

Homenaje al profesor José María de Eizaguirre

Alberto EMPARANZA SOBEJANO
José Manuel MARTÍN OSANTE
Aitor ZURIMENDI ISLA
(dirs.)



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

**Homenaje al profesor
José María de Eizaguirre**

Homenaje al profesor José María de Eizaguirre

Alberto EMPARANZA SOBEJANO
José Manuel MARTÍN OSANTE
Aitor ZURIMENDI ISLA
(dirs.)



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

CIP. Biblioteca Universitaria

Homenaje al profesor José María de Eizaguirre [Recurso electrónico]/ Alberto Empananza Sobejano, José Manuel Martín Osante, Aitor Zurimendi Isla (dirs.). – Datos. – [Leioa] : Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea, Argitalpen Zerbitzua = Servicio Editorial, [2024]. – 1 recurso en línea : PDF (492 p.)

Ed. electrónica de la ed. impresa.

Modo de acceso: World Wide Web.

ISBN: 978-84-9082-647-8

1. Derecho mercantil – España. 2. Sociedades – Derecho – España. 3. Transporte – Derecho. I. Empananza Sobejano, Alberto, dir. II. Martín Osante, José Manuel, dir. III. Zurimendi Isla, Aitor, dir. IV. Eizaguirre, José María de, homenajeado.

(0.034)347.7(460)



Índice de autores

Altzelai Uliondo, M. Igone.
Embid Irujo, José Miguel.
Emparanza Sobejano, Alberto.
Fernández García de la Yedra, Ainhoa.
Gondra Romero, José María.
Iráculis Arregui, Nerea.
Leñena Mendizabal, Elena.
Martín Osante, José Manuel.
Martínez Balmaseda, Arantza.
Martínez Sanz, Fernando.
Meijomil González, Andrea.
Otxoa-Errarte Goikoetxea, Rosa.
Paz-Ares Rodríguez, Cándido.
Pérez Moriones, Aránzazu.
Petit Lavall, M.^a Victoria.
Quijano González, Jesús.
Recalde Castells, Andrés.
Ruiz Muñoz, Miguel.
Velasco San Pedro, Luis Antonio.
Villafañez Pérez, Itziar.
Zurimendi Isla, Aitor.

Índice

Tributo de sus hijos	13
Prólogo de los directores	15
La empresa social ¿una empresa sin ánimo de lucro? <i>M. Igone Altzelai Uliondo</i>	17
Crisis de la empresa, concurso y responsabilidad social corporativa <i>José Miguel Embid Irujo</i>	41
Posibilidades contractuales de aumento del límite de responsabilidad del porteador, con especial referencia al art. 61.3.º LCTTM <i>Alberto Emparanza Sobejano</i>	67
Plataformas de alojamiento colaborativo: calificación jurídica y límites a su regulación <i>Ainhoa Fernández García de la Yedra</i>	97
Philipp Heck y Karl Wieland (Causalidad vs. Teleología) <i>José M.ª Gondra Romero</i>	119
Reconocimiento legal de un derecho de separación adicional y dispositivo en favor del socio minoritario de la sociedad dominante <i>Nerea Iráculis Arregui</i>	147
Análisis comparativo de la articulación jurídica de la igualdad de género en los órganos de decisión de empresas y organizaciones sin ánimo de lucro que actúan en el tráfico económico <i>Elena Leñena Mendizabal</i>	165
Some questions of liability in the Rotterdam Rules <i>José Manuel Martín Osante</i>	187
Las cuentas en participación <i>Arantza Martínez Balmaseda</i>	207
Cláusulas de sumisión a arbitraje internacional y concurso de acreedores <i>Fernando Martínez Sanz</i>	233

Los perjuicios en los socios minoritarios de la abusiva utilización de la dispensa del deber de lealtad <i>Andrea Meijomil González</i>	247
Cuentas en participación: una fórmula para articular la participación financiera de las personas trabajadoras en la empresa <i>Rosa Otxoa-Errarte Goikoetxea</i>	263
Operaciones vinculadas y grupos de sociedades <i>Cándido Paz-Ares</i>	291
El incumplimiento de las obligaciones de información del contrato de viaje combinado: consecuencias para el viajero <i>Aránzazu Pérez Moriones</i>	315
Cláusulas abusivas y competencia desleal: protección del pasajero junto al Reglamento (CE) 261/2004 y el convenio de Montreal <i>M.ª Victoria Petit Lavall</i>	335
Evolución y sistema de la sociedad cotizada en el Derecho español <i>Jesús Quijano González</i>	361
La impugnación de acuerdos por violación del Derecho de Información ejercido durante la junta en la sociedad de responsabilidad limitada <i>Andrés Recalde Castells</i>	387
Signos contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres <i>Miguel Ruíz Muñoz</i>	403
La Ley de Sociedades Anónimas de Crédito de 1856: el intento fallido de crear una Banca de negocios en España <i>Luis Antonio Velasco San Pedro</i>	429
Un acercamiento a las cooperativas en el ámbito del transporte: una realidad compleja y desigual <i>Itziar Villafáñez Pérez</i>	455
La aplicación de los artículos 251 y 468 de la Ley de la Navegación Marítima: las cláusulas de sumisión a jurisdicción extranjera o arbitraje <i>Aitor Zurimendi Isla</i>	477

Tributo de sus hijos

Como hijos de José María de Eizaguirre, agradecemos cordialmente el honor de abrir la obra que homenajea la trayectoria profesional de nuestro querido *Aitatxo* en el ámbito del Derecho Mercantil.

Pese a tu semblanza de padre estricto, fuiste un excelente amigo y compañero, con el que nos reímos mucho más de lo que nadie pueda pensar, pero sobre todo un espejo y una guía para nuestro crecimiento personal y profesional.

El respeto a la palabra dada, la honestidad, el rigor y el sentido de la responsabilidad, son solo algunos de los rasgos que te caracterizaron como persona y que tanta importancia tuvieron en nuestra educación.

Tuvimos la fortuna de crecer rodeados de libros, lectura, música, debates televisivos y deporte, y fue tu visión de la vida —cosmopolita, pero a la vez fuertemente arraigada a tu tierra— lo que más nos ha marcado en nuestras trayectorias. Así, nos transmitiste la verdadera esencia de la cultura alemana, hasta el punto de empezar y acabar una licenciatura allí, permitiéndonos aprender, comparar y mejorar, trabajando en cinco países. Sin duda retos difíciles, pero en los que tú, como siempre, contribuiste con tus sabios consejos a que no cesáramos en el esfuerzo.

Detrás de un gran hombre hay una gran mujer, y allí estaba nuestra querida madre para apoyarte en todas esas horas de estudio, investigación y aislamiento, para que pudieras hacer lo que deseabas. Sin ella gran parte de tu legado no se podría haber forjado.

Nosotros también somos parte de ese legado. Llevamos, cómo no, mucho de tu esencia en nosotros, pero eso no nos impide ver lo difícil que será llegar a estar a tu altura.

Te agradecemos el habernos transmitido el afán por llegar a ser cada día mejores y ojalá sepamos inculcarlo de la misma forma a nuestros hijos.

Siempre recordaremos los buenos momentos, las lecciones, los consejos —también las regañinas— y tus besos.

Tu recuerdo permanece en nosotros y en la asociación a estos lugares: Nordkapp, Murmansk, Bretagne, Erlangen, Berlin, Lübeck, Dresden, Leipzig, Wrocław, Wien, Praha, Malta, Sardigna, Bilbao, Leiza, Getaria y «tu» Freiburg.

Eternamente agradecidos:

Juan Sebastián y Maria Eugenia de Eizaguirre

Prólogo de los directores

Aunque sea un gran honor escribir el prólogo de un Libro Homenaje a una persona, resulta una tarea no exenta de complicaciones. Por un lado, quienes lo redactan lo hacen porque han mantenido una relación estrecha con el homenajeado y eso provoca un deseo de resaltar el agradecimiento personal por todo lo que se ha aprendido de él y de contar todas y cada una de esas cosas que personalmente se le deben. Y es lo que nos sucede a nosotros con el Profesor José María de Eizaguirre, impulsor de nuestra carrera académica. Su magisterio ha marcado y marcará toda nuestra trayectoria profesional, porque la manera de enfocar la investigación y la universidad es algo que permanece en el tiempo, incluso en un mundo tan cambiante y dinámico como el de hoy. Es algo que por tanto queremos y debemos agradecer y para lo que difícilmente se pueden encontrar palabras suficientes.

Pero por otra parte, un enfoque excesivamente personalista de quienes escriben el prólogo al Libro Homenaje, corre el riesgo de ensombrear la obra y méritos objetivos del homenajeado, por centrar éste en lo que los prologuistas han experimentado con él en vez de en su propia obra, frutos o evidencias (en terminología más moderna), que el homenajeado ha dejado a la universidad en general y a su universidad en particular. Y ante esta tesitura, los prologuistas del Libro que rinde un merecido Homenaje al Profesor Eizaguirre, preferimos resaltar esta segunda parte, a sabiendas de que es más justo con el homenajeado, por más que las aportaciones personales que recibimos de él sean de gran transcendencia para nuestra vida.

Intentando resumir sus aportaciones al Derecho Mercantil, puede decirse que presupuesto inspirador de todas ellas fue su respeto y admiración por la investigación universitaria, consecuencia probablemente de su formación alemana, lo que se reflejó también en el rigor de sus publicaciones. Esto le llevó a plantearse elaborar una tesis doctoral aunque su inicial propósito no era realizar una carrera académica. Paradójicamente, al contrario de lo que hoy sucede, su actividad principal como abogado fue siendo sustituida progresivamente por un refuerzo de su actividad investigadora y universitaria en su

trayectoria profesional, fruto de la pasión e interés intelectual con la que vivía los debates académicos, lo que le motivó a aproximarse a temas jurídicamente complejos. Y siempre desde un escrupuloso respeto a la ley y a las fuentes, a los márgenes y límites en la aplicación del derecho, y a la necesidad de que la doctrina realizara ese trabajo facilitador y sistematizador para los operadores, acudiendo también al derecho comparado (no importándolo automáticamente). Su sana obsesión por la metodología, que nos transmitió a todos los que tuvimos la suerte de conocerle y aprender de él, presidió toda su obra.

Los anteriores mimbres garantizaron un rigor científico a toda su trayectoria investigadora, en la que destacó especialmente en materias como títulos-valores, el debate en torno al concepto del Derecho Mercantil o en la teoría general de sociedades. Asimismo, su empeño en mantener al País Vasco en general y a su querida Donostia-San Sebastián en particular como plaza de relevancia en el Derecho Marítimo y del transporte en general, propició que dirigiera anualmente las conocidas Jornadas de Derecho Marítimo, referentes de la materia en España, y mantuviera una estrecha relación con la Escuela de Administración Marítima del Gobierno Vasco, con el objetivo de promover su estudio en la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

Lo anterior no ha sido lo único que hizo o dejó como herencia para la universidad a la que siempre prestó sus servicios. Además de sus contribuciones y reflexiones tanto en el Departamento de Derecho de la Empresa como en la Facultad de Derecho, el Profesor Eizaguirre creó escuela en la UPV/EHU. Somos muchos las y los profesores de Derecho Mercantil beneficiados por su magisterio, unidos como decía él por la «comunidad de método». Prueba de ello son los trabajos de las personas de nuestra universidad que podemos encontrar en este trabajo. Entre ellos incluso hay algunos de quienes por edad no tuvieron la oportunidad de conocerle, pero que indirectamente se han beneficiado de sus enseñanzas por estar realizando su actividad investigadora bajo la tutela de alguno de nosotros.

Finalmente, no podemos finalizar este prólogo sin agradecer a todas las personas que han participado en él, especialmente a las ajenas a nuestra universidad. Sin duda sus contribuciones se deben al respeto y cariño que profesaban al Profesor Eizaguirre y a su obra. De los contactos que mantuvo con varias de ellas han surgido relaciones estables de colaboración entre mercantilistas de otras universidades con la nuestra, que han fructificado en distintos proyectos. Debemos decir que la pandemia que nos está tocando vivir ha impedido que otras Profesoras y Profesores que deseaban participar en este Homenaje hayan podido hacerlo. Agradecemos su interés en participar y lamentamos profundamente que finalmente no haya sido posible. A pesar de ello, creemos que el libro es un justo y cariñoso reconocimiento a la labor de José María de Eizaguirre, que además queremos entregar con mucho afecto a su hija y su hijo.

La empresa social ¿una empresa sin ánimo de lucro?

M. Igone Altzelai Uliondo

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)¹

Sumario: 1. Introducción.—2. La empresa social en el derecho comunitario. 2.1. El modelo comunitario. 2.2. Avances para un marco jurídico de la empresa social. 2.3. ¿Una empresa sin ánimo de lucro? 3. Las entidades de la economía social en el Derecho español. 3.1. Entidad de la economía social vs. empresa social. 3.2. Rasgos categóricos vs. principios orientadores.—4. Conclusiones.

The meaning of ‘social enterprise’
potentially covers everything.

Harding, R.²

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años asistimos a una mayor preocupación por los temas sociales y a una mayor presencia de la economía social en la agenda política, en el ámbito académico y en la sociedad, en general. Crece el interés por los nuevos conceptos asociados a ella, como es el caso de la empresa social, y por los movimientos que relacionan el ámbito público, el mercado y el ánimo de lucro³. Son numerosas las políticas públicas que se desarrollan a nivel eu-

¹ El presente trabajo se enmarca en el ámbito del proyecto de investigación titulado «Organizaciones internacionales, Estados y empresas en una sociedad globalizada: nuevos retos para la protección de los derechos humanos» (PPGA 19/41), financiado por la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU) del que es investigador principal Juan José Álvarez Rubio, Catedrático de Derecho Internacional Privado.

² HARDING, R. «Social enterprise: The New Economic Engine?», *Business Strategy Review* 15(4), 2004, pp. 39-43.

³ Así se expresa en el último estudio *Evolución reciente de la economía social en la Unión Europea*, del Comité Social y Económico Europeo, elaborado por CIRIEC-International (Centre International de Recherches et d'Information sur l'Économie Publique, Sociale et Coopérative) bajo la dirección de José Luis MONZÓN y Rafael CHAVES, CES/CSS/12/2016/23406.

ropeo y nacional para potenciar este sector y numerosos también los estudios e investigaciones al respecto. En los círculos políticos se ha llegado incluso a considerarla como un factor clave para avanzar en el desarrollo económico y social. Así se desprende, por ejemplo, de las conclusiones del Consejo de la Unión Europea de diciembre de 2015, cumbre monográfica sobre esta materia⁴. Ciertamente, son innumerables las ocasiones en que las instituciones comunitarias conciben la economía social como motor esencial de desarrollo⁵, como un actor relevante y transversal que contribuye a alcanzar los objetivos de sus políticas⁶. A ello hay que sumar su dimensión exterior a nivel global, como se refleja en la Agenda Post 2015 de la UE y en la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible de la ONU⁷.

Sin embargo, son conscientes de algunas dificultades reales como la falta de un entorno regulatorio adecuado, tanto a nivel europeo como a nivel interno en los Estados de la Unión, lo cual, a su juicio, impide que dicho sector desarrolle todo su potencial y maximice su impacto. Por ello resulta esperanzador el anuncio de la Comisión Europea (en diciembre de 2019) de poner en marcha un Plan de Acción para potenciar la economía social, calificado como hito histórico, fruto de la colaboración en los últimos años de agentes del sector de la economía social, el Parlamento Europeo (su Intergrupo *Social Economy*), el Consejo de la Unión Europea y el Comité Económico y Social Europeo, entre otros⁸.

⁴ Vid. las Conclusiones del Consejo EPSCO de la Unión Europea, en su sesión n.º 3434, celebrada el 7 de diciembre de 2015, SOC 711/EML 464.

⁵ MONZÓN y CHAVES, «Evolución reciente...», *op. cit.*, p. 10-12. Asimismo, cabe destacar que la *Iniciativa sobre las empresas emergentes y en expansión* (COM(2016) 733 final de 22.11.2016) contempla un apartado específico para la economía social y que sobre ella la Comisión Europea adoptó un conjunto de medidas en cinco ámbitos prioritarios: acceso a la financiación; acceso a los mercados; mejorar sus marcos legales y normativos; innovación social, tecnologías y nuevas formas de empresa y dimensión internacional.

⁶ Reconocen, asimismo, la importante función que pueden desempeñar las empresas de la economía social en el desarrollo de la economía circular que califican de «contribución esencial», *vid.* la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular*, COM(2015) 614 final, Bruselas 2 de diciembre de 2015.

⁷ CESE, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La dimensión exterior de la economía social», *DOUE C* 345 de 13.10.2017, pp. 58-66.

⁸ SOCIAL ECONOMY EUROPE, *El futuro de las políticas europeas para la Economía Social: Hacia un Plan de Acción*, Bruselas 2018, en: www.socialeconomy.org. Este documento de política incluye 20 medidas políticas y 64 acciones estructuradas en 7 pilares. El año anterior, en mayo de 2017, los Gobiernos de Bulgaria, Chipre, Eslovenia, España, Grecia, Italia, Luxemburgo, Malta, Portugal, Rumanía y Suecia adoptaron la *Declaración de Madrid: La Economía Social, un modelo de empresa para el futuro de la Unión Europea*, reclamando a la Comisión un Plan de Acción europeo financiado adecuadamente, que promueva las empresas de la economía social en Europa y fomente la innovación social. *Madrid Declaration, The social economy, a business model for the future of the European Union*, 2017.

En el plano estatal, la *Estrategia Española de Economía Social 2017-2020*⁹ prevé seguir la senda marcada por las instancias comunitarias, por lo que comparte sus mismas premisas. Afirma que responde a la necesidad de tener en cuenta y promover las particularidades de las empresas de la economía social en el mercado único, con el objetivo de impulsar el desarrollo de estas empresas en el marco de las políticas de la Unión Europea. Habida cuenta de las características que presenta el tejido empresarial español, considera la economía social como un elemento esencial para la recuperación económica, para la creación de empleo y la cohesión social. Por ello pretende impulsar sus valores y aumentar su proyección.

En este contexto abordamos este trabajo dedicado a la empresa social. En un escenario caracterizado por una idea arraigada de que la economía social es un sector reservado a las entidades sin ánimo de lucro o a determinadas organizaciones (como cooperativas, mutualidades, asociaciones o fundaciones); una realidad social y económica que engloba a diversidad de empresas y organizaciones de todos los tamaños y sectores de actividad y un amplísimo elenco de medidas, iniciativas e inversiones dirigidas a ellas¹⁰, resulta imprescindible en primer lugar conocer e identificar las empresas susceptibles de ser sus destinatarias. Nuestro objetivo es el de analizar su configuración jurídica, con el fin de formular propuestas y contribuir a solventar los problemas de su fragmentada regulación¹¹. En esta labor conferimos especial atención al ánimo de lucro¹², por su función destacada en la identificación de las empresas sociales y su distinción frente a aquéllas otras cuyo compromiso con la sociedad se circunscribe al ámbito de la responsabilidad social¹³,

⁹ Fue aprobada por acuerdo del Consejo de Ministros de 29 de diciembre de 2017 y publicada en el BOE Núm. 69 de 20 de marzo de 2018.

¹⁰ A modo de ejemplo, en el ámbito comunitario cabe mencionar: COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Hacia la inversión social para el crecimiento y la cohesión, incluida la cohesión del Fondo Social Europeo 2014-2020, Bruselas, 20.2.2013, COM(2013) 83 final y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, Reglamento (UE, EURATOM) N.º 1311/2013 del Consejo, de 2 de diciembre de 2013, por el que se establece el marco financiero plurianual para el período 2014-2020, DOUE L 347, DE 20.12.13.

¹¹ Al respecto *vid.*, entre otros, los estudios desde perspectivas diferentes de FAJARDO GARCÍA, G.I., «La identificación de las empresas de economía social en España. Problemática jurídica», *REVESCO, Revista de Estudios Cooperativos*, 128, 2018, pp. 99-126 y de EMBID IRUJO, J.M., «El relieve del Derecho de Sociedades para la ordenación jurídica de las empresas de la economía social», *Cuadernos de Derecho y Comercio* 71, 2019, pp. 15-48.

¹² Asimismo, esta atención especial sobre el ánimo de lucro sirve de guiño hacia el Profesor Eizaguirre en este Libro Homenaje, por tratarse de un tema que, si bien fundamentalmente referido al ámbito del derecho de sociedades, le acompañó a lo largo de toda su vida.

¹³ Sobre las distintas fórmulas y niveles de generar contribución a la sociedad por parte de las empresas, *vid.* ALTZELAI ULIONDO, M.I. «Compromiso social de la empresa y mercado», *CIRIEC-España, Revista Jurídica* 30, 2017, pp. 9-45.

ámbito en el que son muchas las fórmulas que han ido surgiendo alrededor de los llamados negocios éticos¹⁴.

Ello nos obliga a tomar como referencia básica el enfoque comunitario en el que se están realizando importantes avances, por lo que la adecuación a sus postulados resulta ineludible, si queremos que la normativa española pueda ser eficiente y no presente asimetrías que la vuelvan obsoleta.

2. LA EMPRESA SOCIAL EN EL DERECHO COMUNITARIO

Las empresas sociales presentan diversidad de tamaños, modos de organización y formas jurídicas en los países de la Unión Europea¹⁵ y desde hace tiempo sus instituciones vienen realizando esfuerzos por consensuar una definición armonizada. Como resultado, cabe afirmar que durante años ha ido forjándose un enfoque europeo que conecta con el sector no lucrativo¹⁶, sobre la cual se ha instituido una referencia básica. Ésta ya está empezando a recibir tratamiento normativo, por lo que podríamos hablar de la existencia de una incipiente noción jurídica de empresa social en la Unión Europea.

