que se confirma por la redacción del apartado, casi idéntica a la del tipo penal correspondiente (artículo 257 CP).

5. *Salida fraudulenta de bienes del patrimonio del deudor en el período sospechoso de dos años*. Dolo palmario, que consiste en una versión más elaborada del simple alzamiento, aunque circunscrita al período establecido en la Ley para las acciones de reintegración en la masa (artículo 71 LC).

6. *Simulación de situación patrimonial*. El dolo es aquí obvio pues la simulación solo puede ser voluntaria y obedece necesariamente a la intención de engañar a terceros sobre la situación real.

8.2.3. **Apreciación objetiva**

Por último (artículo 165) establece la Ley Concursal un tercer sistema de apreciación de la culpabilidad, sujeto a las reglas de la responsabilidad objetiva, ya que se parte de una presunción de culpa deducida de la presencia de un hecho concreto, pero que también permite al presunto culpable justificar su conducta para evitar la sanción. Recordemos que se debe entender la presunción legal *iuris tantum* como encaminada a evitar

la prueba la intencionalidad del hecho, y que se considera ésta existente salvo que se pueda justificar la actuación del presunto culpable.

De aquí que los cuatro supuestos afectados por la presunción *iuris tantum* tengan en común que, de ser intencionados, constituirían dolo sin duda alguna, pero que de no serlo no deben acarrear la consecuencia grave que la Ley les atribuye: la culpabilidad del concurso. Veamos cuales son los hechos que dan lugar a la presunción:

1. *Incumplimiento del deber de solicitar el concurso.* Es evidente que siendo un deber legalmente establecido (artículo 5 LC), su incumplimiento intencionado ha de tener forzosamente una sanción, y la sanción atribuida es dar el carácter de culpabilidad al concurso, no existe otra en la ley. Sin embargo cabe el incumplimiento meramente negligente o afectado de culpa leve, que acarreando consecuencias igualmente las deberá conllevar más leves, o incluso cabe un incumplimiento justificado, que será necesariamente menos grave o incluso impedirá la consecuencia sancionadora.

Resulta evidente que es distinto infringir el plazo por desidia o mala intención que hacerlo por haber tomado la precaución previa de solicitar a la junta de socios pronunciamiento previo sobre la presentación del concurso o la ampliación de capital, y siendo el plazo de convocatoria para la junta de un mes se reduce sustancialmente el tiempo de reacción del administrador enfrentado a la situación, con lo que es comprensible y hasta diligente el retraso leve en la presentación de la solicitud voluntaria de concurso.

2. *Incumplimiento del deber de colaboración con los órganos concursales.* Más difícil de justificar que el anterior, pero en el que siempre cabe la posibilidad de cumplimiento imposible por desconocimiento, aunque éste en sí constituya negligencia, enfermedad, ausencia justificada, etc.

3. *Ausencia de formulación, auditoría o depósito de las cuentas anuales.* Es claro que si son intencionadas estas ausencias constituyen un grave incumplimiento, pero también cabe por ejemplo que el depósito no se realice por ser imposible. Así el caso de una hoja de registro cerrada por causas imputables a un administrador anterior: el registro aquí estaría obligado a inscribir al nuevo administrador, pero negaría el depósito de cuentas y cualquier otra inscripción (artículo 378.1 RRM), salvo las relativas a revocación de poderes, disolución de la sociedad y nombramiento de liquidadores o inscripciones que hayan de practicarse por orden judicial o administrativa. En situación similar se encontraría el administrador que al asumir el cargo comprueba la ausencia de auditorías obligatorias en años anteriores, que hacen imposible el depósito y requieren de un plazo extenso para su

subsanación. En ambos casos el administrador de presente estaría pagando las consecuencias de la negligencia del o los anteriores. Cabe pues su incumplimiento involuntario y susceptible de inequívoca prueba en juicio.