2.1. El modelo comunitario

La referencia básica para la definición de la empresa social a la que nos referimos (*social business, social enterprise*) se sitúa en la *Iniciativa a favor del emprendimiento social* de la Comisión Europea (2011) (en adelante, *Iniciativa*)¹⁷. En ella se define la identidad común de estas empresas mediante la suma de tres cualidades básicas. Se consideran como tales aquellas empresas

- a) para las cuales objetivo social de interés común es la razón de ser de la acción comercial, que se traduce a menudo en un alto nivel de innovación social;

¹⁴ Una de las últimas tendencias es la de las *Empresas B (B Corporations)*. Se trata de un movimiento global nacido en 2006 en los Estados Unidos que certifica aquellas empresas que tienen por objeto la mejora de la sociedad. En: <https://bcorporation.eu/about-b-lab/country-partner/spain>

¹⁵ COMISIÓN EUROPEA, *A map of social enterprises and their eco-systems in Europe*, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, Bruselas, 2015.

¹⁶ CHAVES ÁVILA, R. y MONZÓN CAMPOS, J.L. «Economía social y sector no lucrativo», *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa* 37, 2001, p. 11, y ARGUDO PÉRIZ, J.L. «Tercer Sector y Economía Social. Marco Teórico y situación actual», *Acciones e Investigaciones Sociales* 15, 2002, p. 248.

¹⁷ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Iniciativa a favor del emprendimiento social. Construir un ecosistema para promover las empresas sociales en el centro de la economía y la innovación sociales*, Bruselas, 25.10.2011, COM(2011) 682 final, p. 4. En la *Iniciativa* se indica que, a los efectos de la misma, los términos ingleses *social business* y *social enterprise* corresponden al concepto de «empresa social».

- b) cuyos beneficios se reinvierten principalmente en la realización de este objetivo social;
- c) y cuyo modo de organización o régimen de propiedad, basados en principios democráticos o participativos u orientados a la justicia social, son reflejo de su misión.

Sobre estos tres fundamentos —objetivo social, reinversión de los beneficios y gobernanza— se construye el modelo europeo de empresa social¹⁸. Se trata de una fórmula que elude cualquier referencia a la forma jurídica de la empresa. Ante un panorama absolutamente heterogéneo de tipos y figuras en los diferentes Estados miembros, la Comisión Europea opta así por evitar cualquier consideración de los aspectos formales, ya que resultaría tremendamente complicado y problemático. En su lugar, prefiere articular una vía que pueda ser capaz de aprehender la realidad de esa fenomenología tan diversa. Para ello focaliza la atención sobre los caracteres que considera comunes a todos los tipos de empresas sociales¹⁹. Identifica unos mínimos rasgos comunes que sean exigidos a las empresas para su calificación como sociales.

Si bien la definición de la *Iniciativa* no tiene carácter normativo por tratarse de una comunicación de la Comisión Europea, se presenta como una definición armonizada y con proyección de futuro. La Comisión puntualiza que solamente se daría el paso de adoptar una definición más precisa y terminante en caso de que se viera esa necesidad, por ejemplo, para delimitar con precisión el ámbito de aplicación de algún reglamento²⁰. Pues bien, esas precisiones ya se han producido.

¹⁸ ENCISO, M.; GÓMEZ URQUIJO, M. y MUGARRA, A., «La iniciativa comunitaria a favor del emprendimiento social y su vinculación con la economía social: una aproximación a su delimitación conceptual», *CIRIEC-España, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa* 75, 2012, pp. 63-84.

¹⁹ Conviene señalar que este modelo de definición no constituye un patrón nuevo, sino que acoge un sistema ya probado. En 2002, el Gobierno Británico puso en marcha *Social Enterprise: a strategy for success*, una estrategia para el impulso de la empresa social configurada sobre la exigencia de dos requisitos básicos: 1) tener unos objetivos de carácter social y 2) que los beneficios sean en su mayor parte reinvertidos en la empresa o en la sociedad. *Vid.* UK GOVERNMENT, *Social Enterprise: a strategy for success*, Department of Trade and Industry, London 2002, en: http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.dti.gov.uk/socialenterprise/strat_success.htm. Asimismo interesante: UK GOVERNMENT, *A Guide to Legal Forms for Social Enterprise*, Department for Business, Innovation & Skills, London 2011, en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/31677/11-1400-guide-legal-forms-for-social-enterprise.pdf

²⁰ La *Iniciativa*, p. 4., cita como ejemplo la posible necesidad, en su caso, de delimitar con exactitud el ámbito de aplicación de las medidas reglamentarias de los incentivos para las empresas sociales.

El Reglamento (UE) 346/2013 sobre los fondos de emprendimiento social europeos²¹ constituye un primer hito. Se inscribe en el marco de la *Iniciativa* y está dirigido a los inversores que proporcionan financiación a las empresas sociales. Cada vez son más los interesados en este tipo de empresas y no únicamente en perseguir una rentabilidad financiera, por lo que ha ido emergiendo un mercado de fondos inversión de carácter social. A ellos está dedicado este reglamento, para el que es clave definir con claridad la noción de empresa social. Resulta imprescindible determinar con seguridad las empresas que se consideren admisibles de forma uniforme para el conjunto de la Unión Europea²², de modo que se garantice el buen funcionamiento del mercado interior y no sea obstaculizado por medidas divergentes de los Estados miembros. Al efecto, el Reglamento (UE) 346/2013 (art. 3.1.d) establece los caracteres que deben reunir las empresas susceptibles de ser objeto de financiación por parte de estos fondos de inversión²³, a las que denomina *empresas en cartera admisibles*. Estos caracteres, aunque están redactados con más detalle, coinciden con los de la *Iniciativa* al exigir que la empresa:

- a) tenga como objetivo primordial la consecución de un impacto social positivo y medible, de conformidad con su escritura de constitución, sus estatutos o cualquier otro reglamento o documento constitutivo de la empresa, siempre que ésta:
 - proporcione servicios o bienes a personas vulnerables, marginadas, desfavorecidas o excluidas,
 - emplee un método de producción de bienes o servicios que represente su objetivo social, o
 - proporcione ayuda financiera exclusivamente a las empresas sociales tal como se definen en los dos primeros guiones,
- b) utilice sus beneficios principalmente para la consecución de su objetivo social primordial, de conformidad con su escritura de constitución, sus estatutos o cualquier otro reglamento o documento constitutivo de la empresa. Estos reglamentos o documentos constitutivos habrán implantado procedimientos y normas predefinidos que regulen todas las circunstancias en las cuales se reparten beneficios a los accionistas y propietarios, garantizándose que dicho reparto de beneficios no socave su objetivo primordial, así como
- c) sea objeto de una gestión responsable y transparente, en especial involucrando a los empleados, los clientes y los interesados afectados por su actividad.

²¹ Reglamento (UE) 346/2013 del parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2013, sobre los fondos de emprendimiento social europeos, *DOUE* L 115, de 25.4.2013, pp. 18-38.

²² *Ibid.* Considerandos 2 y 3.

²³ *Ibid.* Considerando 12.

Un segundo hito se sitúa en otro reglamento del mismo año, en el Reglamento (UE) 1296/2013 para el empleo y la innovación social (EaSI)²⁴. De forma similar al anterior, aunque con algunos matices diferentes, define en su artículo 2 la empresa social como aquella que, independientemente de su forma jurídica, presenta las siguientes características:

- a) de conformidad con su escritura de constitución, sus estatutos o cualquier otro documento constitutivo de la empresa, tiene como objetivo primordial la consecución de impactos sociales mensurables y positivos en lugar de generar beneficios para sus propietarios, socios y accionistas, y que:
 - i) ofrece servicios o bienes con un elevado rendimiento social, y/o
 - ii) emplea un método de producción de bienes o servicios que represente su objetivo social;
- b) utiliza sus beneficios, en primer lugar, para la consecución de su objetivo primordial, y ha implantado procedimientos y normas predefinidos que regulan cualquier reparto de beneficios a los accionistas y propietarios, con el fin de garantizar que dicho reparto no vaya en detrimento de su objetivo primordial; y
- c) está gestionada de forma empresarial, transparente y sujeta a rendición de cuentas, en especial, fomentando la participación de los empleados, los clientes o los interesados afectados por su actividad empresarial.

Es evidente la trascendencia de estos reglamentos en el desarrollo de la definición de empresa social. Ambos caminan en la misma dirección, contribuyendo a consolidar la validez del modelo presentado en la *Iniciativa*. No obstante, la segunda definición es la que reviste especial relevancia ya que el Consejo de la Unión Europea de 2015, dedicado de forma monográfica a la promoción de la economía social como motor clave del desarrollo económico y social en Europa, señala en sus conclusiones que el concepto de empresa social ha de entenderse de igual manera que en el Reglamento (UE) 1296/2013 sobre el empleo y la innovación social²⁵. De hecho, el Reglamento (UE) 346/2013 fue reformado en 2017²⁶ incluyendo, entre otras modi-

²⁴ Reglamento (UE) N.º 1296/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2013, relativo a un Programa de la Unión Europea para el empleo y la innovación social («EaSI») y por el que se modifica la Decisión n.º 283/2010/UE, por la que se establece un instrumento europeo de microfinanciación para el empleo y la inclusión social, *DOUE* L 347 de 20.12.2013. El período de aplicación del programa es de 1.1.2014 a 31.12.2020.

²⁵ *Vid.* La Conclusión 8.

²⁶ Reglamento (UE) 2017/1991 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2017, por el que se modifica el Reglamentos (UE) n.º 345/2013 sobre los fondos de capital riesgo europeos y el Reglamento (UE) n.º 346/2013 sobre los fondos de emprendimiento social europeos. Sobre el tema, *vid.* PÉREZ CARRILLO, E.F. «Fondos de Capital Riesgo Europeos y Fondos de Emprendimiento Social Europeos. Reformas recientes y perspectivas de

ficaciones, una reformulación de la definición de empresa social adaptada a la citada norma. Ésta es, igualmente, la definición de referencia sobre la que se ha elaborado la propuesta de Estatuto para las empresas sociales y solidarias del Parlamento Europeo (2018)²⁷. Así pues, por el momento es la definición que se está consolidando en el ámbito comunitario.

El hecho de haber sido recogida en una norma jurídica de alcance general, obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicables en todos los Estados miembros de la Unión Europea, como es el reglamento comunitario, contribuye a dar un paso decisivo en la categorización jurídica de la empresa social. Puede afirmarse que de este modo, *de iure*, ha quedado positivizada la noción de empresa social para el conjunto de la Unión²⁸. Ello no implica necesariamente que los sistemas y los criterios definidores de las empresas sociales de los Estados miembros deban ser plenamente coincidentes, pero sí al menos compatibles con el modelo europeo. Éste se erige en patrón de referencia para todos ellos.

Este esquema configurador de la empresa social sobre la base de unos pocos caracteres fundamentales presenta ventajas interesantes para su implantación. Su carácter flexible constituye el aspecto positivo más destacable, ya que permite acoger en su seno diversidad de empresas, independientemente de su forma jurídica. De este modo, cualquier empresa, de cualquier tipo, puede llegar a recibir la calificación de empresa social siempre y cuando reúna unos pocos elementos básicos y así se verifique.

2.2. Avances para un marco jurídico de la empresa social

Las instituciones europeas siguen adelante en la configuración de un marco jurídico para las empresas sociales. Desde 2016 está en curso una iniciativa legislativa del Parlamento Europeo para la aprobación de un estatuto para las empresas sociales y solidarias²⁹, sobre la base del informe *A Euro-*

próximas modificaciones de su régimen jurídico en la Unión Europea», *Revista Española de Capital Riesgo* 5, 2017, pp. 51-68. Ha sido posteriormente modificado por el Reglamento (UE) 2019/1156 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por el que se facilita la distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 345/2013, (UE) n.º 346/2013 y (UE) n.º 1286/2014.

²⁷ PARLAMENTO EUROPEO, P8_TA(2018)0317, Estatuto para las empresas sociales y solidarias. Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2018, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un estatuto para las empresas sociales y solidarias (2016/2237 (INL)). La propuesta de estatuto alude al Reglamento (UE) 346/2013 a los efectos de establecimiento de las condiciones y requisitos de los fondos de emprendimiento social europeos.

²⁸ ALTZELAI ULIONDO, M.I. «Otro enfoque para las entidades de la economía social», *CIRIEC-España, Revista Jurídica* 28, 2016, p. 23.

²⁹ *Vid.* la Iniciativa del parlamento Europeo 2016/2237 (INI), así como la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de septiembre de 2015, sobre emprendimiento social e innova-

pean Statute for Social and Solidarity-Based Enterprise (2017)³⁰. Pone de manifiesto las notables diferencias existentes en los modelos de legislación y definiciones nacionales. En algunos la empresa social se determina en virtud de la forma jurídica, según el tipo escogido para su constitución. Hay Estados que han creado figuras específicas y en otros se ha establecido el reconocimiento del carácter social para determinadas formas jurídicas. En cambio, también hay ordenamientos que optan por sistemas de calificación jurídica, siendo éstos los que están recabando mayor número de adeptos por las ventajas que presentan, especialmente por su flexibilidad. En esta línea, el informe sugiere la creación de una etiqueta de la Unión Europea para las empresas sociales. Entiende que ello podría proporcionarles mayor visibilidad, facilitarles oportunidades de acceso a la financiación y mejorar su movilidad dentro de la Unión.

Igualmente, en la evaluación del valor añadido europeo sobre un marco jurídico para las empresas sociales, publicado por el Servicio de Investigación del Parlamento Europeo (2017)³¹, se llega a la misma conclusión. Analizados los retos actuales, se recomienda un sistema de certificación de la UE (etiqueta, sello, label), como la mejor opción para conjugar seguridad jurídica y flexibilidad. Se subraya el valor añadido de contar con un sistema de certificación sólido y fiable, con una herramienta eficaz para reducir obstáculos técnicos a las actividades de estas empresas en la UE y facilitar el correcto funcionamiento de un mercado transparente.

Con estas premisas, el Parlamento Europeo aprobó en su Resolución, de 5 de julio de 2018, las recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un estatuto para las empresas sociales y solidarias³². Reconoce la diversidad de acepciones del término «empresa social» (vg. desde el punto de vista socio-

ción social en la lucha contra el desempleo (2014/2236 (INI)), *DOUE* C 316, de 22.9.2017, p. 224 ss.

³⁰ FICI, A. *A European Statute for Social and Solidarity-Based Enterprise*, European Parliament, Bruselas, 2017, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>. Este informe fue realizado a instancias del Comité Europeo de asuntos jurídicos del Parlamento Europeo y supervisado y publicado por el Departamento de política para los derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales. *Vid.* el comentario de MORENO SERRANO, E., «Informe de la Unión Europea sobre un estatuto para la empresa social», *Revista de Derecho de Sociedades* 51, 2017, pp. 373-375.

³¹ THIRION, E. *Statute for Social and Solidarity-Based Enterprises*, European Parliament. European Added Value Assessment. Accompanying the European Parliament's legislative own-initiative report (Rapporteur: Jiri Mastálka), European Parliament Research Service, Bruselas, 2017, disponible en: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/611030/EPRS_STU%282017%29611030_EN.pdf

³² PARLAMENTO EUROPEO, P8_TA(2018)0317, Estatuto para las empresas sociales y solidarias. Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de julio de 2018, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un estatuto para las empresas sociales y solidarias (2016/2237 (INL)). *Vid.* asimismo, el Informe con la propuesta de resolución del Parlamento Europeo de 27.6.2018, A8-0231/2018.

lógico, jurídico, etc.) y las notables diferencias entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Por ello insiste en la necesidad de adoptar una definición y crear un marco jurídico a escala de la Unión Europea que pueda conjugarse con los marcos nacionales y con la diversidad de formas jurídicas que de ello se derivan.

El Parlamento Europeo ha solicitado a la Comisión que presente las propuestas legislativas adecuadas para introducir una etiqueta europea de economía social para las empresas sociales y solidarias, *European Social Enterprise*, (ESE) con unos criterios y requisitos jurídicos claros para su obtención y conservación, sobre la base del modelo trazado en la *Iniciativa* y la definición de empresa social contenida en el Reglamento (UE) 1296/2013 (art. 2)³³. Entiende que una etiqueta así, reconocida en el conjunto de Estados miembros de la Unión, servirá para poner de relieve las características específicas de estas empresas y su impacto social, aumentar su visibilidad y estimular las inversiones. Estima que puede contribuir a facilitar el acceso a la financiación y al mercado único o a otros Estados miembros, respetando al mismo tiempo los diferentes marcos y formas jurídicas de los Estados.

2.3. ¿Una empresa sin ánimo de lucro?

Sin perjuicio de que cada uno de los elementos configuradores de la empresa social europea merezca, sin duda, una atención específica, dirigimos nuestra mirada al segundo de los elementos, que ocupa un espacio destacado en la propuesta del Parlamento Europeo. En el texto se repite expresamente que las empresas sociales y solidarias *no son necesariamente organizaciones sin ánimo de lucro*³⁴ pero, por otro lado, se insiste una y otra vez en recalcar la exigencia de que estas empresas destinen sus beneficios principalmente a la consecución de su objetivo social³⁵, lo cual parece a primera vista contradictorio.

Ciertamente, en la opinión pública existe la creencia de que las empresas sociales son entidades sin ánimo de lucro. Pero éste es un pensamiento general que precisa ser concretado y matizado en la esfera jurídica. En este ámbito, el *ánimo de lucro* se conecta con el *ánimo de repartir las ganancias* y no con el *ánimo de obtener ganancias* (*Profit Non-Distribution Constraint*)³⁶. Éste es el sentido en que se emplea esta noción por parte del

³³ *Ibid.* Considerandos K y L.

³⁴ *Ibid.* Considerandos M y AA.

³⁵ *Ibid.*, en la Resolución, los Considerandos K, L, M, T, AA, AB, AF y las Propuestas 14 y 15 y, en el Anexo, las Recomendaciones 1 (apdo. d) y 4.

³⁶ PAZ-AREZ, C. «El buen gobierno de las organizaciones no lucrativas (reflexiones preliminares)» en: PÉREZ-DÍAZ, V. (Dir.) *La filantropía: tendencias y perspectivas*. Home-

Parlamento Europeo en la propuesta de Estatuto al admitir que «... *las empresas de la economía social y solidaria, que no necesariamente tienen que ser organizaciones sin ánimo de lucro, son empresas cuyo principal objetivo es la realización de su objetivo social, como crear empleo para colectivos vulnerables, prestar servicios a sus miembros o, más en general, causar un impacto social y medioambiental positivo, y que reinvierten sus beneficios principalmente para alcanzar esos objetivos...*» (Considerando M).

Obviamente, todas las empresas, sean sociales o no, operan en primer lugar con la intención de obtener beneficios, como mera cuestión de supervivencia. Pero, además, pueden tener ánimo de obtener ganancias para luego reinvertirlas en la consecución de sus fines sociales y no para destinarlas a su distribución entre los socios o miembros. Éste es, precisamente, el sentido de ese elemento básico que conforma la noción de empresa social en el enfoque europeo. La ausencia de ánimo de lucro se concibe como la ausencia (o la limitación) de reparto de los beneficios, lo que conduce a la necesaria reinversión en la consecución de sus fines sociales.

A este respecto, debe advertirse que, en los textos de la Unión Europea, las referencias a la no distribución de las ganancias o a su reinversión no se realizan en términos absolutos, sino que se siempre se utilizan fórmulas flexibles, con matizaciones. Así, en la *Iniciativa* se exige que los beneficios «*se reinvierten principalmente*» en la realización del objetivo social de la empresa. No dice «totalmente» ni «exclusivamente», lo cual deja la puerta abierta a la posibilidad de permitir un cierto nivel de reparto, en definitiva, un reparto de beneficios limitado³⁷.

De forma similar, el Reglamento (UE) 346/2013 sobre los fondos de emprendimiento social europeos admite que los beneficios de estas empresas «*se utilicen principalmente*» para la consecución de su objetivo social primordial. Exige que esto se haga de conformidad con sus estatutos, reglamento o documento constitutivo en el cual deben definirse los procedimientos, normas y circunstancias del reparto, garantizándose «*que no se socave ese objetivo*» social primordial. Ése es el límite para su admisibilidad en el marco de la empresa social.

naje a Rodrigo Uría Meruéndano, Fundación de Estudios Financieros y Fundación Uría, Madrid 2007, p. 150. Asimismo, *vid.* las referencias básicas en PAZ-ARES, C. «Ánimo de lucro y concepto de sociedad (Breves consideraciones a propósito del artículo 2.2 LAIE)», en: AA.VV., *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea (Estudios en Homenaje al Prof. José Girón Tena)*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid 1991, p. 747.

³⁷ Así sucede igualmente en la citada iniciativa del gobierno británico, UK GOVERNMENT, *Social Enterprise: a strategy ...*, *Op. cit.* Dice textualmente: «*A social enterprise is a business with primarily social objectives whose surpluses are principally reinvested for that purpose in the business or in the community, rather than being driven by the need to maximise profit for shareholders and owners.*»

Finalmente, el Reglamento (UE) 1296/2013 para el empleo y la innovación social varía algo la redacción del criterio al establecer que los beneficios se utilicen «*en primer lugar, para la consecución de su objetivo primordial*». Utiliza la expresión «en primer lugar», no dice «principalmente», por lo que surge la duda de si se trata de una expresión equivalente o si con ello se ha querido flexibilizar este requisito, huyendo de expresiones que puedan tener connotaciones de carácter cuantitativo³⁸. En cualquier caso, exige que el reparto a los accionistas y propietarios sea conforme a los procedimientos y normas predefinidos y que se garantice «*que no va en detrimento de su objetivo primordial*». Aquí también cambian las palabras, pero el límite parece ser el mismo, el de no debilitar o perjudicar el objetivo social de la empresa, una condición que, francamente, se configura de una forma muy laxa.