4. *Negativa injustificada de los socios o administradores a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles frustrando la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis. 1 o en la disposición adicional cuarta o un acuerdo extrajudicial de pagos.* A estos efectos, se presumirá que la capitalización obedece a una causa razonable cuando así se declare mediante informe emitido, con anterioridad a la negativa del deudor, por experto independiente nombrado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 71 bis 4. Si hubiere más de un informe, deberán coincidir en tal apreciación la mayoría de los informes emitidos.

En todo caso, para que la negativa a su aprobación determine la culpabilidad del concurso, el acuerdo propuesto deberá reconocer en favor de los socios del deudor un derecho de adquisición preferente sobre las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores, a resultas de la capitalización o emisión propuesta, en caso de enajenación ulterior de los mismos. No obstante, el acuerdo propuesto podrá excluir el derecho de adquisición preferente en las transmisiones realizadas por el acreedor a una sociedad de su mismo grupo o a cualquier entidad que tenga por objeto la tenencia y administración de participaciones en el capital de otras entidades, con tal de que sea de su grupo o que esté participada por el acreedor.

En cualquiera de estos cuatro supuestos es posible alguna justificación de los hechos, por débil que llegue a ser. De ahí que la ley establezca un sistema de determinación objetiva de la responsabilidad: si se ha incurrido en cualquiera de ellos el concursado es en principio culpable, pero le cabe proponer las justificaciones que le puedan asistir y el juez decidirá si son adecuadas y en qué grado, determinando o no la culpabilidad y adecuando la sanción consecuente con la culpabilidad al grado de la misma que determine. Consecuentemente lo que no debe caber es la aplicación automática de la sanción, sino al contrario: lo será convenientemente razonada.

Ninguna de las cuatro situaciones es por sí misma –sí lo eran claramente las que dan lugar a las presunciones *iuris et de iure*– susceptible de provocar un daño a los acreedores o la causación o el agravamiento de la insolvencia.

Podemos pues establecer que a la calificación de culpabilidad del concursado, o de sus colaboradores, se llega por tres itinerarios, pero que los tres, de concretarse, desembocan en una misma consecuencia y ésta es la

contenida en los artículos 172 y 172*bis*: se soportará la sanción consistente en la inhabilitación, la pérdida de derechos legítimos y, en su caso, la obligación de cubrir en todo o en parte el desequilibrio patrimonial.

8.3. CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA DE CULPABILIDAD

Las consecuencias de la declaración de culpabilidad en el concurso vienen establecidas en los artículos 172 y 172*bis* LC. El primero de ellos, al regular el contenido de la sentencia, recoge los pronunciamientos que forzosamente habrán de ser precisados en ella. Así, exige en su apartado 1 la expresión de los fundamentos y razones que han llevado al juez a su pronunciamiento de culpabilidad; en el apartado 2 relaciona los pronunciamientos generales a determinar en todo caso y en el apartado 3 recoge como última decisión la posibilidad de condenar a los cómplices no acreedores a la indemnización de los daños causados, quedando el 4 para legitimar como apelantes de la resolución a quienes hayan sido parte en la sección de calificación.

Por su parte el artículo 172*bis* establece la extensión de la responsabilidad patrimonial en los concursos culpables, en los supuestos de apertura de la fase de liquidación. La sentencia contendrá así dos diferentes pronunciamientos, atendiendo a la mayor gravedad que la ley presupone para los supuestos en que el concurso deba resolverse por liquidación frente a los supuestamente menos graves –según el espíritu de la ley, aunque no necesariamente sea así– en los que finalmente se haya alcanzado convenio.

8.3.1. Contenido de la sentencia

En el orden establecido por la ley, son tratadas en primer lugar las consecuencias menos graves, que se aplican en común a los concursos calificados como culpables y resueltos tanto mediante convenio como por liquidación. Así, el apartado 2 del artículo 172 enumera en tres subapartados las consecuencias que la declaración de culpabilidad deparará a las *personas afectadas* por la misma, según la propia terminología legal, y a los cómplices.