Éste es un tema delicado y muy debatido. De hecho, en la definición que presentó la Comisión Europea para su discusión con ocasión de la *Iniciativa*, propuso un modelo de empresa social con ausencia total de reparto de beneficios³⁹, pero no prosperó. Ello se debe a que existe una aceptación generalizada hacia la admisión de un cierto nivel de distribución que sea limitada⁴⁰, subordinada a la consecución de objetivos de carácter social de la propia empresa o de la comunidad. Ahora bien, esta concepción se completa con la idea de que, en todo caso, debe exigirse a la empresa social que acredite la preferencia por la reinversión de los excedentes financieros en la consecución del objetivo de carácter social⁴¹.

³⁸ A este respecto cabe señalar la *Proposición de ley de apoyo a las actividades de los emprendedores sociales* presentada por el GRUPO PARLAMENTARIO CATALÁN el 10 de octubre de 2013. Planteaba la creación de un nuevo tipo societario, la Sociedad Limitada de Interés General (SLIG) y un marco fiscal con determinados beneficios, a condición de limitar la distribución de dividendos entre los socios, como máximo en el 30%. El 70% restante debería reinvertirse en actividades de carácter social que fueran objeto de la sociedad o aplicarlo a reservas. Evidentemente, estos límites deberían figurar en los estatutos de la sociedad. La Proposición fue fruto del trabajo de diversas instituciones, organizaciones, empresas, profesionales y expertos entre los que destaca UP-SOCIAL, *Propuesta para la legislación de los emprendimientos sociales y la promoción de la innovación social en España*, Versión 2.6, de 19 de junio, 2013. Sobre la citada proposición, ÁLVAREZ VEGA, I., «El reto del Derecho ante los nuevos modelos de emprendimiento. Especial referencia a la empresa social», *CIRIEC-España. Revista Jurídica* 33, 2018, pp. 24 ss.

³⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Workshop 'A European Ecosystem for Social Business'- Summary Report*, Bruselas 2011, p. 20, en: http://ec.europa.eu/internal_market/social_business/docs/conference/workshop_en.pdf

⁴⁰ BORZAGA, C. y DEFOURNY, J., *The Emergence of Social Enterprise*, Routledge, London 2001; DEES, J.G.; EMERSON, J. y ECONOMY, P., *Estreprising Nonprofits: A Toolkit for Social Entrepreneurs*, John Wiley & Sons, New York 2001 y BORNSTEIN, D. y DAVIS, S., *Social entrepreneurship. Whatever you need to know*, Oxford University Press, New York, 2010.

⁴¹ CESE, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Espíritu empresarial social y las empresas sociales», de 26 y 27 de octubre de 2011, *DOUE C* 24 de 28.1.2012, n. 1.3. y EMES, *Position Paper on The Social Business Initiative Communication*, p. 3,

Esta fórmula, flexible con el requisito de la reinversión de los beneficios que permite un reparto limitado o controlado, se presenta como la opción más eficiente, ya que responde a un planteamiento más práctico que teórico. A fin de garantizar la eficiencia del sistema previsto para la promoción y regulación de la empresa social, parece indispensable admitir un cierto nivel de distribución. De lo contrario, según algunos estudios⁴², surgirían en la práctica problemas y reticencias para la creación de este tipo de empresas. Entre las principales dificultades se señalan las relativas a las vías de financiación. Se estima que la prohibición total de distribuir beneficios cerraría la posibilidad de acudir a mercados financieros y también obstaculizaría el recurso a otras modalidades de financiación privada. En consecuencia, se advierte que podría generarse el riesgo de que el acceso a la financiación de estas empresas quedara únicamente en manos del crédito bancario. Otros problemas se refieren a los casos en que los propietarios de las empresas sociales fueran personas pobres. En esas situaciones, la prohibición del reparto carece de sentido, ya que con la distribución de beneficios a esas personas se contribuye, precisamente, a paliar un problema social.

Así pues, observar las circunstancias reales que rodean a las empresas sociales conduce a admitir un cierto margen de reparto de beneficios. Pero ello implica, obviamente, definir sus límites, fijar unos criterios, a fin de no desvirtuar el principio de preferencia de la reinversión que es básico. A este respecto, ya se habla de rentabilidad limitada y algunos reclaman estudiar y reconocer legalmente este concepto⁴³. Éste es uno de los desafíos concretos a los que se enfrenta el legislador en la creación de un marco jurídico para la empresa social europea.

De acuerdo con la doctrina y las autoridades comunitarias, ése es, precisamente, el elemento clave que caracteriza las empresas sociales, el rasgo categórico que las hace distintas de aquellas otras empresas cuyo compromiso con la sociedad se ciñe al desarrollo de estrategias de responsabilidad social corporativa⁴⁴. El alcance de las estrategias empresariales de corte social

en: <http://www.emes.net/what-we-do/publications/other-texts/emes-position-papers/emes-position-paper-on-the-social-business-initiative-communication>

⁴² Al respecto *vid.* los trabajos de YUNUS, M. «Credit for the poor, poverty as distant history», *Harvard International Review*, Fall 2007, p. 20-24 y *Las empresas sociales*. Paidós, Madrid, 2011, p. 29, quien obtuvo el premio Nobel de la paz, por desarrollar los conceptos de microcrédito y microfinanzas y el Banco Grameen.

⁴³ SOCIAL ECONOMY EUROPE, *El futuro de las políticas europeas ... op. cit.*, p. 19, entre las medidas que propone a la Comisión Europea (Medida 6), *vid.* la Acción 21, sobre el concepto de rentabilidad limitada.

⁴⁴ Entre otros, KATZ, R.A. y PAGE, A. «The Role of Social Enterprise», *Vermont Law Review* 35, 2010, p. 89; PAGE, A. y KATZ, R.A. «Is Social Enterprise the New Corporate Social Responsibility?» *Indiana University Robert H. McKinney School of Law Research Paper* 5, 2012, p. 1381; SAATCHI, E.Y. y URPER, C., «Corporate Social Responsibility versus Social Business», *Journal of Economics, Business and Management* (1)1, 2013, p. 63.

puede variar enormemente⁴⁵, desde la realización de meras donaciones o actos altruistas aislados, pasando por la participación activa en proyectos para la comunidad, hasta la opción de constituirse como empresas sociales. Todas esas iniciativas comparten un fin de carácter social, de generar beneficio para la sociedad. Pero difieren de forma significativa en su filosofía de fondo, en sus mecanismos de aplicación, etc. (puede tratarse de filantropía, de la gestión de riesgos relacionados con la reputación empresarial, de una inversión estratégica a largo plazo en un determinado proyecto...). Difieren, en definitiva, en su grado de implicación con la sociedad. No en vano es un hecho significativo que, con fecha de 25.10.2011, la Comisión Europea dictase dos comunicaciones, una sobre la responsabilidad social de las empresas y otra sobre las empresas sociales, distinguiendo así dos ámbitos diferenciados o dos niveles de compromiso de las empresas con la sociedad en función del criterio de reinversión⁴⁶.

Hay empresas que desarrollan una notable actividad en materia de responsabilidad social y pueden parecer estar vinculadas al emprendimiento social. Pero su nivel de compromiso con la sociedad no es homologable⁴⁷ al de aquéllas cuyo principal objetivo consiste en contribuir a crear valor social y están dispuestas a generar valor añadido para destinarlo a tal fin, antes que distribuirlo entre sus miembros o socios. La propuesta de Estatuto de empresa social europea del Parlamento Europeo sigue incidiendo en este aspecto, a fin de marcar la separación entre la empresa social y la responsabilidad social empresarial⁴⁸.

3. LAS ENTIDADES DE LA ECONOMÍA SOCIAL DEL DERECHO ESPAÑOL

La *Estrategia Española de Economía Social 2017-2020* propone el estudio del concepto de empresa social en el marco español y el análisis de su posible relación con los conceptos de empresa social en el ámbito euro-

⁴⁵ PAZ-AREZ, C. «El buen gobierno ...» *op. cit.*, p. 150 ss.

⁴⁶ *Vid.* La Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Estrategia renovada de la UE para 2011-14 sobre la responsabilidad social de las empresas*, COM(2011) 681 final y la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Iniciativa en favor del emprendimiento social. Construir un ecosistema para promover las empresas sociales en el centro de la economía y la innovación sociales*, COM(2011) 682 final. Ambas, de 25.20.2011, se analizan en: ALTZELAI ULIONDO, «Compromiso social de la empresa y mercado» *op. cit.*

⁴⁷ Como ya dijo hace tiempo Milton FRIEDMAN, en su artículo «The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits», en *The New York Times Magazine*, de 13.9.1970.

⁴⁸ PARLAMENTO EUROPEO, Estatuto para las empresas sociales y solidarias, *op. cit.*, Considerando T.

peo⁴⁹. Concretamente, propone analizar las posibles implicaciones del reconocimiento de la figura de empresa social definida por la *Iniciativa* y su encuadre en el marco de la Ley 5/2011, de economía social (LES). Ahora bien, tomando como base los aspectos analizados hasta el momento, vemos que la LES no ofrece un entorno satisfactorio⁵⁰, por lo que se hace indispensable construir un nuevo enfoque interpretativo.

3.1. Entidad de la economía social vs. empresa social

La primera cuestión controvertida es la preferencia del legislador español por la expresión *entidades de economía social*, huyendo de términos generalmente admitidos como los de *empresa social*, *empresa de economía social* o *emprendimiento social*, términos que las instituciones europeas vienen utilizando indistintamente, como sinónimos⁵¹. Si bien la LES dice en su Preámbulo (n. III) que recoge el conjunto de las diversas *entidades y empresas que contempla la economía social*, su articulado se refiere a las *entidades de economía social*. Por tanto, surge la duda de si *entidad* y *empresa* comparten el mismo significado o si con el término *entidad* el legislador español ha querido referirse a un concepto más amplio, con el fin de incluir en él a organizaciones de carácter empresarial y no empresarial. Resulta preciso esclarecer esta cuestión como paso previo para construir un enfoque interpretativo válido, en la dirección que marca la *Estrategia*.

Atendiendo al sentido propio de las palabras como criterio interpretativo de las normas (art. 3.1 Código Civil), el vocablo *entidad* reporta la idea de colectividad aunque considerada como una unidad y se usa normalmente para referirse a cualquier corporación, compañía, institución, etc. También se utiliza como sinónimo de persona jurídica⁵². Por su parte, el término *empresa*, se emplea de forma general para hacer referencia a aquellas organiza-

⁴⁹ Vid. la Estrategia Española, *op. cit.*, la Medida 14 del Eje 3: *Análisis y desarrollo del marco jurídico de la economía social, con el objeto de eliminar las barreras que puedan impedir o limitar su desarrollo*.

⁵⁰ In extenso FAJARDO GARCÍA, G. «Las empresas de economía social en la Ley 5/2011, de 29 de marzo», *Revista de Derecho de Sociedades* 38, 2012, p. 245-280. Asimismo, ALFONSO SÁNCHEZ, R. «La economía social desde la tipología societaria», *Revista de Derecho de Sociedades* 47, 2016 pp. 109-128.

⁵¹ FAJARDO GARCÍA, G.I. «El reconocimiento legal de la economía social en Europa. Alcance y consecuencias», *Cooperativismo & Desarrollo* 27(1), 2019, p. 10. No obstante, fuera del ámbito jurídico, hay autores que observan diferencias entre ellos. Vid. GURIDI, L. y PÉREZ-MENDIGUREN, J.C. *La dimensión económica del desarrollo humano local: la economía social y solidaria*, Hegoa UPV-EHU, Bilbao, 2014 y MONZÓN CAMPOS, J.L. y CHAVES, ÁVILA, R., «Empresas sociales, emprendimiento social y economía social», *Revista Española del Tercer Sector* 35, 2017, pp. 19-44.

⁵² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, <http://dle.rae.es/?w=diccionario>

ciones dedicadas a desarrollar actividades económicas y, asimismo, para referirse a personas jurídicas⁵³. Así pues, resulta difícil obviar el hecho de que ambos términos indican unos conceptos muy amplios y que pueden confluír en gran medida.

Centrándonos en averiguar el sentido con que deben entenderse dichos términos en el contexto de la LES, si acudimos a su definición de economía social, el artículo 2 dice textualmente que *Se denomina economía social al conjunto de las actividades económicas y empresariales, que en el ámbito privado llevan a cabo aquellas entidades que, de conformidad con los principios recogidos en el artículo 4, persiguen bien el interés colectivo de sus integrantes, bien el interés general económico o social, o ambos*. En estos mismos términos se encuentra redactado el artículo 5.2 LES⁵⁴. Por tanto, del tenor literal de estos preceptos podemos deducir que si las entidades de la economía social realizan actividades económicas y empresariales, son entidades organizadas de forma empresarial⁵⁵, es decir, son empresas. Si bien el legislador ha preferido utilizar el término *entidad*, debemos considerar que ambos términos son equivalentes.

En la LES encontramos más señales que nos conducen a esta conclusión. En el Preámbulo (I, *in fine*) se mencionan expresamente las diversas iniciativas europeas que han servido de inspiración a la LES por haber introducido en el acervo comunitario todo un conjunto de principios que permiten identificar una realidad diferenciada como son las entidades de la economía social, objeto de su regulación. Entre estas iniciativas se cita el dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 2009 relativo a «*Distintos tipos de empresas*». Esto constituye una manifestación de que la LES sitúa a las *entidades*

⁵³ Si bien desde un punto de vista de la economía neoclásica la empresa es considerada como una unidad de producción de bienes y servicios en grupo que funciona gracias a la conducta cooperativa de todos sus miembros para obtener ventajas de las economías de escala y así maximizar la producción, a otros efectos, la empresa también se concibe como un nexo o nodo de contratos. Una y otra acepción dependen del contexto en que se utilizan. ALFARO ÁGUILA-REAL, J. «El interés social. Una historia natural de la empresa», *Economía Industrial* 398, 2015, p. 45.

⁵⁴ LES, Artículo 5. Entidades de la economía social. Párrafo 2. *Asimismo, podrán formar parte de la economía social aquellas entidades que realicen actividad económica y empresarial, cuyas reglas de funcionamiento respondan a los principios enumerados en el artículo anterior y que sean incluidas en el catálogo de entidades establecido en el artículo 6 de esta Ley.*

⁵⁵ PAZ CANALEJO, N. *Comentario sistemático a la Ley 5/2011, de economía social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 153. Por otra parte, ARRIETA IDIAKEZ, F.J. «Concreción de las entidades de la economía social», *REVESCO-Revista de Estudios Cooperativos* 116, 2014, p. 39 entiende que todas las entidades deben desarrollar actividades económicas, pero que no todas ellas son necesariamente empresas. Cita las cofradías de pescadores o la ONCE, como corporaciones de Derecho Público. Sin embargo, admite que la LES exige actividad económica y empresarial para las futuras entidades de la economía social, lo cual descartaría organizaciones que, a pesar de su función social, no son empresas como es el caso de Cáritas, Cruz Roja y muchas ONG.

de la economía social en el ámbito de las empresas. A ello hay que añadir que, en algunos preceptos, la LES utiliza ambos términos como sinónimos (vg. art. 7)⁵⁶ o que solamente emplea el término *empresas* sin hacer referencia alguna a las *entidades* de la economía social (vg. Disposición Adicional Cuarta)⁵⁷. Así pues, la apreciación de todas estas evidencias nos lleva a concluir que *entidad* y *empresa* son la misma cosa. Por tanto, ambos deben ser entendidos como términos que indican conceptos equivalentes para la LES.

Llegados a este punto, toca realizar algunos ajustes en la interpretación de la LES necesarios para inferir una configuración legal de las *entidades de la economía social* que encaje bien con el modelo de *empresa social europea*. A este respecto, el artículo 5.1 con su listado de figuras jurídicas que califica de entidades de la economía social⁵⁸, constituye otro de los puntos polémicos que analizaremos a continuación.

3.2. Elementos configuradores vs. principios orientadores

Comenzaremos diciendo que coincidimos con quienes sostienen que no puede considerarse autorizado por la LES la posibilidad de interpretar el artículo 5.1 en sentido literal, como si se tratara de un listado de pertenencia a la economía social de las entidades enumeradas *ope legis* sin más matizaciones⁵⁹, puesto que conduce a unos efectos contrarios a sus propios fines. Debe admitirse que, en esa lista ni son todas las que están, ni están todas las que son⁶⁰. Atendiendo únicamente a su redacción, se genera el riesgo de que haya empresas que se califiquen de sociales por utilizar esas formas jurídicas, a pesar de tener fines distintos a los de la economía social. En cambio, quedan descartadas las empresas que, aun acogiendo tales principios, estén constitui-

⁵⁶ El artículo 7 LES regula la posibilidad de que las entidades de la economía social se agrupen y constituyan asociaciones para defender sus intereses. En su Párrafo 2, en sus apartados a) y b) habla de representar a las entidades «o» empresas, equiparando ambas categorías.

⁵⁷ La Disposición Adicional Cuarta LES lleva como rótulo: *Integración de las empresas de economía social en las estrategias para la mejora de la productividad*. En ella se recoge la necesidad de que el Gobierno integre a las empresas de la economía social en las mencionadas estrategias.

⁵⁸ El artículo 5 LES, en su apartado primero, dice así: *Forman parte de la economía social las cooperativas, las mutualidades, las fundaciones y las asociaciones que lleven a cabo actividad económica, las sociedades laborales, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo, las cofradías de pescadores y las sociedades agrarias de transformación y las entidades singulares creadas por normas específicas que se rijan por los principios establecidos en el artículo anterior.*

⁵⁹ Entre otros, PANIAGUA ZURERA, M., *Las empresas de la economía social. Más allá del comentario a la ley 5/2011, de economía social*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 165; FAJARDO GARCÍA, *op. cit.*, «Las empresas...» y «La identificación...»; EMBID IRUJO, «El relieve ...» *op. cit.*

⁶⁰ ALTZELAI ULIONDO, «Otro enfoque...», *op. cit.*, p. 34 ss.

das bajo formas jurídicas tradicionalmente consideradas como mercantiles⁶¹, no enumeradas en el artículo 5.1 LES, o en una norma específica⁶² (art. 5.1 *in fine* LES), o en un catálogo especial que prevé la LES (art. 6 LES), pero que todavía hoy es inexistente y plantea muchas dudas por la escasa información que se da en la ley⁶³. Por todo ello, convenimos con aquéllos que reclaman la necesidad de interpretar la LES en el sentido de que a todas las entidades, estén o no en la lista del artículo 5.1, se les exija el cumplimiento de los principios legalmente establecidos⁶⁴.

A nuestro modo de ver, la necesidad de mantener una coherencia normativa en torno a este precepto requiere un procedimiento interpretativo de dos fases⁶⁵. Por un lado, precisa una reducción teleológica para excluir del ámbito de aplicación de la LES las entidades que no acojan sus fines (independientemente de su forma jurídica). Por otro, a la inversa, se impone la integración analógica, para incluir todas aquellas que, independientemente de su forma jurídica, persigan los fines de la LES⁶⁶. Una interpretación así se justifica por la necesidad de tratar por igual a los iguales y de forma desigual a los desiguales. Ésa sería la forma de delimitar el supuesto de hecho regulado por la norma, su ámbito de aplicación material. En el centro de esta labor interpretativa se sitúa la teleología, el espíritu y finalidad de la norma (art. 3.1 *in fine* Código Civil).

A este respecto, cabe señalar que la LES nace con el objetivo de establecer un marco jurídico común que dé visibilidad y mayor seguridad jurídica al conjunto de entidades que integran la economía social (art. 1 LES). Con esa finalidad la define (art. 2 LES) como *el conjunto de las actividades económicas y empresariales que, de conformidad con los principios recogidos en el artículo 4, persiguen bien el interés colectivo de sus integrantes, bien el inte-*

⁶¹ MOLINA-MARTELL, A. y SALELLES, J.R. (dirs.): *Guía de los aspectos jurídicos de la empresa social*, Uría/Menéndez-Fundación Profesor Uría-Obra Social la Caixa, Barcelona, 2013.

⁶² Cáritas y Cruz Roja Tienen la consideración de entidades singulares: la Cruz Roja Española (R.D. 415/1996) y la Organización Nacional de Ciegos Españoles (R.D. 358/1991). Cáritas España es la Confederación Oficial de las entidades de acción caritativa y social de la Iglesia Católica en España. No ha sido creada por una norma específica española.

⁶³ Sobre el catálogo de entidades de economía social, *vid.* FAJARDO GARCÍA, «La identificación...» *op. cit.*, p. 112 ss.

⁶⁴ FAJARDO GARCÍA, «Las empresas ...», *op. cit.*, p. 284; PANIAGUA ZURERA, *op. cit.*, p. 165; SÁNCHEZ PACHÓN, L.A., «La delimitación de las entidades y organizaciones de economía social en la próxima ley reguladora del sector», *CIRIEC-España, Revista de Economía social y Cooperativa* 66, 2009, pp. 61-84; ALFONSO SÁNCHEZ, «La economía social ...», *op. cit.*, 47, 2016, pp. 110 ss.

⁶⁵ ALTZELAI ULIONDO, «Otro enfoque ...», *op. cit.*, p. 35 ss.;

⁶⁶ LARENZ, K. *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona 1994, pp. 308 ss. Precisamente en esos fines reside la identidad de razón que permite el recurso a la analogía (art. 4.1 Código Civil). Tanto la reducción teleológica como la integración analógica.

res general económico o social, o ambos. Es una definición supeditada a los denominados *principios orientadores* del artículo 4 LES, que son los principios que deben contemplar las entidades que integran la economía social⁶⁷. Por tanto, cabe afirmar que éstos operan como auténticos rasgos distintivos o principios configuradores de esas entidades, no meramente *orientadores*.