Se dedica el primero de ellos a la determinación de estas *personas afectadas*, eufemismo utilizado para resumir en él la posible variedad de sujetos declarados culpables: el concursado y, si fuese persona jurídica, sus administradores y liquidadores de hecho y de derecho, los apoderados generales y asimismo quienes hubieran ostentado tales cargos en los dos años anteriores a la declaración del concurso, así como los socios que se

hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en función de su grado. Se reitera aquí la enumeración ya contenida en el artículo 164.1 LC.

Debe la sentencia en este punto no sólo enumerar e identificar a cada uno de los declarados culpables, sino además especificar, según el apartado primero del artículo, y fundamentar las causas de tal declaración y el concepto en que se le imputa la responsabilidad. Indudablemente no presenta problema la imputación en caso de ser administradores o liquidadores de derecho, pues constará su cargo inscrito. En estos casos bastará con la identificación y la constatación de la inscripción, junto con la especificación –conforme a lo dispuesto en los artículos 164 y 165– del hecho concreto o la presunción legal de culpabilidad, y el análisis en su caso de las causas de exoneración que pudieren concurrir y probarse.

Mayores dificultades plantea la imputación de culpabilidad a los que ejercen de hecho los cargos, pues a lo anterior deberá añadirse la fundamentación de las causas por las que se les atribuye el ejercicio irregular del cargo *la sentencia deberá motivar la atribución de tal condición*. En cuanto a los cómplices se atribuirá tal condición (artículo 166 LC) a los cooperadores *con dolo o culpa grave* del autor del acto u omisión que haya motivado la calificación de culpable.

8.3.2. Consecuencias personales: Inhabilitación

Determinadas las personas afectadas y razonada su implicación en los hechos que provocan la calificación del concurso como culpable, se establecen (artículo 172.2.2º LC) las consecuencias de carácter personal, consistentes en *la inhabilitación de los afectados para administrar bienes ajenos o representar o administrar a cualquier persona*, que se extenderá durante un período de entre dos y quince años, a determinar por el juez fundamentando su decisión sobre la extensión del plazo en un doble criterio, ya que habrá de tener en cuenta tanto la gravedad de los hechos considerada objetivamente como el importe de los perjuicios causados. A estas consideraciones del texto inicial de la LC, la *Ley 38/2011* ha añadido la reincidencia en la culpabilidad, si los afectados ya hubiesen sido declarados culpables en anteriores procesos concursales, matizándose que en casos de reiteración de culpabilidad la inhabilitación total se extenderá a la suma de las parciales, pudiendo así excederse así de los quince años.

Se trata aquí indudablemente de la imposición de una pena o sanción civil, por la que se aparta al deudor doloso o gravemente imprudente de la posibilidad de administrar o representar a terceros.

8.3.3. Consecuencias patrimoniales

Siguen las consecuencias patrimoniales en el núm. 3 del apartado 2 del artículo 172, y encontramos tres consecuencias. En primer lugar se dispone la pérdida de los derechos que los afectados y, en su caso, los cómplices tuviesen como acreedores concursales o de la masa; es decir que se les sanciona también económicamente, con la pérdida de los derechos que ostentasen legítimamente sobre el patrimonio concursal, tanto por tratarse de créditos legítimos contraídos directamente como, por ejemplo, otros indirectos procedentes del pago de obligaciones en que el administrador haya resultado deudor solidario con la sociedad y haya satisfecho el crédito, inscribiéndose luego en la masa. Los derechos ilegítimos o simulados serían fundamento de la declaración de culpabilidad y en consecuencia habrán sido, se supone, desenmascarados y anulados con anterioridad.

La segunda consecuencia económica viene derivada de la anterior, de la que es complemento necesario, casi podríamos decir que tiene el valor de ejecución de la pérdida de los derechos, ya que consiste en la obligación, o *condena*, de devolver a la masa los *bienes o derechos obtenidos indebidamente*. El término utilizado parece asumir un doble valor, alcanzando tanto a los bienes y derechos que se percibieron legítimamente, pero resultan indebidamente entregados tras la condena a perderlos, como también a los que les debieran ser devueltos, si los hay, como consecuencia de la nulidad del negocio simulado.

La tercera consecuencia económica se expresa en la coletilla final *así como a indemnizar los daños y perjuicios causados*.

8.3.4. Extensión de la responsabilidad patrimonial en el Concurso

Finalmente, dispone el artículo 172 *bis LC* la extensión de la responsabilidad patrimonial del concurso, de persona jurídica, a los patrimonios personales de los declarados culpables, si bien tal extensión se restringe a los supuestos de liquidación y quedan excluidos los casos de convenio. La exclusión es lógica, ya que por producir el convenio un efecto remisorio de los créditos, en la parte que hayan aceptado reducir los acreedores, resulta imposible la condena a cubrir derechos económicos a los que sus propios titulares han renunciado, al aceptar y aprobar el convenio.

Esta posibilidad de extender la responsabilidad patrimonial queda pues sólo reservada para los casos de liquidación, añadiendo a las consecuencias antes expuestas la posibilidad de una condena para los culpables

consistente en la cobertura total o parcial del déficit patrimonial, en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia. Queda a la decisión judicial el alcance de la medida, ya que la LC dice *el juez podrá condenar*, es de suponer que en atención al doble criterio de la gravedad de los hechos y el montante total del descubierto.

Debe además precisarse el alcance individual de la condena, concretando las cuantías independientes, en los casos en que resulten varios los condenados, atendiéndose a la participación de cada uno de los implicados en los hechos en que se fundamente la culpabilidad.

CASO PRÁCTICO

La sociedad MIPHARMA, SA ha sido incapaz este mes de pagar las nóminas a los trabajadores. Además, tiene deuda con el Banco CHS por valor de tres millones de euros por un préstamo suscrito hace un año, del que ha impagado ya varias cuotas por valor de quinientos mil euros, con la Caja de Ahorros del Norte por valor de dos millones de euros en virtud de un préstamo hipotecario, del que ya ha impagado cien mil euros, con el Banco Itálico por un préstamo impagado en su totalidad que asciende a cuatrocientos mil euros, y con más de veinte proveedores, adeudando a cada uno de ellos la cantidad de cinco mil euros. El administrador único de la compañía está muy preocupado, y ha desarrollado un plan en virtud del cual se va a vender un inmueble a uno de sus socios a la mitad de su valor de mercado para obtener algo de tesorería, si bien, no recibirán el precio hasta dentro de seis meses.

Contesta a las siguientes preguntas:

1. ¿Informarías favorablemente a la propuesta que quiere llevar a cabo? Razona tu respuesta y, en caso de ser ésta negativa, explica qué podrías aconsejarle.
2. ¿Qué sucedería si, estando en situación de concurso, lo solicitara antes un acreedor?
3. ¿Podríamos acudir a una solución paraconcursal con carácter previo? En este caso, explicar cuáles serían los requisitos concretos para este caso que se le exigirían a MIPHARMA.
4. La empresa, a pesar de que intenta llegar a una solución paraconcursal no lo consigue, no puede refinanciar porque no le apoyan suficientes acreedores. ¿Qué tiene que hacer ahora?

5. El administrador único de la compañía quiere saber cómo se va a ver afectado por el nombramiento del administrador concursal una vez declarado el concurso. Infórmale debidamente.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ VEGA, M. I., «Soluciones concursales y paraconcursoales a la crisis de la empresa. La función conservativa del concurso de acreedores en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal», *Revista de Derecho Privado*, Núm. 9-10/2004, septiembre 2004.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M., *Los problemas de la Ley Concursal*, Congreso español de Derecho, Civitas, Madrid, 2009.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El régimen jurídico preconcursal de los acuerdos de refinanciación (DA 4ª LC). Propuesta de reforma legislativa*, Colegio de Registradores de la Propiedad, 2010.
- HUALDE LÓPEZ, I., *Régimen jurídico de la administración concursal*, Civitas, Madrid, 2009.
- PACHECO GUEVARA, A., *La administración concursal*, Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2009.
- RUIZ DE VELASCO, A., *Manual de Derecho Mercantil*, Publicaciones Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2005.