En el Derecho comunitario la empresa social se define por la suma de tres rasgos o elementos configuradores: a) un objetivo social, b) la reinversión de los beneficios y c) la gobernanza. Éste no es el modelo previsto por el legislador español, la LES no sigue esa sistemática, pero interesa averiguar si puede llegar a encajar en ella, a acoplarse de algún modo, habida cuenta de la primacía del Derecho comunitario y el interés manifestado en la Estrategia Española de Economía Social⁶⁸. Al efecto, se nos antoja que los mencionados *principios orientadores* del artículo 4 LES pueden, tal vez, servir para establecer conexiones o equivalencias con los elementos configuradores del modelo comunitario⁶⁹.

A primera vista las conexiones no son evidentes, por las diferencias entre la LES y el marco comunitario integrado por la *Iniciativa* y el Reglamento (UE) 1296/2013 (ambos posteriores a la LES⁷⁰). Pero tal vez una interpretación renovada del artículo 4 LES podría permitir superar esa tensión y adaptarse al nuevo entorno normativo. Esto puede ser posible y admisible, sin necesidad de cambiar la ley, siempre y cuando se observe que los fines originarios de la ley siguen siendo factibles. Ése sería el límite para aceptar la validez de una interpretación así. Por consiguiente, corresponde examinar si los fines de la LES continúan siendo alcanzables al interpretarse conforme a las pautas de ese contexto normativo posterior de ámbito comunitario⁷¹.

- a) El primero de los elementos que configuran la empresa social europea es el objetivo social de su actividad. En este aspecto la conexión

⁶⁷ FAJARDO GARCÍA, «La identificación...» *op. cit.*, p. 101.

⁶⁸ *Op. cit.*, la Medida 14 del Eje 3.

⁶⁹ ALTZELAI ULIONDO, «Otro enfoque ...» , *op. cit.*, p. 27 ss. En este sentido, ÁLVAREZ VEGA, «El reto del derecho ...», *op. cit.*, p. 16. Por su parte, PANIAGUA ZURERA, «Las empresas...», *op. cit.*, p. 154 ss. compara los principios del artículo 4 LES con los de la Carta de principios de la Economía Social de 2002.

⁷⁰ Cabe señalar el dato de que la *Iniciativa* es de octubre de 2011 y la LES de marzo del mismo año.

⁷¹ Como dice LARENZ, *op. cit.*, p. 310 ss., toda interpretación legal está hasta cierto punto condicionada por el tiempo, por las pautas vigentes en cada momento que el intérprete puede hallar en leyes más nuevas o en la formación de un amplio consenso, por ejemplo. Está claro que detrás de una ley hay una determinada intención reguladora, valoraciones, discusiones, reflexiones, etc. que se plasman en ella con una expresión más o menos clara. Pero es evidente también que una vez promulgada la ley comienza a vivir una nueva fase, en la que en cierto modo se aleja de las ideas de sus autores, ya que interviene en relaciones diversas y cambiantes que el legislador no podía haber tenido en cuenta.

resulta fácil de establecer con el tercer principio del artículo 4 LES que habla de *(sic.) c) Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de las personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad*. Esta enumeración puede resultar un tanto abrumadora, pero es lógico pensar que se trata de una lista ejemplificativa. Obviamente no se está exigiendo el cumplimiento de todos los extremos que se mencionan. Puede entenderse que representan diferentes manifestaciones del objetivo social que se describe en el artículo 2.a) del Reglamento (UE) 1296/2013⁷².

- b) El segundo elemento que define la empresa social europea exige que los beneficios *se utilicen en primer lugar para la consecución de su objetivo primordial*⁷³. No requiere que se reinviertan totalmente o exclusivamente en dicho objetivo⁷⁴. Pero, en este caso, no es tan evidente el encaje con el segundo de los principios del artículo 4 LES: *(sic) b) la aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica principalmente en función del trabajo o servicio realizado y, en su caso, al fin social objeto de la entidad*. Un entendimiento sistemático y, a su vez, conforme con el modelo comunitario nos obliga a diseccionar esta disposición y a proponer una lectura en un sentido muy concreto, distinguiendo dos criterios para dos supuestos de hecho diferenciados.

Como ya se ha explicado (*Supra* 2.3), en economía social el principio de preferencia de la reinversión es básico, aunque se concibe de una manera flexible. Pero esa flexibilidad tiene límites. Por tanto, en este contexto, cuando la LES habla de aplicar los resultados *principalmente en función del trabajo o servicio realizado* debe entenderse que, valiéndose de esa flexibilidad, se está refiriendo únicamente a aquéllos casos en que la distribución de los beneficios contribuye,

⁷² Recordemos el artículo 2 del Reglamento (UE) 1296/2013, apartado a) *de conformidad con su escritura de constitución, sus estatutos o cualquier otro documento constitutivo de la empresa, tiene como objetivo primordial la consecución de impactos sociales mensurables y positivos en lugar de generar beneficios para sus propietarios, socios y accionistas, y que:*

- i) *ofrece servicios o bienes con un elevado rendimiento social, y/o*
- ii) *emplea un método de producción de bienes o servicios que represente su objetivo social.*

⁷³ *Ibid.*, artículo 2, apartado b) *utiliza sus beneficios, en primer lugar, para la consecución de su objetivo primordial, y ha implantado procedimientos y normas predefinidos que regulan cualquier reparto de beneficios a los accionistas y propietarios, con el fin de garantizar que dicho reparto no vaya en detrimento de su objetivo primordial;*

⁷⁴ KATZ y PAGE, «The Role of...» *op. cit.*, p. 89; PAGE y KATZ, «Is Social Enterprise...», *op. cit.*, p. 1381.

precisamente, a paliar un problema social. Es lo que sucede en multitud de empresas creadas para que sus socios o propietarios puedan salir de situaciones de vulnerabilidad económica o de la pobreza. En esas situaciones la prohibición o limitación de la distribución carece de sentido. Por tanto ahí, y sólo ahí, opera la aplicación de los resultados *principalmente en función del trabajo o servicio realizado* de la LES. Fuera de estos casos, para los demás supuestos corresponde el segundo criterio que se recoge en el precepto. Los beneficios deben aplicarse *principalmente en el fin social objeto de la entidad*, entendiendo que con la expresión *fin social* se hace alusión al objetivo de carácter social al que nos hemos referido anteriormente.

Siendo rigurosos, ésta sería la interpretación que habría que dar a este principio del artículo 4 LES, una interpretación que obligatoriamente requiere cierta dosis de precisión y concreción para no quebrantar los fines de la LES y que, a su vez, conjuga con los rasgos categóricos de la empresa social europea.

- c) El tercer elemento que caracteriza la empresa social reclama una gestión empresarial *transparente y sujeta a rendición de cuentas, en especial, fomentando la participación de los empleados, los clientes o los interesados afectados por su actividad empresarial* (art. 2.c) Reglamento (UE) 1296/2013). Con esta formulación tan abierta se da cabida a todo tipo de estructuras empresariales y de figuras jurídicas. Por tanto, en este enunciado caben sin problemas los principios contenidos en los apartados a) y d) del artículo 4 LES: *(sic.) a) la primacía de las personas y del fin social sobre el capital, priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo y servicios que en relación con sus aportaciones al capital social* y *(sic.) d) la independencia respecto de los poderes públicos*, entendido éste como la autonomía de gestión⁷⁵. Aquí, la única objeción que se plantea es de rango menor. La redacción del apartado a) parece apuntar un sentido un tanto más restrictivo que el del modelo comunitario⁷⁶, por lo que debe proponerse hacer una interpretación amplia del precepto. De hecho, la doctrina y también el CES⁷⁷ vienen considerando que este principio referido a la *primacía de las personas y del fin social sobre el capital* se concreta en una gestión autónoma, transparente, democrática y participativa. Enten-

⁷⁵ En este mismo sentido FAJARDO GARCÍA, «Las empresas de economía social...», *op. cit.*, p. 284, y PANIAGUA ZURERA, «Las empresas ...», *op. cit.*, p. 159, que lo equiparan con el principio de la autonomía de gestión e independencia de los poderes públicos decretado en la Carta de principios de la economía social.

⁷⁶ PANIAGUA ZURERA, *ibid.* p. 155, considera que esta formulación de la LES acoge varios de los principios más significativos de la Carta de principios de la economía social.

⁷⁷ CES, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, Dictamen 5/2010. Sobre el Anteproyecto de Ley de Economía Social, Sesión ordinaria del Pleno de 20 de junio de 2010, Madrid, p. 6.

demos que esta lectura extensiva no choca con el espíritu de la LES, que presenta un repertorio de entidades de la economía social de carácter abierto.

Tomando como base los aspectos analizados, llegamos a la conclusión de que los principios del artículo 4 LES pueden ajustarse a los elementos configuradores de la empresa social europea sin transgredir el espíritu y finalidad de la LES, por lo que el enfoque interpretativo propuesto sería cabalmente admisible.

Para finalizar, queremos, al menos, dejar constancia de otra cuestión trascendental para la identificación de las empresas sociales como es la verificación de estos elementos o principios configuradores. Ello exige definir la forma en que se ha de comprobar su cumplimiento y determinar la autoridad o autoridades competentes para esta labor. La LES guarda silencio sobre el tema y, si bien merece una reflexión mucho más detenida, de forma breve diremos que podría solventarse mediante el correspondiente desarrollo reglamentario⁷⁸. No obstante, somos conscientes de la complejidad que esto puede entrañar, habida cuenta del sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas⁷⁹.

Tal vez la marca común de empresa social europea sirva para allanar el camino a este respecto. Cuando la Unión Europea regule las condiciones que acrediten la obtención de ese sello, las entidades de economía social deberán someterse, de algún modo, a ese control. Deberán acreditar el cumplimiento de los requisitos. Sin perjuicio de la ventaja que ello reporta para cualquier operador económico (vg. para los fondos de emprendimiento social europeos), es evidente el interés de las administraciones públicas por identificar con seguridad cuáles son las empresas merecedoras de un trato especial en materia de contratación pública, impuestos o cualesquiera otras medidas de impulso de la economía social. Finalmente queremos añadir un dato más a tener en cuenta, sobre el que el Parlamento Europeo hace hincapié en su propuesta de Estatuto para la empresa social europea⁸⁰, y es que deberían restringirse al mínimo los costes de esta etiqueta y sus trámites, de forma que no supongan una carga excesiva, especialmente, para las pequeñas y medianas empresas, tan frecuentes en este ámbito. Es fundamental que la etiqueta resulte accesibles para ellas sin que se les coloque en una situación de desventaja, en consonancia con las recomendaciones recogidas en la *Small Business Act* dirigidas a «pensar primero a pequeña escala»⁸¹.

⁷⁸ ARRIETA IDIAKEZ, *op. cit.*, p. 42. FAJARDO GARCÍA, «La identificación...», *op. cit.*, p. 117.

⁷⁹ SÁNCHEZ PACHÓN, *op. cit.*, pp. 61-84.

⁸⁰ Recomendación n. 16.

⁸¹ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones, «Pensar primero a

4. CONCLUSIONES

El examen realizado del marco jurídico comunitario y nacional de la empresa social nos conduce a las siguientes consideraciones finales.

1. Las instituciones de la Unión Europea están debatiendo un estatuto para la empresa social configurado sobre la base de un modelo operativo que la define, independientemente de su forma jurídica, mediante la suma de tres elementos esenciales que han de estar incluidos en sus documentos constitutivos: a) un objetivo social de interés común; b) la preferencia de reinvertir los beneficios en ese objetivo y c) una gestión con criterios de gobernanza. Este esquema básico y sencillo obedece a la necesidad de disponer de un marco flexible capaz de acoger la amplísima diversidad formas jurídicas, tipos y realidades empresariales. Para su identificación, se prevé introducir una *Etiqueta de Empresa Social Europea*.
2. En España, la Ley 5/2011 de Economía Social no sigue esta sistemática y tampoco dispone una configuración legal eficiente para estas empresas, por lo que es preciso inferirla. Ello requiere realizar algunos ajustes para encajar la noción de *entidad de la economía social* de la ley española en el marco de la *Empresa Social Europea*, que resulta ineludible dada la primacía del Derecho comunitario. En esta labor, observamos que las nociones *entidad de la economía social* y *empresa social* pueden considerarse equivalentes y que es posible realizar una lectura de los principios de la economía social recogidos en el artículo 4 de la ley acoplada a los elementos que configuran la *Empresa Social Europea*.
3. La valoración que hacemos de esta interpretación es que no exige un razonamiento artificioso forzando los términos de la ley, que es acorde con su espíritu y finalidad y que confiere unidad al sistema en su conjunto. Es coherente con el actual marco jurídico comunitario y, ante todo, evita las incoherencias intranormativas que se desprenden de una estricta interpretación literal de la propia Ley de Economía Social.
4. Esta lectura exige una especial precisión en el entendimiento del principio de preferencia de la reinversión que es básico, pero que se concibe de una manera flexible, ya que su observancia no requiere la reinversión total o exclusiva de los beneficios empresariales en el objetivo social primordial de la empresa. Es así como se entiende la ausencia de ánimo de lucro o, mejor dicho, el ánimo de lucro limitado propio de estas empresas. Se concibe como una rentabilidad limitada,

pequeña escala», «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas, COM(2008) 394 final, Bruselas 25.6.2008.

con cierta transigencia hacia el reparto de los beneficios entre sus socios o miembros.

5. Ahora bien, esa flexibilidad que acompaña al principio de reinversión tiene límites. La distribución es admisible dentro de unos márgenes y esto obliga a distinguir dos grupos de supuestos diferenciados. En la generalidad de los casos opera el criterio de reinvertir los beneficios *principalmente o en primer lugar* en la consecución del objetivo social de la empresa. Ello implica garantizar que el reparto de beneficios no socave dicho objetivo. Ése es el límite actual al que queda sometido el reparto para su admisibilidad en el marco de la *Empresa Social Europea*. Sin embargo, no puede obviarse el hecho de que también hay casos en que la distribución de los beneficios contribuye, precisamente, a paliar un problema social. Es lo que sucede en las empresas creadas para que sus socios o propietarios puedan salir de situaciones de vulnerabilidad o pobreza. En esos casos la prohibición o limitación de la distribución carece de sentido.
6. El establecimiento de unos límites claros y precisos para la admisibilidad de un cierto nivel de reparto sin desvirtuar el principio de preferencia de la reinversión es, precisamente, uno de los desafíos concretos a los que se enfrenta el legislador europeo en la creación del estatuto para la *Empresa Social Europea* y un marco jurídico *ad hoc*. No en vano este elemento, además de ser un rasgo categórico para la identificación de las empresas sociales, desempeña un papel clave para diferenciarlas de aquéllas otras empresas cuyo compromiso con la sociedad es más reducido, circunscrito al desarrollo de estrategias de responsabilidad social corporativa y que se sitúan fuera del ámbito de la economía social.

Crisis de la empresa, concurso y responsabilidad social corporativa

José Miguel Embid Irujo
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valencia¹

Sumario: I. Un problema derivado de unir dos magnitudes complejas (a modo de introducción). 1. Consideraciones generales. 2. Metodología de tratamiento.—II. Algunas cuestiones previas. 1. Premisa. 2. Sobre la incidencia (general o particular) en las empresas de la crisis económica y la RSC. 3. Sobre el «deber ser» del tratamiento de la crisis y de la RSC: formulación provisional de los intereses que se intenta preservar y promover. a) Premisa. b) La crisis económica de la empresa. c) La responsabilidad social corporativa.—III. RSC y medidas preventivas de la crisis económica de la empresa. 1. Una tendencia universal: la anticipación del tratamiento jurídico de la crisis. 2. Los intereses contemplados en la directiva europea y el papel de los administradores de las sociedades en situación de crisis.—IV. RSC y concurso de acreedores.—V. Consideraciones finales.

I. UN PROBLEMA DERIVADO DE UNIR DOS MAGNITUDES COMPLEJAS (A MODO DE INTRODUCCIÓN)

1. Consideraciones generales

Es la crisis económica de la empresa uno de los peores escenarios para hablar de la responsabilidad social corporativa (en adelante, RSC)². Ello se

¹ El presente trabajo, que se dedica, con el mejor recuerdo, a la memoria del profesor José María de Eizaguirre, se inserta en el proyecto de investigación «Fenomenología organizativa del Derecho de sociedades: nuevos modelos de empresa societaria» (DER 2017-83428P), concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, del que son investigadores principales la profesora Lourdes Ferrando Villalba y el autor.

En prensa este trabajo se ha promulgado el texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo y también se ha revisado el código de buen gobierno de las sociedades cotizadas, sin que se hayan podido incluir las novedades contenidas en uno y otro.

² Aunque pueda parecer innecesario, conviene acentuar el calificativo de «económica» a propósito de la crisis de la empresa de la que aquí se habla como objeto exclusivo de trata-

debe, seguramente, al hecho, no expreso como tal, pero asumido, de manera implícita, de que la idea de la RSC se postula en un contexto de «sanidad» empresarial, si vale el término; pero, si se prefiere la habitual metáfora médica, diremos que la figura en cuestión se nos muestra circunscrita a una situación fisiológica, lo que significa tanto como afirmar el funcionamiento plenamente normal del operador económico en el mercado. En ese concreto escenario postular la responsabilidad social de la empresa, con la finalidad de que esta última llegue a convertirse en un sujeto «socialmente responsable» es una posibilidad cierta, dotada de un indudable prestigio en el mercado y susceptible, por ello mismo, de constituir incluso un adecuado instrumento —tal vez, con mayor exactitud, un incentivo— para la mejora sustancial de la cuenta de resultados.

La cuestión es muy otra si trasladamos nuestra mirada al escenario patológico, es decir, a la situación de crisis económica de la empresa, cualesquiera sean sus caracteres y sin preguntarnos ahora por el modo de su tratamiento desde el punto de vista jurídico³. En este ámbito la gravedad del momento y las urgencias inaplazables derivadas de la crisis, ya sea ésta parcial o genérica (en función de la particular estructura organizativa de la empresa) obligan a los sujetos específicamente afectados y con capacidad de decisión suficiente (en lo esencial, la empresa deudora y sus acreedores) a buscar el camino idó-

miento en el presente trabajo. Ello se debe a que no todas las crisis de la empresa tienen naturaleza económica, del mismo modo que sucede cuando nos planteamos el escenario crítico en la trayectoria de un sujeto o de una institución, con independencia de su naturaleza, e, incluso, de un país. No parece desacertado afirmar, en tal sentido, la posibilidad cierta de otras situaciones difíciles de la empresa, críticas, por tanto, referidas, por ejemplo, al desentendimiento entre sus miembros (por lo común, socios de una sociedad mercantil titular de la misma), susceptibles de acarrear resultados muy negativos para la misma, como, sin ir más lejos, su disolución por paralización de los órganos sociales, al margen, por completo de la marcha económica de la empresa, la cual, incluso, podría ser boyante.

³ La crisis al que se alude en el texto se predica de la empresa afectada, sin considerar la posibilidad de que esa situación de dificultad pueda haberse originado por razones ajenas a dicha empresa y derivadas de una crisis generalizada en un país o en un determinado sistema económico. El ejemplo de la todavía reciente Gran Recesión, con dimensión universal y multiplicidad de efectos dañosos, sirve para poner en relación ambos escenarios, el de la crisis individual y el de la crisis colectiva, podríamos decir, sin que deba afirmarse necesariamente la correlación estricta entre una y otra. Ello se debe al hecho evidente de que a la crisis colectiva acompañarán numerosas crisis individuales, sin que sea posible sostener la proposición contraria; es más, el infortunio particular puede producirse, como es bien sabido, en el marco de un cuadro estable, positivo e, incluso de euforia económica de la realidad económica colectiva. Por lo demás, aunque numerosas normas, en distintos países, sobre tratamiento preventivo de la crisis económica de las empresas han sido adoptadas en el marco de la Gran Recesión o a consecuencia de la misma, como ha sucedido ejemplarmente en España con las reformas sucesivas de la Ley Concursal, no conviene ignorar el supuesto contrario; así se puso de manifiesto, también en España, con la promulgación en su día de la hoy derogada Ley de Suspensión de Pagos, que, no obstante su generalidad, fue elaborada para resolver, como es bien sabido, una concreta situación de crisis empresarial relativa, precisamente, a un banco.

neo, dentro de las opciones posibles, por lo común no demasiadas y, también en general insatisfactorias, para su mejor encauzamiento. Cómo pueda insertarse la RSC en ese contexto es, sin duda, un asunto problemático, al que no se suele prestar atención por las razones indicadas.

Con todo, la relación entre RSC y crisis económica no es sólo difícil y complicada por el segundo elemento de la relación (es decir, la crisis económica), con ser, seguramente, el principal inconveniente para la asunción de la idea de responsabilidad social y para su eficaz operatividad en dicho contexto. La dificultad se deduce también del primero, es decir, de la RSC en cuanto tal, a causa de su todavía imprecisa delimitación, tanto desde un punto de vista sustantivo (qué sea la RSC), como desde la perspectiva propia del Derecho, con el propósito esencial de determinar si concurren en ella o no los caracteres propios de una auténtica institución jurídica⁴. De ahí el título, quizá enigmático, del presente epígrafe.

Adelanto, por cierto, mi opinión favorable a esta última cuestión, como consecuencia, desde luego, de la existencia de normas específicas sobre la RSC, bien que limitadas a aspectos no del todo nucleares, como es el caso de la información no financiera, cuya todavía reciente entrada en vigor pone de manifiesto el limitado pero decidido propósito del legislador de trabajar en la indicada dirección. Pero, aunque esas normas no hubieran llegado a promulgarse, o se circunscribieran a enunciar la mera existencia del fenómeno (como sucede en el caso del art. 529 ter LSC, a propósito de la política de responsabilidad social en el ámbito de las sociedades cotizadas), no por ello se privaría de juridicidad, si vale el término, al fenómeno que nos ocupa.

Para el jurista avezado en la contemplación de la realidad social desde la perspectiva de su oficio, son incontables los ejemplos de la conversión de ciertos fenómenos o supuestos sociales en auténticas instituciones jurídicas. En el caso que nos ocupa, por otra parte, es evidente la inserción de la RSC o, quizá mejor, de la o las políticas establecidas al efecto, en la organización y el funcionamiento de la empresa correspondiente. Que esta empresa sea, por lo común, de tamaño considerable, identificándose mayoritariamente con las sociedades cotizadas, no reduce el alcance del planteamiento expuesto, bien que condiciona o limita su alcance, con indudable relieve tipológico, si se ve el tema desde la perspectiva, a nuestro juicio esencial, del Derecho de sociedades. Es así notorio el entrecruzamiento de la RSC con algunas de las magnitudes más relevantes de esta disciplina jurídica, como es, en particular, el interés social, alrededor de cuya precisa delimitación, objeto de tradicional

⁴ Al respecto, últimamente, RUIZ MUÑOZ, M./DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B. (dirs.), *Responsabilidad social corporativa (RSC). Economía colaborativa y cumplimiento normativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

debate en la doctrina y en la práctica, gira buen número de cuestiones esenciales de naturaleza societaria⁵.

No constituye el objeto esencial de este trabajo la expresión de lo que haya de entenderse por interés social, como tampoco se ha de resolver en él el complejo problema de la RSC desde el punto de vista jurídico. Habrá que partir, claro está, de algunos criterios consolidados en ambas materias, teniendo en cuenta que su ya advertido entrecruzamiento ha sido objeto de consideración preferente en el ámbito de la fisiología empresarial. Está por ver si los resultados, ciertamente no definitivos, a los que se haya podido llegar a propósito de dicho asunto tienen alguna utilidad para el tema que nos ocupa. Y es que, sin excluir necesariamente todos los criterios que se hayan formulado en el contexto de la normalidad empresarial, debe reconocerse que su posible traslación a nuestro campo necesita, cuando menos, adaptaciones de cierta intensidad.

2. Metodología de tratamiento

Para evitar especulaciones sin fundamento, parece recomendable articular la reflexión sobre la operatividad de la RSC en un contexto de patología empresarial tomando como referencia básica el hecho de que se haya declarado o no el concurso de acreedores como medida de tratamiento de la crisis económica. En este sentido, y de acuerdo con lo que podría considerarse una secuencia lógica, aunque no necesariamente de sucesivo acaecimiento temporal, nos ocuparemos en primer lugar de si la crisis económica es comprendida y encauzada dentro del amplio campo de actuaciones de lo que entre nosotros se conoce como «preconcurso» o, con arreglo a la directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento y del Consejo, de 20 de junio de 2019, mediante las diversas medidas de reestructuración preventiva⁶.

En segundo lugar, estudiaremos la viabilidad, en su caso, de la RSC una vez declarado el concurso de acreedores, cuyo efectivo desarrollo como procedimiento precisamente regulado en las distintas jurisdicciones ofrece, en apariencia, un marco más estricto para el análisis de dicha cuestión. No quiere decirse con ello, ni mucho menos, que sea más sencillo tomar en consideración la idea de la responsabilidad social en el marco de las medidas de reestructuración preventiva que en el ámbito del concurso. La mayor forma-

⁵ Sobre este temario, específicamente, EMBID IRUJO, J.M./DE VAL TALENS, P., *La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el soft law*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2016.

⁶ Sobre dicho texto, últimamente, GÓMEZ ASENSIO, C., *Los acuerdos de reestructuración en la directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, especialmente pp. 105 y ss.

lización de este procedimiento, frente al aparente carácter abierto de las indicadas medidas, no ha de tomarse como un obstáculo insuperable a tal fin; se tratará, más bien, de dilucidar si la situación de intereses presente en uno u otro ámbito propicia la inserción del interés general que la RSC, como criterio básico de su misma existencia, intenta promover.

Al lado de esta premisa de orden sistemático, el presente trabajo intentará evitar todo tipo de apriorismos en el tratamiento de la cuestión analizada; sin ignorar, no obstante, su ya advertida dificultad, asumida al menos intuitivamente, se huirá tanto de su inmediata afirmación como de lo contrario. Dicho de otra manera, se trata de evitar el voluntarismo, tan presente, desde varias perspectivas, en el estudio de la RSC, y ello en el doble sentido de decretar sin más su incompatibilidad con la situación de crisis económica, por complicar innecesaria y costosamente una situación de por sí difícil, como, al contrario, de desplegar todo tipo de artilugios retóricos para sostener, sin un preciso fundamento, la inherencia plena de la RSC al tratamiento de la crisis, cualquiera sea el modo de llevarlo a cabo. El resultado, tras un recorrido lo más riguroso posible desde el punto de vista metodológico, es, entonces, lo único que aquí interesará, más allá de las preferencias personales del autor.

La reseñada orientación sistemática, con el tratamiento diferenciado propuesto, no impide afirmar la conveniencia del estudio previo de ciertos temas que, sin ser propiamente comunes a las dos nociones que aquí nos ocupan, muestran una notable cercanía entre sí. Con esta formulación se quiere aludir, por una parte, a la correlación, absoluta o relativa, existente en su caso entre la crisis económica y la RSC, como términos de análisis, y la empresa, como protagonista de ambas circunstancias desde la perspectiva del sujeto activo, en ciertos supuestos, y del sujeto paciente, en otros. Conviene reparar también, por otra parte, en las finalidades que con ambas magnitudes se pretenden conseguir o promover; nos referimos, con esta formulación, a la RSC, tomada en cuanto tal, pero también a la crisis económica, no como fenómeno puramente negativo —parece innecesario advertirlo— sino a las dos formas, antes indicadas, de afrontar su consideración como estricto problema jurídico.

Un último asunto queda por señalar en esta introducción: dada la singularidad de la materia, la escasez de estudios al respecto y, lo que resulta más importante, la dificultad de engarzar dos realidades complejas, con una evidente asimetría en cuanto a su significado sustancial y su dimensión jurídica, el presente trabajo ha de verse como una mera exposición de ideas, sin mayor trascendencia que la de servir de base, en su caso, al esclarecimiento de los términos del problema; se trata, con ello, de iniciar un camino por el que, a buen seguro, habrá de transitar la reflexión conjunta sobre la crisis económica, su tratamiento jurídico y la RSC.

II. ALGUNAS CUESTIONES PREVIAS

1. Premisa

El planteamiento sistemático que se acaba de esbozar, con la distinción entre tratamiento preventivo de la crisis, por una parte, y concurso de acreedores, por otra, requiere que, con carácter previo, se consideren algunas cuestiones de manera conjunta, a fin de establecer *a posteriori* y más precisamente el modo de la relación de la RSC con ambos supuestos o, si se prefiere, su operatividad en los dos escenarios. En la medida de lo posible, se trata de precisar, de un lado, la incidencia o el alcance (general o particular) que sobre los operadores económicos en el mercado pueden tener la crisis económica y la RSC; de otro, cómo pueda llegar a delimitarse el «deber ser» de ambas, es decir, el o los intereses que, con el tratamiento, preventivo o concursal, de la crisis y con la RSC se intentan preservar y promover.

2. Sobre la incidencia (general o particular) en las empresas de la crisis económica y la RSC

La formulación del presente epígrafe, seguramente crítica, no significa otra cosa que el propósito de determinar si nos encontramos, con relación a ambas figuras, ante un supuesto común a todas las empresas, con independencia de su naturaleza, dimensión y caracteres o, más bien, se trata de asuntos dotados de algún grado de especialidad, de modo que no siempre concurren *per se* en la realidad propia del mundo empresarial.

Comenzando por la idea de crisis económica, y sin entrar ahora en mayores detalles, parece evidente que tiene un nivel que cabría denominar pleno o absoluto de generalidad; eso quiere decir que, sin ser un destino inexorable para todos los operadores económicos —el azar o, quizá mejor, las circunstancias también juegan aquí su papel, al margen del comportamiento de los protagonistas—, todos ellos pueden encontrarse en algún momento de su actividad en una situación crítica.

No podemos ignorar, por supuesto, los múltiples complementos que, de inmediato, deberían añadirse a esa genérica afirmación. Ni todas las crisis son iguales, desde luego en lo que afecta a su duración, intensidad y consecuencias, ni todas son tratadas por el Derecho de la misma manera, como es bien sabido. Sí parece posible, con todo, sostener con suficiente seguridad la proposición antedicha, afirmando, por tanto, que este polo de la relación en estudio se encontrará siempre disponible para analizar el modo de su posible vínculo con la RSC. Y ello al margen de los matices que, en función

de las características antes indicadas (sobre todo, la actividad económica desarrollada y la correspondiente dimensión empresarial) hayan de tenerse en cuenta cuando se habla de la crisis económica de un operador en el mercado.

No sucede lo mismo, en cambio, con la RSC, a pesar de que, en demasiadas ocasiones su tratamiento por los autores se expresa en términos de gran generalidad y también, por desgracia, con escaso rigor conceptual⁷. Podría pensarse, de este modo, que la RSC es una institución —si vale ahora tal calificativo— susceptible de ser comprobada en el funcionamiento ordinario de todos los operadores económicos en el mercado, sin perjuicio de las especialidades que el particular objeto de cada uno de ellos pueda manifestar. En realidad, tal y como muestra la práctica cotidiana de este fenómeno, la idea de ser «socialmente responsable», aunque anhelada, seguramente, por multitud de empresas, sólo suele llegar a concretarse de manera precisa alrededor de las empresas de mayor dimensión, con especial protagonismo, como es bien sabido, de las sociedades cotizadas.

Esta circunstancia, como puede deducirse fácilmente de lo expresado, no constituye un a priori, sino un resultado, por lo que no se puede relativizar su valor epistemológico desde el punto de vista que ahora nos ocupa, aunque siempre será posible postular de *lege ferenda* otro planteamiento. Pero, incluso en ese caso, cualquier reflexión que aspire a generalizar la figura de la RSC, buscando la equiparación con la crisis económica, a los efectos que

⁷ Se trata de un fenómeno comúnmente observado cuando se sale del marco de lo que podríamos denominar «Economía mercantil», para entrar en el ámbito, ciertamente impreciso, no sólo de la hoy llamada «Economía social», sino también de todos aquellos fenómenos, como la RSC, mediante los cuales se sustituye o corrige la vertiente estrictamente lucrativa, propia de la primera, gracias al añadido, de intensidad variable, de la dimensión social al ejercicio de la actividad económica en el mercado. El predominio de una visión cuasifilosófica en el planteamiento de estos asuntos en boca de sus protagonistas y, en buena medida, también de una cierta doctrina, no beneficia sin embargo a la consolidación y desarrollo de las distintas iniciativas que se enmarcan en el ámbito que ahora nos ocupa, sin que pueda ignorarse, por ello, la existencia de vertientes más «tecnificadas», cabría decir, donde la influencia de las instituciones jurídicas del capitalismo (en la añeja terminología del profesor Francesco Galgano) no cesa de incrementarse. Por otra parte, y este es un fenómeno de la máxima actualidad [cfr. EMBID IRUJO, J.M., «Derecho de sociedades y Economía social: nuevos retos», en EMPARANZA SOBEJANO, A. (dir.), *El Derecho de sociedades y de cooperativas: nuevos retos en su configuración y en la gestión de los administradores*, Madrid, Marcial Pons, 2019, pp. 15-39, especialmente pp. 22-23 y 32-35, con diversas referencias a la RSC], el mundo de la Economía social está dejando su huella en el terreno, aparentemente inexpugnable, de la Economía mercantil, y de ello es buena prueba desde luego el progresivo protagonismo de la RSC y, más recientemente, de la tipificación de figuras societarias, como las sociedades benéficas, donde a la causa lucrativa, tradicional en el Derecho de sociedades, se pretende unir la causa diríamos «social» o de beneficio común. Sobre estos fenómenos, con visión global y no sin una cierta reserva, STELLA RICHTER jr., M., «Corporate Social Responsibility, Social Enterprise, Benefit Corporation: Magia delle Parole?», *Vita Notarile*, 2 (2017), pp. 953-968.

ahora nos ocupan, se verá obligado de inmediato a matizar esa pretensión absoluta de generalidad, circunscribiendo su análisis al supuesto donde sea efectivamente operativa.

Y no cabe afirmar que esta «corrección del rumbo» suponga algo equivalente a los matices antes advertidos sobre la diversidad de tratamiento de la crisis económica de ciertas empresas, en función de su objeto o su dimensión; en ellas, como es notorio, la crisis no será un fenómeno estructuralmente diverso del que pueda observarse en operadores económicos de objeto convencional o de reducido tamaño; no cambia por tanto la naturaleza de la crisis —su diagnóstico, recurriendo de nuevo al símil médico— sino su régimen, o sea, su tratamiento.

Por lo que a la RSC se refiere, el asunto es sin duda distinto, como consecuencia de que aun imaginando su posible postulación respecto de todo tipo de operadores económicos, su contenido expreso, su naturaleza, en resumidas cuentas, se diversificará de manera sustancial en función de la empresa que nos ocupe; y sólo adquirirá su auténtico relieve en el marco de un operador económico —una gran empresa— que esté en condiciones de traducir ciertas aspiraciones (sostenibilidad, transparencia, promoción del interés general, en suma), en realidades efectivas y perceptibles.

3. Sobre el «deber ser» del tratamiento de la crisis y de la RSC: formulación provisional de los intereses que se intenta preservar y promover

a) Premisa

Una segunda cuestión que conviene tratar conjuntamente se refiere al sentido esencial de ambas magnitudes o, con mayor claridad, qué objetivos o finalidades se persiguen por parte de cada una. No se trata, con ello, de describir tanto la crisis como la RSC, en qué consisten o cuáles son sus caracteres, no su «facticidad fenomenológica», si queremos hablar en estos términos. De acuerdo con el sentido esencial del Derecho, lo que pretendemos averiguar, a fin de explorar un posible análisis conjunto del vínculo entre las dos figuras, es su particular «deber ser»: qué se quiere preservar o promover mediante el programa para la acción en que consiste la RSC, de un lado, y mediante el tratamiento, preventivo o concursal, de la crisis económica⁸, de otro.

⁸ Quizá no haga falta llamar la atención del lector sobre el hecho de que en este epígrafe se habla del «tratamiento» de la crisis económica y no de esta última, estrictamente considerada; ello se debe a que no parece fácil postular un «deber ser» de dicha magnitud, como consecuencia de la suposición, a la vez intuitiva y racional, de que se trata de un fenómeno esencialmente negativo, por la pérdida de valor y destrucción de riqueza que, de manera inevitable trae consigo. No se pretende ignorar, de ese modo, que en numerosas ocasiones la situación

b) *La crisis económica de la empresa*

Conviene observar que por la naturaleza «negativa» de la crisis, en cuanto fenómeno destructivo del tejido empresarial y de la riqueza, su deber ser sólo puede concretarse una vez conocida la correspondiente gravedad. Y, de nuevo, con la ayuda del mundo médico, habrá que pensar, tal vez, en soluciones paliativas, cuando la destrucción afecte de manera irreversible a los órganos vitales, sin perjuicio de que, en casos menos graves, quepa plantearse una labor matizada de reconstrucción. De este modo, estamos desembocando en los fines que, bien las medidas preventivas, bien el concurso de acreedores, aspiran a realizar, siendo común a todos ellos la tutela singular de los acreedores de la empresa deudora en el marco del procedimiento concursal o de las técnicas empleadas para el tratamiento pretendido.

Emergen, de este modo, varios intereses que, sin perjuicio de su enunciado unitario, pueden ser considerados de grado diverso: se trataría del interés de los acreedores, de un lado (no obstante, la heterogeneidad de la categoría), con la posibilidad de su diversificación entre la vertiente puramente paliativa y la vertiente reconstructiva, y, de otro, el interés del procedimiento adoptado para la resolución de la crisis. Este último apartado es el resultado de una generalización tal vez incorrecta: se parte del interés del concurso, objetivado nítidamente en la regulación del procedimiento con una función si se quiere instrumental, y se extiende la fórmula al supuesto, amplio y heterogéneo, de las medidas preventivas.

Digo que esta forma de razonar puede ser incorrecta⁹ porque en el caso del concurso nos encontramos con un procedimiento judicial (al menos entre nosotros), cuyas fases prevé y regula la propia normativa concursal, con arreglo a un criterio de unidad, de acuerdo con lo que se indica en la exposición de motivos de la LC¹⁰. En cambio, las medidas preventivas, por su ca-

crítica hace posible una evolución social, una mejora, en suma, que de otro, es decir, en ausencia de crisis económica, no se hubiera producido. Por lo mismo, se prescinde ahora de toda reflexión abstracta sobre el «deber ser», asumiendo, como no puede ser de otra manera, que tal fórmula constituye o refleja, según se prefiera, la esencia misma del Derecho; tampoco se ignora la existencia de criterios, bien que minoritarios, en que se prescinde de toda alusión al deber ser con motivo del tratamiento general del Derecho (así, por ejemplo, GUASP, J., *Derecho*, Madrid, edición del autor, 1971, pp. 60 y ss., especialmente pp. 66-70) por entenderlo como una «necesidad establecida socialmente».

⁹ Lo que se confirmará más adelante; véase *infra* III, 1. Ello es así, a pesar de que en ambos supuestos se parte de la posición preeminente de los acreedores.

¹⁰ A propósito de la administración concursal, pero la fórmula podría extenderse sin especial dificultad a muchos otros temas, ha hablado ROJO, Á. («Prólogo», en TIRADO MARTÍ, I., *Los administradores concursales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2005, p. XXXV) del «afán de unificación» que, en sentido más formal que material, «atraviesa como eje medular el articulado» de la Ley concursal.

rácter necesariamente abierto, a tenor de su reconocimiento normativo, no delimitan una secuencia nítida y unitaria de realización en cuanto modos diversos de afrontar la crisis económica de la empresa. Al mismo tiempo suponen, por su propia naturaleza, una orientación autónoma, eso sí, considerada por el legislador, en cuyo seno el factor determinante reside en la autonomía de la voluntad o, mejor, en la determinación libre de las partes (deudor y acreedores) para anticiparse al desarrollo de la crisis, huyendo a su vez del rigor y supervisión judicial que ofrece e impone el procedimiento concursal.

Conviene advertir en este preciso momento, que los intereses susceptibles de promoción, tanto mediante el tratamiento preventivo, como mediante el concurso, son, como se ha dicho acertadamente a propósito de este último¹¹, pero con posibilidad de generalización, intereses puramente subjetivos. A ello, no obstante, se viene añadir, en el caso del procedimiento concursal, el llamado «interés del concurso», cuyo mayor nivel de objetividad, al menos en cuanto a su formulación expresa, no permite ocultar que se trata en realidad de una magnitud de naturaleza instrumental, sin perjuicio de su necesaria observancia no sólo por los sujetos afectados, en diferentes posiciones, por la declaración de concurso, sino, muy especialmente, por quienes actúan bien como supervisores, bien como gestores del mismo, es decir, respectivamente, el juez y la administración concursal.

c) *La responsabilidad social corporativa*

Por lo que se refiere al deber ser de la RSC, la cuestión es quizá menos complicada, a pesar de que su tratamiento doctrinal siempre trae a colación una pluralidad de intereses a los que el programa para la acción en que consiste intenta satisfacer. Se trata de ese heterogéneo grupo de colectivos y de instituciones conocido bajo el nombre genérico de *stakeholders*. Pero, a diferencia de lo que sucede en los dos modos de tratamiento de la crisis antes aludidos, los intereses de los *stakeholders* no dan lugar en realidad a auténticas pretensiones jurídicas de necesaria satisfacción por la empresa que pretenda ser «socialmente responsable».

¹¹ Cfr. TIRADO MARTÍ, I., *Los administradores concursales*, cit., p. 201, quien, antes de entrar en su detenido análisis de lo que quepa entender por «interés del concurso», señala precisamente que dicho interés «engloba, exclusivamente, intereses subjetivos». El hecho de que esta obra, a la que se hará considerable referencia más adelante, haya sido escrita antes de las importantes y numerosas reformas sufridas por la Ley concursal con motivo de la crisis económica, no quita valor a sus argumentos e, incluso, refuerza alguna de las ideas consignadas en su momento por el autor.

Es opinión todavía mayoritaria cuando se analiza el fenómeno de la RSC desde el punto de vista del Derecho entender que el programa para la acción en que aquella consiste es el resultado, en su diseño y en su ejecución, del criterio puramente voluntario de la empresa que aspira a ser socialmente responsable. De este modo, nada habría de jurídico en la RSC ni, por tanto, cabría decir que nos encontramos, como se ha insinuado en otros apartados de este trabajo, ante una institución con relevancia para el Derecho.

No parece, sin embargo, que pueda compartirse este resultado, el cual, como decimos, sigue constituyendo una referencia constante en los medios empresariales, sobre todo por parte de quienes protagonizan más notoriamente las acciones de RSC. Ello se debe a que, si bien limitadamente, se dispone ya en distintos ordenamientos, entre ellos el nuestro, de una cierta regulación vinculante centrada, por el momento, en el conocido asunto de la información no financiera, que ha de ser suministrada por sociedades y grupos empresariales de considerable dimensión¹². Además de esta normativa, común, con ciertos matices, claro está, a los países de la Unión europea¹³, pueden identificarse tratamientos particulares en algunas jurisdiccio-

¹² Específicamente sobre este asunto, DEL VAL TALENS, P., «Información no financiera y responsabilidad social corporativa», en RUIZ MUÑOZ, M./DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B. (dirs.), *Responsabilidad social corporativa (RSC). Economía colaborativa y cumplimiento normativo*, cit., pp. 171-191.

¹³ La regulación sobre la información no financiera se introdujo en nuestro ordenamiento mediante la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, y sus preceptos han modificado normas relevantes del Derecho mercantil español, como el Código de comercio, la Ley de sociedades de capital y la Ley de Auditoría. A su lado, si bien en el terreno del *soft law*, puede mencionarse la existencia de varias recomendaciones en el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas, en materia de RSC. Por otra parte, en todo caso, es también necesario indicar que la práctica de la RSC por las grandes empresas en nuestros días, sin perjuicio de que pueda verse, en cierto sentido, como un fenómeno voluntario, parece responder a una necesidad no impuesta expresamente por las normas jurídicas, sino derivada de la costumbre, a la vista de la reiteración social de estas conductas desde hace tiempo y a la predisposición por dichos sujetos de elementos organizativos permanentes a fin de concebir y desarrollar el programa para la acción en que consiste la RSC. Así puede deducirse, desde luego, de las indicadas recomendaciones del mencionado Código, pero también, y con indudable carácter vinculante, de la referencia a la «política de responsabilidad social corporativa» que, como competencia indelegable del Consejo de administración de las sociedades cotizadas, aparece contenida en el art. 529 ter LSC. La idea de la regulación consuetudinaria de la RSC, a través de la cual se iniciaría el proceso de su conversión en una auténtica institución jurídica, se apunta en EMBID IRUJO, J.M./DEL VAL TALENS, P., *La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y el soft law*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2016, pp. 90-93. Se adecua muy bien, por otra parte, a este planteamiento, el análisis de la costumbre, dentro de la reflexión sobre las normas jurídicas, hecho por GUASP (cfr. *Derecho*, cit., p. 59); dirá así nuestro autor que «hay costumbre jurídica cuando, a través de ciertos acaecimientos, que no se identifican con la existencia de una norma jurídica, se revela ésta, sin embargo, ya que tales acaecimientos sólo pueden explicarse manejando la hipótesis de una norma de Derecho sobre la que ellos se apoyan y le dan justificación». De este modo, el mismo GUASP

nes, como es el caso del Derecho francés, en relación precisamente con los grupos de sociedades y el deber de vigilancia que su sociedad dominante ha de desarrollar en relación con la conducta de sus filiales en otros países, sin cuya observancia puede incurrir en responsabilidad civil¹⁴.

Con todo, fuera de los aspectos de la RSC dotados de regulación vinculante, de necesaria observancia por sus destinatarios, también en situación de crisis económica, es lo cierto que los intereses particulares a los que pueda llegar a servir la RSC, aun beneficiados, lógicamente, por sus distintas acciones, se sitúan en un plano hoy por hoy diverso al de, por ejemplo, los acreedores de la empresa en situación de crisis económica, cuya preeminencia en cualquier modo de tratamiento de la crisis debe reiterarse. Esta circunstancia impide sustantivar tales intereses a los efectos del deber ser de la RSC y, mediante su inevitable agrupación, los convierte, de hecho, en piezas del interés general —este sí— cuya satisfacción, en sentido estricto, es lo que se busca conseguir mediante aquélla.

Digamos, entonces, que lo característico del deber ser de la RSC se sitúa precisamente en el servicio al interés general, bien que materializado en actuaciones concretas susceptibles de favorecer intereses determinados; y ello, no tanto en relación con la posición específica de uno o varios sujetos, sino porque de este modo se hace posible la satisfacción del interés general. La cuestión resulta mucho más nítida cuando salimos del particular ámbito delimitado por grupos individualizados de *stakeholders*, y nos situamos en el marco de los múltiples «bienes» que se aspira a tener en cuenta en las reflexiones más actuales sobre la RSC, como sucede, aunque de manera circunscrita, con motivo de la información no financiera¹⁵.

(*op. cit.*, p. 59) definirá la costumbre, señalando que «es aquella norma jurídica que se revela a través de la existencia de otros acaecimientos en sí no estrictamente normativos; la medida general de lo jurídico que se extrae de la realidad de ejemplos concretos, que no es que valgan jurídicamente por sí, como en el caso de la equidad, sino que valen porque se apoyan en una pauta general a la que ellos conducen; es decir, en último término, la *norma*, no de inmediata, sino de *mediata formulación*»

¹⁴ Al respecto, EMBID IRUJO, J.M., «Responsabilidad social corporativa y responsabilidad civil», *RDC*, CXVII-2, 2019, pp. 209-236, especialmente pp. 229-232; con más detalle, NORDHUES, S., *Die Haftung der Muttergesellschaft und ihres Vorstands für Menschenrechtsverletzungen im Konzern. Eine Untersuchung de lege lata und de lege ferenda*, Baden-Baden, Nomos, 2019, en particular, pp. 271-329, y NASSE, L., «Devoir de vigilance. Die neue Sorgfaltspflicht zur Menschenrechtsverantwortung für Grossunternehmen in Frankreich», *ZEuP*, 4 (2019), pp. 773-801.

¹⁵ Esta característica del tratamiento actual de la RSC coincide sólo tangencialmente, sin perjuicio de la utilización en el texto del término «bienes», con la orientación de origen italiano relativa a los llamados «bienes comunes», cuya laxitud conceptual, notoria determinación ideológica e imprecisa operativa jurídica, la aproximan más a una consigna que a una aportación intelectual. Sobre la misma, véase, por ejemplo, MATTEL, U., *Bienes comunes. Un manifiesto* (trad. esp. de Gerardo Pisarello), Madrid, Trotta, 2012.

No parece inconveniente aludir, por último, a que el servicio al interés general característico de la RSC, o, mejor dicho, las acciones que, en ejecución de tal designio, se llevan a cabo por la empresa que pretende ser socialmente responsable, no agotan su eficacia en su mera realización. Con independencia de que, mediante ellas, se alcance la indicada y prestigiosa calificación para el sujeto activo, puede afirmarse que el interés particular (social, si, como sucede habitualmente, se trata de una sociedad mercantil, por lo común cotizada) de este último se verá también afectado en el sentido de que asumirá como elemento integrante de su propia naturaleza las circunstancias específicas de la RSC, es decir, la pretensión de servir al interés general¹⁶. Dicho en otros términos, el interés social de la sociedad que ponga en prácticas políticas concretas de RSC, sin dejar de atender a las finalidades y objetivos de sus propios socios —en línea con la tradicional orientación contractualista—, terminará por integrar también objetivos de naturaleza institucional, tanto desde la vertiente interna de la empresa, como desde la perspectiva propiamente externa¹⁷.

¹⁶ La temática del interés social, asunto clásico en el estudio y análisis del Derecho de sociedades, ha sido actualizada precisamente por la RSC, que ha venido a aportar a su tratamiento una dimensión más institucional, sin que, por supuesto, pueda decirse que ha quedado desplazada la perspectiva contractualista, por lo común dominante todavía en dicha disciplina. En cualquier caso, la afectación del interés social por la puesta en práctica de políticas de RSC pone de manifiesto que, aun sin regulación específica, la RSC se entrecruza en su desarrollo con magnitudes propias del Derecho de sociedades, modulando o matizando su significado tradicional al margen de toda circunstancia propia de la llamada responsabilidad social. Al respecto, entre otros, EMBID IRUJO, J.M./DEL VAL TALENS, P., *La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital*, cit., pp. 49 y ss.

¹⁷ A propósito de ciertas circunstancias características de la historia de la filosofía y del pensamiento, advirtió José Ortega y Gasset (cfr. *Goethe-Dilthey*, Madrid, Revista de Occidente en Alianza Editorial, 1983, pp. 146-147, nota 1) algunas ideas que expresan con especial claridad lo que se pretende indicar en el texto. Así, dirá nuestro filósofo, «el disparo de un gran invento no sólo produce sus efectos hacia adelante, sino que da un culatazo sobre el pretérito y repercute en él, influye en él. Esta posibilidad de retroefecto que sin metáfora no existe en el mundo físico, es característica y esencial en la causalidad histórica. La vida, que es permanente creación del futuro, es, a la vez, permanente reforma del pasado, quiero decir, que vive el pasado como tal, de manera diferente en cada época». De este modo, por tanto, la puesta en práctica de la RSC, que bien podría considerarse un «gran invento» de nuestra época, por lo que se refiere al terreno de la empresa, no sólo produce evidentes consecuencias para el futuro, sino que repercute, con diverso alcance, en la forma de entender tradicionalmente el significado de este relevante operador económico en el mercado, también desde la vertiente jurídica. Así sucede, desde luego, con el interés social, pero también con otros elementos destacados del Derecho de sociedades, comenzando por los relativos al negocio de constitución de la sociedad (en particular, la causa), y siguiendo con cuestiones de diverso orden relacionadas con la propia estructura organizativa y funcional de la persona jurídica. Por otra parte, y desde una perspectiva más nítidamente histórica, la puesta en marcha de la idea de la RSC, así como sus distintas realizaciones concretas, permiten entender mejor diversos episodios, de distinta naturaleza, en la evolución de las ideas en torno a la organización jurídica y los fines de las empresas, sobre todo de las más grandes. Sería el caso, por ejemplo, de las conocidas reflexiones, todavía mencionadas en nuestro tiempo, sobre la

III. RSC Y MEDIDAS PREVENTIVAS DE LA CRISIS ECONÓMICA DE LA EMPRESA

1. Una tendencia universal: la anticipación del tratamiento jurídico de la crisis

Una de las tendencias características del Derecho de la crisis económica, intensificada especialmente en los últimos años, a propósito de la Gran Recesión, consiste, como es bien sabido, en anticipar el tratamiento de la crisis en sí misma, con la finalidad predominante de evitar la pérdida de valor de la empresa afectada, saneando los elementos necesitados y estableciendo un plan de reorganización para su futuro desempeño eficiente en el mercado.

Como consecuencia de este planteamiento, y a la estela de la conocida regulación estadounidense, han proliferado en las diversas jurisdicciones normas preventivas de la crisis económica, con características ciertamente diversas, pero también con elementos comunes en lo que se refiere a las cuestiones básicas. En el Derecho español, ha sido, precisamente, la Gran Recesión el motor de una intensa actividad legislativa que ha afectado de manera especialmente relevante a la normativa concursal; en ella se ha insertado, con modificaciones sucesivas, por otra parte, el supuesto del llamado «preconcurso», estrechamente relacionado con el importante asunto de los acuerdos de refinanciación, en cuyo detalle, ciertamente complejo, no es posible entrar aquí.

Interesa, sobre todo, destacar el sentido de esta regulación como un ejemplo particularmente destacado de la tendencia que ahora nos ocupa, sobre cuya base se ha terminado por producir una alteración significativa en el Derecho concursal, que está dejando de ser, no obstante sus distintas posibilidades, el sector jurídico único para el tratamiento de la crisis económica; frente a él o, incluso, con independencia de él, se están articulando una serie heterogénea de materiales jurídicos a cuyo conjunto bien podría denominarse

fórmula de la «empresa en sí» (*Unternehmen an sich*), enunciada en las primeras décadas del siglo pasado en relación con el singular pensamiento de Walther Rathenau. Esa fórmula, como otras posteriores, intentaba dar expresión desde la propia vertiente de la actividad de empresa, a finalidades y propósitos de orden transpersonal, no asociados al tradicional propósito lucrativo, y sí vinculados con esa imprecisa magnitud a la que se denomina «interés general». Este asunto se encuentra bien vivo en nuestros días, no sólo a través de la actualidad evidente de la RSC, sino como consecuencia de otros fenómenos, insertos muchos de ellos en la órbita de la tipología societaria, como sucede con las sociedades benéficas o *benefit corporation*; al respecto, dentro de una desbordante bibliografía, véase recientemente DE DONNO, B./VENTURA, L. (dirs.), *Dalla benefit corporation alla società benefit* (Bari, Cacucci Editore, 2018), donde se da cuenta, esencialmente, de la experiencia reguladora de dicha figura en Italia, con alusiones diversas a la perspectiva comparada, tan relevante en América (del Norte y del Sur), como es bien sabido.

Derecho preconcursal, con ciertas analogías en relación con la disciplina de referencia, pero con muy importantes diferencias¹⁸.

El último texto relevante sobre la regulación de las medidas preventivas de la crisis lo constituye la ya citada directiva 2019/1023, que une a la importancia de su contenido el hecho de ser una norma de naturaleza supranacional, vinculante, como es notorio, para los Estados miembros de la Unión europea. De su largo contenido se deduce el pleno alineamiento del legislador europeo con la razón de ser del planteamiento en estudio, si bien con dos importantes matices: de un lado, el carácter abierto del texto, precisamente por su propósito de servir para la armonización de las normas nacionales de los Estados miembros, lo que, como siempre sucede en el Derecho europeo, ha complicado extraordinariamente su elaboración y ha obligado a ofrecer considerable libertad a aquéllos para hacer posible su efectiva transposición; de otro, la considerable amplitud de la fórmula empleada («marcos de reestructuración preventiva») para enmarcar las medidas aplicables a tal efecto, sin perjuicio de referencias más concretas contenidas en el articulado de la propia directiva.

2. Los intereses contemplados en la directiva europea y el papel de los administradores de las sociedades en situación de crisis

Cuando se habla de tratamiento de la crisis mediante medidas preventivas, se apunta, por regla general, hacia la conservación de la empresa en situación de dificultad gracias a la puesta en práctica de ciertas técnicas de reestructuración con un contenido sustancial de naturaleza financiera. Se trata, en suma, de facilitar nuevos recursos financieros a la empresa en crisis,

¹⁸ No pertenece al objetivo fundamental de este trabajo estudiar las relaciones entre ambas disciplinas, si bien parece posible afirmar que la anticipación del tratamiento jurídico en relación con la crisis económica, de acuerdo con las finalidades indicadas en el texto, «arrinconada» un tanto al Derecho concursal, tratado con tanto esmero en la versión inicial de la LC. Queremos decir que la regulación del precurso puede ser interpretada, parafraseando una conocida fórmula del Derecho administrativo en los últimos tiempos, como una suerte de «huida» del Derecho concursal, de su imperativa regulación procedimental, de la supervisión judicial, del conjunto de mecanismos, en suma, que hacen de esta vertiente del ordenamiento un sector aparentemente desprovisto de la flexibilidad, hoy considerada imprescindible, para el tratamiento y solución preventiva de la situación de crisis económica todavía no constituida en plena insolvencia. Ello no impide que la doctrina, aun siendo consciente de las diferencias entre una forma de tratamiento de la crisis y otra, las estudie de manera conjunta, sobre todo cuando se trata de analizar alguna operación concreta de posible aplicación en ambas (siempre que, claro está, el concurso desemboque en la conclusión de un convenio, excluyendo la liquidación), como puede ser, por ejemplo, la capitalización de créditos mediante el aumento de capital; en este sentido, recientemente, GALLEGO CÓRCOLES, A., *La capitalización de créditos mediante aumento del capital social (debt-equity-swap)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019.

sin perjuicio de aplicar, a su vez, otros instrumentos dentro, como es bien sabido, de un plan general de reestructuración o reorganización.

En ese contexto, sumariamente descrito, la finalidad de saneamiento empresarial resulta evidente y a la seguridad de este propósito, así como, sobre todo, al establecimiento de garantías suficientes de la operación en sí y de los acreedores que la han hecho posible con su acuerdo, se encamina el procedimiento preventivo que se adopte; no parece necesario indicar que la concepción, elaboración y aplicación de este tipo de planes, cuya complejidad resulta notoria, queda en manos de las partes involucradas, lo que significa hablar de la empresa deudora y de sus acreedores, con matices respecto de estos últimos en los que ahora no podemos entrar.

Sin perjuicio de la homologación judicial de estos acuerdos de refinanciación, como son conocidos, según es sabido, en nuestro Derecho, parece evidente que, frente al concurso, tienen las medidas que nos ocupan un carácter singular que pone en primer lugar la indicada finalidad de saneamiento y reorganización, prescindiendo, en apariencia, de toda consideración institucional¹⁹. En este sentido, y confirmando lo que se ha esbozado con anterioridad²⁰, no resulta posible, de entrada, afirmar la existencia de un «interés del precurso» (si utilizamos esta fórmula en paralelo a la que es común en el concurso de acreedores), seguramente por la ausencia de la formalización característica del Derecho concursal, así como por la propia naturaleza de las medidas preventivas; estas necesitan, para su mismo surgimiento, un amplio margen de maniobra de las partes, pero también la correspondiente tutela del Derecho positivo, sobre todo frente a un posible concurso ulterior con la puesta en juego de las acciones de reintegración.

A la hora de situar, en este contexto, el juego de la RSC, conviene ir por partes, intentando señalar los distintos planos relativos a la cuestión. Ante la inexistencia de un interés del precurso, resulta obligado afirmar que serán otros intereses los que orienten y dirijan la elaboración y realización de las medidas preventivas acordadas; se trata, en esencia y como ya antes se ha apuntado, los de la empresa deudora y los acreedores, teniendo en cuenta, eso sí, la finalidad de hacer posible el saneamiento y la reorganización de aquélla. Será necesario determinar, con todo, si se trata de intereses puramente contrapuestos o si cabe apreciar alguna suerte de convergencia entre ellos, de una parte²¹; pero también será pertinente averiguar, de otra, si exis-

¹⁹ Véase, por muchos, DÍAZ MORENO, A./LEÓN SANZ, F. (dirs.), *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración: las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, y PULGAR, J., *Preconcursalidad y reestructuración empresarial: acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos*, 2.ª ed., Madrid, La Ley, 2016.

²⁰ Véase *supra* II, 3, b).

²¹ Entre nosotros (cfr. RECAMÁN, E., *Los deberes y la responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en crisis*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 123) se ha soste-

ten o pueden existir otros intereses susceptibles de tutela con motivo del establecimiento de medidas preventivas de solución de la crisis empresarial.

Para el análisis, inevitablemente breve y esquemático, de estos complejos asuntos, parece útil tomar como modelo de referencia la regulación contenida en la directiva 2019/1023, repetidamente aludida en este trabajo, por diversas razones, que pasamos a enumerar: en primer lugar por su cercanía temporal al momento presente, de modo que constituye el texto más reciente sobre la materia; en segundo lugar, por la amplitud de su tratamiento, como se deduce no sólo de la extensión de la directiva, sino, sobre todo, de la gran cantidad de cuestiones en ella consideradas, algunas de las cuales desbordan por completo el círculo estricto de las medidas preventivas; y, en tercer lugar, por la previsible longitud de onda de sus efectos, al tener que ser implementada por los Estados miembros de la Unión europea en el plazo y con las condiciones establecidas en su art. 34.

Interesa fijarse, a los efectos indicados, en lo dispuesto en el art. 19 de la directiva, donde se contemplan las «obligaciones de los administradores sociales en caso de insolvencia inminente». Se trata de un precepto crucial en cuanto que pone de manifiesto el relevante papel que, en una situación de crisis económica todavía no actualizada en forma de procedimiento concursal, está llamado a desempeñar el órgano de administración de la sociedad en dificultades. Ello no supone, claro está, desconocer las circunstancias propias del Derecho de sociedades y sus particulares exigencias en punto a la adopción de decisiones en situación de crisis.

Pero es evidente, como se ha repetido en muchas ocasiones, que no existe la debida conexión entre dicha disciplina y la normativa propia de la crisis económica de la empresa, lo que significa aludir específicamente al Derecho concursal, pero también al Derecho relativo a las medidas preventivas. Esa ausencia de conexión ha sido suplida, sobre todo como consecuencia de la Gran Recesión, por un predominio efectivo de estas últimos sectores normativos, hasta el punto de que, en algunas jurisdicciones, bien puede hablarse de la postergación — nunca mejor dicho — del Derecho de sociedades y de sus reglas a propósito de la adopción de medidas de reorganización en sede preconcursal y, sobre todo concursal²².

nido la ampliación del interés social, incluyendo progresivamente en su seno los intereses específicos de los acreedores, a propósito de la situación de crisis económica de una determinada empresa organizada en forma de sociedad mercantil de capital. Sobre este libro y, más extensamente, sobre la temática que en él se analiza, BRIZZI, F., «Il dibattito sui doveri degli amministratori in rapporto alla crisi di impresa (a proposito di un libro recente)», *RDC*, CXVII-3 (parte seconda), 2019, pp. 387-418

²² Se trata de una cuestión ya apreciada hace tiempo por la doctrina, que habría de conducir a una mejor articulación de los mecanismos, tanto societarios, como preventivos y específicamente concursales, en una situación de crisis empresarial. Para ello haría falta una decidida

El citado art. 19 resulta determinante para nuestro propósito al contemplar, junto con obligaciones específicas relativas, esencialmente, a la necesidad de tomar medidas para evitar la insolvencia de su sociedad, los intereses a los que habrán de prestar especial atención los administradores con motivo del desempeño de su oficio. Allí se alude, en particular, a «los intereses de los acreedores, tenedores de participaciones y otros interesados». No es seguro que se trate, en dicha norma, de una enumeración jerárquica, aunque el orden en que se enuncian los intereses allí mencionados permita sostener lo contrario; y todo ello, claro está, partiendo del «superior interés de los acreedores» (categoría, por otra parte, no homogénea), al que se alude expresamente en diversos apartados de la directiva²³.

En atención a los fines perseguidos por la adopción de las medidas preventivas, y sobre la base de lo establecido en la directiva 2019/1023, parece posible afirmar la paulatina convergencia de los intereses de acreedores y de socios en el marco, progresivamente ampliado, del interés social. Está por

intervención del legislador, seguramente no afrontada entre nosotros con motivo de la elaboración del proyecto de texto refundido de la Ley concursal. Quizá pueda darse curso a esta propuesta con motivo de la necesaria transposición de la directiva 2019/1023, si bien tal cosa no pasa de ser mera especulación. En la doctrina española, puede verse, a propósito de la capitalización de créditos, la amplia reflexión llevada a cabo, desde la perspectiva que ahora nos ocupa, por GALLEGO CÓRCOLES, A., *La capitalización de créditos mediante aumento del capital social (debt-equity-swap)*, cit., *passim*. Con carácter más general, y desde la perspectiva del Derecho italiano, especialmente relevante tras la aprobación del reciente Código de la crisis de la empresa y de la insolvencia, y en el marco del debate sobre la formación de un «Derecho societario de la crisis», véase NIGRO, A., «Le ristrutturazioni societarie nel Diritto italiano delle crisi: notazioni generali», *RDC*, CXVII-3, 2019, pp. 379-404, BENAZZO, P., «Il Codice della crisi d'impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario? *Riv. Soc.*, 64 (2019), pp. 274-305; a propósito de los grupos de sociedades, MIOLA, M., «Crisi dei gruppi e finanziamenti infragruppo nel Codice delle crisi di impresa e dell'insolvenza», *Riv. Soc.*, 64 (2019), pp. 306-359.

²³ Así, por ejemplo, en el considerando 52. Frente a esta orientación, no puede ignorarse que en otros considerandos de la directiva, en concreto en el número 71, se sostiene un criterio diverso, según el cual «la presente Directiva no pretende establecer un orden de prelación entre las distintas partes cuyos intereses deben ser tenidos debidamente en cuenta. Ahora bien, los Estados miembros deben poder decidir establecer tal orden. La presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de la normativa nacional de los Estados miembros relativa a los procesos de toma de decisiones de las empresas». Y todo ello, sin perjuicio de que el mismo considerando 71 se inicia señalando que «en caso de que el deudor esté próximo a la insolvencia, es importante también proteger los intereses legítimos de los acreedores frente a las decisiones de los gestores que podrían tener impacto sobre la constitución de la masa del deudor». No es fácil, por lo tanto, responder a la pregunta de si cabe establecer una prelación firme y nítida entre los intereses enumerados en el art. 19 de la directiva. Aunque se toma nota del relieve que, a tal efecto, se debe otorgar a la posición jurídica de los acreedores, parece que, en última instancia, el legislador comunitario no ha querido expresar una postura definitiva en torno a dicho asunto, trasladando la decisión definitiva a los Estados miembros, lo que augura una inevitable situación de desarmonía, una vez concluido el proceso de implementación de la norma europea, con las graves consecuencias que son fáciles de imaginar.

ver, y es sin duda un asunto de imposible resolución «preventiva», el alcance que quepa atribuir a dicho interés social a propósito de la puesta en práctica de las medidas preventivas. Son bien conocidos los dos grandes criterios existentes a la hora de delimitar el contenido del interés social, sin perjuicio de matices y modulaciones en cada uno de ellos. No parece exagerado sostener que la finalidad de conservación de la empresa en crisis, mediante las oportunas medidas de refinanciación y reorganización, disfruta de un significado preferentemente institucionalista, lo que sin duda se encuentra más cerca de la operatividad en dicho contexto de la RSC que de lo contrario²⁴.

Con la referencia a los intereses de los socios y de los acreedores, al margen ahora de su posible confluencia en el seno del interés social, no se agota, sin embargo, el elenco de intereses contemplados en el art. 19 de la directiva. Como hemos tenido ocasión de indicar, se alude en dicho precepto a «otros intereses», como mención final del repertorio traído a colación por el legislador europeo en el contexto de las obligaciones que incumben a los administradores en situación de crisis, cuyo papel resulta más complejo a la vez que relevante²⁵.

²⁴ Cuando esas medidas supongan la ejecución de alguna modificación estructural, como, por ejemplo, la fusión, habrá que tener en cuenta a nuestro juicio y con todas las matizaciones pertinentes lo establecido en la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Y, de manera específica, nos parece insoslayable lo dispuesto en su art. 31, cuando al contemplar el contenido mínimo necesario del proyecto de fusión obliga a informar, en su apartado 11, respecto de «las posibles consecuencias de la fusión sobre el empleo, así como su eventual impacto de género en los órganos de administración y la incidencia, en su caso, en la responsabilidad social de la empresa». Dicho precepto es de aplicación igualmente en otras modificaciones estructurales de contenido patrimonial, como son la escisión y la cesión global de activo y pasivo, también utilizables entre las medidas preventivas de reorganización de una empresa en situación de crisis económica. Es interesante señalar, a propósito de la norma citada, que en ella parece asumirse la RSC como un elemento inherente al funcionamiento de una sociedad mercantil, sin que la misma haya de tener la condición de cotizada. Se trata, con todo, de una norma aislada que, por lo demás, no ha recibido especial atención de la doctrina ni tampoco se sabe exactamente su incidencia concreta en el desarrollo de las modificaciones estructurales en cuyo proyecto ha de consignarse de manera necesaria. En cualquier caso, la temática de las modificaciones estructurales, más allá del tema concreto aquí examinado, constituye una referencia esencial dentro de las medidas preventivas de la crisis económica y de la insolvencia, con problemas de diverso orden, como es, sobre todo, el relativo a la posición de los socios a propósito de su adopción, y, con relieve equivalente, el papel que han de desempeñar los administradores. Además de las indicaciones doctrinales contenidas en las notas anteriores, conviene tener en cuenta los trabajos de VATTERMOLI, D., *La posizione dei soci nelle ristrutturazioni. Dal principio di neutralità organizzativa alla residual owner doctrine?*, *Riv. Soc.*, 63 (2018), pp. 890 y ss., FERRI jr., G., «Ristrutturazioni societarie e competenze organizzative», *Riv. Soc.*, 64 (2019), pp. 233-252.

²⁵ Sobre la cuestión, véase VIZCAÍNO GARRIDO, P.L., «La RSC/E como instrumento de decisión de los administradores en la crisis empresarial», en RUIZ MUÑOZ, M./DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B. (dirs.), *Responsabilidad social corporativa (RSC). Economía colaborativa y cumplimiento normativo*, cit., pp. 311-332.

No es seguro lo que, con expresión tan amplia se quiera decir; pero no parece descabellado entender que, por esa vía, podrán tenerse en cuenta intereses ajenos a los socios y los acreedores, susceptibles de afectar a distintos *stakeholders*, con lo que se daría entrada en el ámbito que nos ocupa, a la RSC, sobre todo si la convergencia de acreedores y socios en el interés social asumiera un significado institucionalista. Sería una forma de superar el principio clásico del Derecho de la crisis económica —sobre todo en el específico ámbito concursal— sobre cuya base, como ya hemos tenido ocasión de señalar²⁶, son intereses puramente subjetivos los que intenta defender y promover este sector del ordenamiento jurídico.

Es claro, no obstante, que la referencia a los «otros intereses» se sitúa detrás de los correspondientes a socios y acreedores, sin que de ese argumento «topográfico» quepa deducir conclusiones definitivas. Parece evidente, en todo caso, que la RSC, con su finalidad de servicio al interés general, puede y debe hacer su aparición en el contexto de las medidas preventivas de tratamiento de la crisis; desde luego, así habrá de suceder con las normas vigentes sobre dicha figura, como son, entre nosotros, las relativas a la información no financiera, si, por supuesto, la sociedad en situación de crisis fuera destinataria de las mismas²⁷.

Con diferente intensidad, pues, no en balde, se trata de «Derecho blando», no vinculante, por definición, habrá de valorarse la conveniencia de «seguir» las recomendaciones contenidas en el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas referidas a la RSC²⁸. Aunque entre ellas, y la normativa sobre información no financiera, pueden encontrarse numerosos elementos de relación, que, en ocasiones, complican su comprensión sistemática, así

²⁶ Cfr. *supra* II, 3, b).

²⁷ Pero, de acuerdo con la hipótesis (formulada *supra* nota 12) de la posible existencia de una costumbre, en el sentido jurídico del término, sobre RSC, habría un argumento añadido para asumir la perspectiva de la responsabilidad social en el contexto que nos ocupa, al margen de lo que pudiera deducirse de la regulación legislativa en la materia en los términos que nos son conocidos. Es cierto que la costumbre, por su propia naturaleza, plantea serios problemas de delimitación y prueba, que también en este caso habrían de tenerse en cuenta, sin perjuicio de precisar el círculo de sujetos supuestamente afectados por la existencia de esa pretendida norma consuetudinaria. En cualquier caso, las muchas dificultades que presenta esta vertiente no excluyen su relieve, a la vista, entre otras cosas, de los presupuestos de todo orden (personales, económicos, organizativos, etc.), de necesaria asunción por las empresas que pretenden ser socialmente responsables y que, en algunos casos (sociedades cotizadas, de manera especial) adquieren una dimensión considerable.

²⁸ No parece impropio advertir que, al lado de las recomendaciones directamente referidas a la RSC, se encuentran en el Código otras indicaciones sobre temas muy cercanos a dicha categoría, como, en concreto, la promoción de la igualdad de género al abordar la composición de los órganos de dirección de la sociedad cotizada y la consiguiente selección de consejeros, tal y como se deduce de la recomendación número 14 del citado texto; sobre la cuestión, últimamente, DEL VAL TALENS, P., «Responsabilidad social corporativa e información no financiera», *cit.*, pp. 175-183, especialmente pp. 181-182.

como su posible aplicación y seguimiento, respectivamente, hay elementos singulares respecto de las cuales corresponderá a los administradores iniciar la meditación sobre la indicada posibilidad de seguimiento. Resulta evidente, por lo demás, que el supuesto ahora en estudio exige indeclinablemente que la sociedad en situación de crisis tenga la naturaleza de cotizada.

Pero, además de estos dos planos de regulación (aunque en un caso se trate, como ya se ha advertido, de Derecho blando), la alusión en el art. 19 de la directiva 2019/1023 a intereses distintos de los correspondientes a socios y acreedores, permite amplificar la eficacia de la RSC en el ámbito específico de las medidas preventivas de refinanciación y reorganización. Y ello, claro está, aunque no sea posible enumerar ahora cuales serían esos «otros intereses», de necesaria consideración por los administradores sociales, ni tampoco fijar exactamente el contenido y el alcance de su tratamiento en el contexto de las indicadas medidas. En todo caso, la normativa vigente sobre información no financiera, así como las recomendaciones sobre RSC en el ámbito de las sociedades cotizadas, podrán servir de «elemento inspirador» para el desarrollo de una política de responsabilidad social en el contexto de las medidas preventivas de refinanciación y reorganización.

Hay en este ámbito, con todo, una labor de análisis y meditación de considerable importancia, cuyos resultados, por otra parte, habrán de contar con las restricciones o limitaciones derivadas de la situación de dificultad que representa toda crisis económica para la empresa que la sufra. Y a tales efectos, no se debe ignorar que el margen de maniobra de la empresa deudora y sus acreedores no sólo es significativo, sino que, además, no se ve mediatizado o encorsetado por una regulación estricta, como la propia del concurso de acreedores; el hecho, por otra parte, de la inexistencia de una autoridad judicial supervisora (limitada, entre nosotros, a la homologación de los acuerdos, en su caso) y la no necesidad, como regla general, de una entidad gestora del procedimiento (como la administración concursal, también entre nosotros), refuerzan esa mayor disponibilidad de las partes, con posibles efectos beneficiosos para el despliegue de la RSC en el contexto ahora analizado.

IV. RSC Y CONCURSO DE ACREEDORES

Como resulta fácil de imaginar, son numerosos los puntos en común que, a nuestros particulares efectos, muestra el concurso de acreedores con las medidas preventivas de tratamiento de la crisis. Del mismo modo que en estas últimas, también en el ámbito específicamente concursal habrán de tenerse en cuenta las normas vigentes sobre la RSC, como — conviene señalarlo una vez más — las relativas a la información no financiera, y podrá meditarse sobre la conveniencia de seguir las recomendaciones contenidas en el

Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas, siempre que la sociedad concursada se incluya entre los destinatarios de las normas indicadas.

Hay, con todo, algunas matizaciones importantes que obligan a situar al tratamiento de la crisis por vía del Derecho concursal en un contexto específico. De un lado, por tratarse de un procedimiento dotado de su propia regulación, bajo la supervisión, entre nosotros, de la autoridad judicial, y con la intervención gestora de la administración concursal. Pero, de otro, y esto quizá sea lo más importante, porque en el concurso se individualiza y adquiere, como es bien sabido, relieve decisivo un interés específico, el así llamado «interés del concurso», sin existencia equivalente en las medidas preventivas de tratamiento de la crisis. Esta magnitud, carente de precisión en lo que atañe a su significado en nuestro Derecho positivo, aparece referida directamente a un problema, si se quiere, de alcance genérico, como es el de la finalidad que se persigue mediante la puesta en marcha y la realización de procedimiento concursal²⁹.

A pesar de que la regulación concursal española no precise exactamente cuál pueda ser esa finalidad³⁰, resulta indudable que su propósito básico consiste en «tutelar la esfera jurídica de personas determinadas» y no «en la plasmación práctica de vicisitudes de la empresa deudora»³¹. De este modo, no puede decirse que el convenio o la liquidación sean soluciones del concurso dotadas de alguna preferencia por el legislador; a la vez, se trata de soluciones excluyentes, sin posibilidad de mezcla alguna entre ellas, lo que introduce un elemento de diversidad sustancial con las medidas preventivas de refinanciación y reorganización.

Por otra parte, dentro del interés del concurso ha de situarse en su cima, según opinión unánime, a los acreedores — acreedores de la masa y acreedores concursales, en sentido estricto —, sin que esa prioridad, por sí misma, resuelva todos los problemas, como, por ejemplo, los derivados de la diferente posición de tales acreedores en el procedimiento concursal, como portadores de intereses no siempre homogéneos³².

²⁹ Así, por muchos, TIRADO MARTÍ, I., *Los administradores concursales*, cit., p. 200.

³⁰ Y lo mismo podría decirse, por lo conocido hasta el momento, del proyecto de texto refundido de la ley concursal, cuya última versión se ha difundido en el mes de marzo del presente año 2019, bajo la autoría común de los ministerios de Justicia y de Economía y Empresa; sobre el mismo, últimamente, RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, A., «Refundición y refundación del Derecho Concursal (breves reflexiones sobre la propuesta de texto refundido de la Ley Concursal)», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 313, 2019, pp. 213-237.

³¹ Son citas textuales de TIRADO MARTÍ, I., *Los administradores concursales*, cit., p. 201, quien añade que «el convenio o la liquidación, la continuidad de la empresa, su enajenación global, son únicamente instrumentos para la protección de la posición subjetiva de personas concretas, nunca un fin en sí mismos».

³² Así, TIRADO MARTÍ, I., *Los administradores concursales*, cit., p. 209, quien destaca la posibilidad de que surja diversos conflictos de intereses precisamente por esa diferente posición.

Tras esa posición predominante, aparece el interés del deudor concursado, ya mantenga la gestión de su patrimonio y empresa —sin perjuicio, claro está, de la conservación de su titularidad—, ya se vea desplazado de ella por la administración concursal. Por el hecho de conservar, precisamente la titularidad de su patrimonio, el deudor concursado goza, según se ha dicho autorizadamente³³, «de una legítima expectativa al remanente y, en su caso, a la continuación de la actividad empresarial una vez clausurado el procedimiento».

Por último, no se puede excluir la presencia, ciertamente subordinada, de otros posibles intereses, cuya heterogeneidad no reduce, sino que, incluso, aumenta su escasa relevancia dentro del interés del concurso. Así sucede con algunas referencias a los intereses de los trabajadores, ciertamente moduladas con motivo de las reformas legislativas de la LC durante la Gran Recesión, como se advierte, por ejemplo, en los arts. 148 y 149, con motivo de las operaciones de liquidación. También cabe apreciar, si bien tímidamente, una cierta tutela del tráfico y del mercado, a tenor de lo dispuesto en el art. 178, 3.º LC, cuando se contempla la extinción de las personas jurídicas por haber terminado el concurso en liquidación o debido a la insuficiencia de la masa activa³⁴.

Es indudable que otra cosa se podrá afirmar, en términos más generales, si las posibilidades de conclusión del procedimiento (en esencia, convenio y liquidación) se ven como elementos cercanos al interés general que persigue la RSC. Esta postura, que sobre todo en el caso del convenio que haga posible la continuidad de la empresa, con la aplicación de las correspondientes medidas, también en el terreno de la refinanciación y reorganización, ha gozado de cierto relieve, nos parece, sin embargo, desacertada, a la vista de que tales soluciones no son otra cosa que instrumentos al servicio de los intereses preferentemente protegidos por el Derecho concursal. Volvemos, entonces, a la tutela de intereses subjetivos, que, tal vez, pudieran coincidir, sólo de manera accidental, con intereses transpersonales, más cercanos, por tanto, a la RSC.

³³ En este sentido, TIRADO MARTÍ, I., *Los administradores concursales*, cit., p. 211. Con todo, parece indudable que el interés del deudor concursado se sitúa nítidamente por detrás del de los acreedores, lo que permite al autor citado afirmar con todo énfasis (p. 212) que «la finalidad concursal consiste en la mayor satisfacción de los acreedores y, subsidiariamente, y en la medida de lo posible, en la tutela de los intereses patrimoniales del deudor común».

³⁴ En este sentido, TIRADO MARTÍ, I., *Los administradores concursales*, cit., p. 212. No se puede ignorar que las indicadas reformas legislativas han eclipsado la presencia de otros intereses en el concurso; así ha sucedido, por ejemplo, a propósito del concurso de empresas cuya actividad pudiera tener especial trascendencia para la economía, en cuyo caso y de acuerdo con lo que disponía el art. 100, 1.º *in fine* LC, podía el juez autorizar motivadamente la superación de los límites establecidos para la quita y la espera. En la actualidad, el precepto mencionado nada dice al respecto.

En conclusión, sin ser imposible la consideración de políticas concretas de RSC en el contexto del concurso, para cuyo conocimiento sirven, en esencia, las indicaciones hechas con anterioridad a propósito de las medidas preventivas de tratamiento de la crisis, nos parece que tienen un alcance más reducido que en dicho contexto. Ello es consecuencia, sobre todo, del relieve que, en el marco del procedimiento, ha de atribuirse al interés del concurso, centro organizador y elemento determinante del entendimiento y aplicación de la vigente normativa concursal.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Las reflexiones expuestas en el presente trabajo han de tomarse, reiterando lo dicho al principio del mismo, como ideas individualizadas, sin suficiente ordenación orgánica, por tanto; no constituyen, en tal sentido, una aproximación segura a un tema de por sí difícil, no sólo por su complejidad, sino, sobre todo, por la imprecisión que impone la necesidad de conjugar la amplitud característica de las manifestaciones propias de toda crisis económica empresarial con la insuficiente delimitación, hasta el momento, de la RSC, desde luego en lo que atañe a su relieve jurídico.

Hace falta, por ello, buscar un adecuado hilo conductor para hacer posible la correcta conexión entre las dos materias examinadas; un ensayo a tal efecto puede articularse, como aquí se ha pretendido hacer, alrededor de los intereses presentes en uno y otro ámbito. De este modo, con motivo de la crisis económica, parece razonable prestar atención a la situación de intereses en el contexto, por una parte, de las medidas preventivas de refinanciación y reorganización, y, por otra, en el marco de aplicación del Derecho concursal, una vez constatada la insolvencia de la empresa en situación de crisis, teniendo en cuenta, sobre todo, el interés del concurso. Tanto en un caso como en otro, es posible encontrar seguros apoyos normativos, que en el presente trabajo hemos querido situar no sólo en la legislación específicamente concursal, sino, con perspectiva más amplia, en la reciente regulación europea sobre tratamiento preventivo de la crisis económica.

Por lo que se refiere a la RSC, con la misma orientación, habrá de tenerse en cuenta, como guía de cualquier análisis, su directa referencia al interés general, y no tanto o no sólo a los intereses de particulares *stakeholders* en cuyo favor se adopten medidas concretas dentro del programa para la acción que constituye, en todo caso, la RSC. Frente al amplio desarrollo del Derecho concursal y, más recientemente, del llamado «Derecho preconcursal», no puede presentarse en lo que atañe a la idea de responsabilidad social un planteamiento equivalente. Al margen de la posible admisión de una costumbre en la materia, las principales alusiones a la figura se sitúan en el terreno de la información no financiera, decisivamente afectado, como es sa-

bido, por el Derecho de la Unión europea; del mismo modo, son útiles las recomendaciones contenidas en los códigos de gobierno corporativo, como el español —pionero en esta materia—, si bien se trata, en tales casos, de una regulación no vinculante, de «Derecho blando».

Así como la evolución de la actividad empresarial en el mercado es inseparable de la producción sucesiva, desigual y casi siempre imprevisible de las crisis económicas, no puede decirse lo mismo de la RSC, idea surgida con fuerza en las últimas décadas y, por ello mismo, todavía sin desarrollo suficiente, sobre todo por lo que atañe a la perspectiva del ordenamiento jurídico. Pero su juventud no le quita intensidad, a la vez que facilita su expansión, de modo que bien puede decirse que la responsabilidad social ha pasado a convertirse en un referente habitual en el mundo de la empresa, con particular incidencia, eso sí, en el terreno de las sociedades cotizadas. De cómo evolucione y, a la vez, de cómo se refleje su trayectoria en ámbitos relevantes, como el jurídico, dependerá, entre otras cosas, la delimitación precisa del tema que aquí nos ha ocupado, difícil todavía de tratar, pero sometido a un impulso dinámico, cuya verdadera efectividad no tardaremos en comprobar.

Posibilidades contractuales de aumento del límite de responsabilidad del porteador, con especial referencia al art. 61.3.º LCTTM

Alberto Emparanza Sobejano

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)¹

Sumario: I. Planteamiento.—II. La limitación de la responsabilidad del porteador. 1. Origen y fundamento de la institución de la limitación de la responsabilidad del porteador. 2. Cuestión previa: la limitación de la responsabilidad como limitación de deuda resarcitoria. 3. Regulación actual de la limitación de responsabilidad del porteador en el contrato de transporte terrestre de mercancías: la fijación de su límite.—III. Supuestos de modificación convencional de la limitación de responsabilidad del porteador. 1. La declaración de valor. 2. La declaración de interés especial en la entrega.—IV. El supuesto específico de aumento de la limitación de responsabilidad del art. 61.3.º LCTTM. 1. Origen y sentido de la norma. 2. Requisitos de aplicación. 3. Efectos del acuerdo.—V. La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2020. 1. Supuesto examinado. 2. Razonamientos esgrimidos.—VI. Valoración general del régimen legal de limitación de responsabilidad: otras fórmulas de incrementar su importe. 1. Las modalidades de incremento del importe de la responsabilidad del porteador y la casuística imperante en la contratación del transporte terrestre. 2. Otras fórmulas contractuales de aumentar el límite máximo de responsabilidad del porteador. 2.1. Planteamiento. 2.2. La cobertura de los daños indirectos o consecuenciales. 2.3. La responsabilidad por perjuicios patrimoniales no causantes de daños a las mercancías: el ejemplo del § 433 HGB.

I. PLANTEAMIENTO

En este trabajo se pretende examinar el alcance del art. 61.3.º de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre (en

¹ Este trabajo se inscribe dentro de los resultados de las investigaciones realizadas en el Grupo de Investigación del Sistema Universitario Vasco (IT1146-16) financiado por el Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco del que quien suscribe es investigador principal.

adelante, LCTTM) en el que se prevé la posibilidad de que se acuerde el aumento del límite de indemnización del porteador contemplado en el art. 57.1.º LCTTM. Se trata de una modalidad poco estudiada, que ha permanecido «oculta» en la normativa reguladora del transporte, y que, recientemente, ha cobrado especial relieve por la STS de 12 de febrero de 2020 (Sala 1.ª) (ECLI: ES: TS: 2020: 335), en la que se pone de manifiesto el contenido y alcance de dicha disposición legal que, quizás, a partir de ahora, pueda desempeñar un papel relevante, porque permite ampliar la responsabilidad del porteador, cuando éste así lo estime conveniente, no aplicando la limitación de responsabilidad prevista en el art. 57.1.º LCTTM.

Para llevar a cabo esta indagación, se pretende recordar, en primer lugar, el fundamento de la institución de la limitación de la responsabilidad, cuya relevancia en el desarrollo del transporte resulta incuestionable (II). A continuación, se analizarán de forma sucinta la declaración de interés y la declaración de entrega (arts. 61.1.º-2.º LCTTM), los supuestos legales tradicionales que permiten modificar convencionalmente la aplicación del límite de responsabilidad del porteador (III), para delimitar adecuadamente su régimen aplicable. Posteriormente, se profundizará en el fondo del trabajo, examinando el supuesto específico de modificación convencional de responsabilidad contemplado en el art. 61.3.º LCTTM (IV), que ha sido aplicado recientemente por la STS del 12 de febrero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:335) sobre cuyo análisis nos detendremos en detalle (V), y que ha puesto de relieve la relevancia que reviste dicha específica modalidad de limitación de responsabilidad del porteador, cuya vigencia en el contrato de transporte requiere un cuidadoso estudio que sopesa su efectivo alcance y operatividad. Finalmente, el trabajo concluye con una valoración general sobre el régimen legal de la limitación de responsabilidad del porteador, y aprovechando las reflexiones vertidas sobre el particular, proponer algunas reformas con el objeto de adecuar la regulación vigente a las necesidades de los operadores en el ámbito del transporte terrestre de mercancías (VI).

II. LA LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR

1. Origen y fundamento de la institución de la limitación de la responsabilidad del porteador

La limitación de la responsabilidad del porteador es una institución de largo raigambre en el ámbito de la regulación del contrato de transporte de mercancías. El motivo de su existencia obedece principalmente a la necesidad de proteger los intereses de los porteadores. Como deudores de la prestación de transporte, los porteadores se comprometen a entregar incólumes las mercancías transportadas en el destino acordado. La obligación de cus-

todia inherente al contrato de transporte obliga al porteador a responder de las mercancías perdidas que no lleguen a destino, de las averías que puedan presentar las mercancías en el momento de su entrega e, incluso, del retraso con el que sean entregadas al destinatario. Y dicha responsabilidad abarcaría el resarcimiento del valor íntegro de los daños producidos en las mercancías, por su pérdida, avería o retraso en la entrega. En este sentido, si en el contrato de transporte se aplicase el régimen de responsabilidad del arrendamiento de obra (art. 1596 CC), categoría jurídica en la que se inserta el contrato de transporte, y el régimen general de las obligaciones aplicable a todo tipo de relaciones jurídicas, en el que su cumplimiento exige la indemnización de los daños y perjuicios causados (art. 1101 CC), el porteador respondería íntegramente de los daños causados por la deficiente ejecución del transporte.

Sin embargo, la aplicación al porteador del sistema general de responsabilidad ha sido históricamente rechazado. En un principio, en el régimen del contrato de transporte marítimo, medio pionero a la hora de establecer el límite de responsabilidad del porteador para mantener el necesario equilibrio de intereses entre las partes. Y posteriormente, en el resto de medios de transporte, conforme fueron gestándose sus respectivas regulaciones. La implantación de dicho régimen de responsabilidad limitada del porteador ha respondido, en suma, a diferentes fundamentos todavía hoy plenamente presentes²:

- a) En primer lugar, a los riesgos inherentes a la actividad de transporte. En el ámbito marítimo, se entendió que los peligros del mar hacían de la navegación y, por ende, del transporte de mercancías una actividad sumamente arriesgada sobre la que se cernían riesgos de gran magnitud que impedían frecuentemente su correcto desarrollo y su exitosa culminación. Estas circunstancias provocaron que los navieros limitaran de forma significativa su responsabilidad por los daños causados en las mercancías durante la travesía, al considerar que, como eran muy elevadas las probabilidades de que se produjeran incidencias en el mar que afectaran negativamente a las mercancías, debía establecerse un sistema que exonerara al porteador de los daños causados por circunstancias ajenas a su órbita de control

² Para una visión general del instituto de la limitación de responsabilidad del porteador, consúltese, en la literatura clásica en este ámbito BASEDOW, *Der Transportvertrag*, Tübingen 1987, p. 463 ss que realiza una cuidada exposición de los fundamentos históricos y económicos de dicha institución. En la actualidad, ha llevado a cabo una detallada exposición de esta institución en el ámbito de la regulación del contrato de transporte internacional de mercancías por carretera, MARTÍNEZ SANZ, *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera CMR*, Granada 2002, p. 325 ss; de igual forma, en el ámbito de la normativa reguladora del contrato de transporte marítimo, *vid.*, ESCUIN IBAÑEZ, *La limitación de la deuda indemnizatoria del porteador marítimo*, Granada 2006, *passim*.

- y, en el caso de ser declarados responsables, de limitar su responsabilidad³.
- b) En segundo lugar, a la necesidad de lograr un cierto equilibrio entre los intereses concurrentes existentes en el transporte. Desde una óptica puramente contractual, el porteador, como mero deudor de una prestación de entrega de las mercancías al destinatario, responde de forma rigurosa de los daños causados a las mercancías durante el transporte, conforme a una configuración cuasi objetiva, y solo queda exonerado de dicha responsabilidad cuando los daños se produzcan fuera de su ámbito de control. Por ello, no es de extrañar que para compensar dicha exigente responsabilidad responda de manera limitada de tales perjuicios, a fin de que la regulación del contrato de transporte resulte más equilibrada entre las partes.
 - c) En tercer lugar, a la propia racionalidad económica del contrato. Desde una óptica estrictamente económica, no parece razonable que el porteador deba responder por el importe íntegro del valor de los daños causados a dichas mercancías, cuando la percepción que recibe por llevar a cabo dicho desplazamiento es la misma, independientemente del valor de las mercancías transportadas, y, además, resulta escasa en proporción al importe de los daños a los que debe hacer frente, dependiendo del elevado valor que ostenten las mercancías. Por eso, la aplicación de la limitación de la responsabilidad del porteador se erige en un firme contrapeso a la importante diferencia de valor existente entre el porte percibido y los posibles daños causados a las mercancías en el transporte⁴.
 - d) En cuarto lugar, también obedece a razones de índole operativo. A menudo, los porteadores ignoran el valor de la mercancía que transportan, ya que no resulta obligatorio que los cargadores se lo indiquen. Únicamente deben conocer el tipo de cuidados que la mercancía requiere para que el transporte se pueda desarrollar correctamente. Por eso, no parece justificable que el porteador deba responder de los daños causados a las mercancías de forma íntegra, de acuerdo a su valor, cuando lo ignora y carece, por tanto, de los datos necesarios para poder asegurarla debidamente o, en su caso, rehusar su envío, si su valor resultara especialmente alto⁵. Eso explica también que se haya

³ Efectúa un amplio recorrido sobre estas cuestiones, SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de transporte marítimo de mercancías. Reglas de La Haya-Visby, Hamburgo y Rotterdam*, 2.ª ed. Cizur Menor 2010, p. 43 ss.

⁴ Y finalmente, también favorece la reducción de sus costes de explotación, con el consiguiente abaratamiento para los usuarios que hacen uso de estos servicios (lo apunta acertadamente, SÁNCHEZ-GAMBORINO, *El contrato de transporte internacional*, p. 282).

⁵ Así lo pone de relieve KOLLER, *Transportecht. Kommentar zu Spedition, Gütertransport und Lagergeschäft*, 9. Aufl. München, 2016, art. 23 CMR, Rn. 1, 9, considerando que se protege así al porteador frente a reclamaciones económicamente inexigibles.

reconocido al porteador dicho derecho de limitación de responsabilidad con el objeto de mitigar esa falta de información y uniformizar a priori el importe de su responsabilidad con arreglo a parámetros objetivos, como es el peso de las mercancías perdidas o averiadas.

- e) Finalmente, también responde a la conveniencia, por razones de organización empresarial, de delimitar por anticipado el importe de la responsabilidad máxima del porteador. A través del instituto de la limitación de responsabilidad, el porteador puede calcular de antemano el importe máximo de la responsabilidad que debe soportar en caso de que el envío de las mercancías no llegue a destino o, sufra importantes desperfectos durante la ejecución del transporte. De esta forma, el porteador puede concertar un contrato de seguro que cubra los daños que sufran las mercancías durante su transporte, al conocer de antemano el importe máximo de su responsabilidad mediante la aplicación del instituto de la limitación de responsabilidad, y hacer económicamente previsible la actividad empresarial del transporte⁶.

Todas estas razones explican suficientemente que la limitación de responsabilidad del porteador siga constituyendo hoy en día uno de los ejes principales de la regulación del contrato de transporte de mercancías. Además de su utilidad funcional, que se encuentra fuera de toda duda, esta institución aporta indudables dosis de seguridad jurídica a la regulación de los transportes, al determinar de antemano el alcance cuantitativo de la responsabilidad del porteador. De este modo, gracias a la aplicación de este instituto, se conoce antes de la celebración de un contrato de transporte de mercancías el alcance máximo de la responsabilidad del porteador, dato de extraordinaria relevancia para los propios operadores, para el mercado del transporte y para los usuarios que necesitan de tales servicios, a la hora de calcular los costes y riesgos que la realización de los envíos puede conllevar.

2. Cuestión previa: la limitación de la responsabilidad como limitación de deuda resarcitoria

La aplicación de la limitación de responsabilidad al porteador requiere lógicamente, en primer lugar, que él sea el responsable de los daños causados a las mercancías durante el transporte, bien porque así se ha declarado judicial o arbitralmente, bien porque él lo ha reconocido. Y, a continuación, una vez que se haya cuantificado el alcance de dichos daños, resultarán de aplicación las reglas de limitación de responsabilidad que permitirán determinar el importe de la indemnización que el porteador tiene que abonar al

⁶ Así lo destaca SÁNCHEZ-GAMBORINO, *El contrato de transporte internacional*. CMR, Madrid 2020, p. 279 ss.

perjudicado por dicha actuación, que, o bien coincidirá con el importe de tales daños y perjuicios, si el importe es inferior a la suma resultante de aplicar la limitación de responsabilidad correspondiente, o bien será precisamente el importe aplicable por dicha limitación, si el montante de los daños lo supera.

En la regulación del transporte de mercancías, como a continuación se podrá observar, la responsabilidad del porteador se circunscribe a los daños directamente producidos sobre las mercancías transportadas, con la peculiaridad de que no responde íntegramente de los perjuicios causados a las mercancías transportadas, sino que el resarcimiento se limita cuantitativamente. No se trata, por tanto, de una limitación de responsabilidad, sino de una limitación de deuda resarcitoria, lo que tiene una significación bien distinta. Así, mientras la limitación de deuda resarcitoria afecta a terceros, que puedan invocar dicha reclamación en sustitución del porteador, como, por ejemplo, los aseguradores, quienes podrán, por tanto, valerse de estos límites, la limitación de la responsabilidad es una institución que sólo se aplica al beneficiario que la recibe. En este sentido, a la hora de aplicar este límite de deuda resarcitoria resulta irrelevante que la contraparte del porteador conozca o no la existencia de dicha limitación en la regulación del contrato de transporte para que le resulte aplicable. La parte perjudicada no podrá alegar la ignorancia de dicha limitación para reclamar al porteador la reparación íntegra del daño. La limitación de la deuda resarcitoria del porteador resulta, en suma, aplicable con independencia de que sea o no conocida por los intervinientes del contrato de transporte.

3. Regulación actual de la limitación de responsabilidad del porteador en el contrato de transporte terrestre de mercancías: la fijación de su límite

Las regulaciones internacionales y nacionales del contrato de transporte terrestre de mercancías consagran expresamente el sistema de limitación de responsabilidad del porteador por los daños en los que haya incurrido durante la realización del transporte. Así, en el transporte internacional de mercancías por carretera el art. 23.3.º CMR establece que la indemnización que deberá abonar el porteador no podrá exceder de 8,33 Unidades de Cuenta por kilogramo de peso bruto que falte, esto es, Derechos Especiales de Giro (*ex* art. 23.7.º CMR), que, con la cotización actual, da como resultado un importe de 10,5 € por kg, cuantía que, en el caso de la responsabilidad por retraso, se limita a una indemnización que no podrá exceder del precio del porte (art. 23.5.º CMR)⁷. Por su parte, en el transporte internacional

⁷ Sobre estas cuestiones, *in extenso*, MARTÍNEZ SANZ, *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional*, p. 359 ss.

de mercancías por ferrocarril, en las Reglas Uniformes relativas al contrato de transporte internacional por ferrocarril de mercancías (CIM-Apéndice B del Convenio) del Protocolo de 3 de junio de 1999 por el que se modifica el Convenio relativo a los Transportes Internacionales por Ferrocarril (COTIF) (en adelante, COTIF-CIM), el art. 30.2.º declara que la indemnización no podrá exceder de 17 de unidades de cuenta por kilogramo de peso bruto que falte (21,35 €/kg), mientras que si se produjera un daño, por rebasar el plazo de entrega, el porteador deberá pagar una indemnización que no podrá exceder del cuádruplo del precio del transporte (art. 33.1.º COTIF-CIM)⁸.

En el transporte nacional, la Ley 15/2009 de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías (en adelante LCTTM) unifica bajo un mismo régimen legal la regulación de los contratos de transporte terrestre de mercancías, sin diferenciar si se llevan a cabo por carretera o por ferrocarril. Pues bien, en su art. 57 se establece que la indemnización por pérdida o avería no podrá exceder del tercio del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples/día (en adelante IPREM) por cada kilogramo de peso bruto de la mercancía perdida o averiada. No se tomó como criterio de referencia los Derechos Especiales de Giro consagrado en el CMR, sino que se optó por la referencia al IPREM, que es un indicador utilizado para cuantificar el importe de ciertas percepciones genéricas. Esta referencia, que se actualiza anualmente en la Ley de Presupuestos, se encuentra fijada en la actualidad en los 17,93 € por día, con lo que, si se establece un tercio de la misma como límite de responsabilidad del porteador, ello da como resultado que hoy en día la limitación de la responsabilidad del porteador terrestre asciende a 5,97 € por kilo de mercancía averiada o perdida, cuantía que, además, es objeto de revalorización anual, conforme se vaya incrementando la cuantía del IPREM por vía de la ley presupuestaria.

La fijación del límite de responsabilidad ha sido tradicionalmente uno de los aspectos que más ha preocupado al sector de los porteadores. La consagración de este nuevo límite de responsabilidad trajo consigo un indudable incremento con respecto a la situación anterior (4,5 €/kg en virtud del derogado art. 23 LOTT), lo que generó una intensa controversia entre los operadores de transporte al entender que encarecía notablemente sus costes de explotación. Es aquí donde merece la pena hacer una breve reflexión sobre la relevancia que juega el límite de responsabilidad del porteador en el mercado del transporte terrestre. Así, por mucho que desde una perspectiva teórica, se recomienda que los transportes aseguren su actividad a través de seguros de responsabilidad civil ceñidos al importe que resulte de la aplicación

⁸ Sobre estas cuestiones, *in extenso*, ESCUIN, «Valoración del daño y de la suma indemnizatoria la limitación de responsabilidad del porteador ferroviario», *El contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril* (dir. Emparanza/Recalde), Cizur Menor 2008, p. 261 ss.

del correspondiente límite de responsabilidad, en la práctica los porteadores normalmente suscriben seguros de daños, aduciendo que así se presta un servicio complementario al cliente⁹. Pues bien, esto significa que cuando el porteador asegura la mercancía en tales condiciones, normalmente lo hace por todo su valor, con independencia de los límites de responsabilidad. Al porteador en estos casos, le resulta irrelevante el límite de responsabilidad al que esté sometido el transporte, porque la cobertura es total.

Ciertamente la escasa repercusión que el aumento del límite de responsabilidad tiene sobre el porteador obedece a que esta política aseguradora no sea la más acertada porque, resultando más favorable para el cliente, el porteador asume el coste de un seguro muy superior a la responsabilidad que soporta, ya que está suscribiendo un seguro por conceptos y cuantías más elevadas de las que realmente debería. Por eso es por lo que, en la práctica, un incremento de la responsabilidad del porteador no depararía necesariamente efectos especialmente negativos cuando el porteador haya asegurado las mercancías bajo una modalidad de seguro de daños, ya que los perjuicios sufridos que dichas mercancías pudieran sufrir siempre se hallarían cubiertos por el seguro¹⁰.

III. SUPUESTOS DE MODIFICACIÓN CONVENCIONAL DE LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL PORTEADOR

1. La declaración de valor

La primera excepción al régimen de responsabilidad limitada del porteador se consagra en el art. 61.1.º LCTTM, a través de la denominada cláusula de declaración de valor, en cuya virtud se establece de forma convencional

⁹ Para un estudio en profundidad sobre estas interesantes cuestiones nos remitimos a PULIDO BEGINES, *Seguro de mercancías y seguro de responsabilidad civil del porteador terrestre*, Barcelona 2001, *passim*, y a RUIZ SOROA, «La responsabilidad del porteador y el seguro en el transporte terrestre», *Revista de Derecho Mercantil* 242 (2001), p. 1989 ss; también se han hecho eco de este debate más recientemente, SIERRA NOGUERO, «La naturaleza jurídica del seguro de transporte terrestre de mercancías contratado por un porteador», *Revista Española de Seguros* 137 (2009), p. 137 ss; también, BOQUERA, «El seguro de transporte de mercancías por carretera: ¿Asegura los daños de las mercancías o la responsabilidad del porteador?», *Seguros de transporte terrestre de mercancías. Situación actual y perspectivas de futuro* (coord. Emparanza/Martín Osante), Madrid 2013, p. 45 ss.

¹⁰ El debate, por tanto, no tendría que haber adquirido tintes tan dramáticos porque los operadores del transporte, ya están sometidas a ese nuevo límite de responsabilidad en sus transportes internacionales; además, suscribiendo el tipo de cobertura aseguradora que hacen habitualmente, cualquier incremento del límite no va a tener impacto alguno sobre la prima a pagar. A esta conclusión también llega RUIZ SOROA, «La responsabilidad del porteador y el seguro en el transporte terrestre», *cit.*, p. 1999 ss, amparándose a su vez en las experiencias existentes en otros sectores del transporte.

una cifra que sustituye, por voluntad de las partes, la aplicación del régimen de responsabilidad limitada previsto en art. 57.1.º LCTTM. Su función, por tanto, tiene como objeto sustituir el límite de deuda resarcitoria aplicable genéricamente en los casos de pérdida o avería de la mercancía, por el valor de las mercancías, manteniéndose en todo lo restante el régimen de responsabilidad del porteador. Normalmente se utiliza para los supuestos en que el valor de las mercancías se revela especialmente elevado y la aplicación del límite de responsabilidad del porteador resulta insuficiente para cubrir los potenciales daños a los que este último debe hacer frente, en caso de que la mercancía se pierda o deteriore.

Para evitar esta situación, se ofrece al cargador la posibilidad de asegurar la mercancía, o de, a través de dicho art. 61.1.º LCTTM, pactar una declaración de valor que, en principio, coincidirá con su valor real¹¹. Ahora bien, esta declaración de valor actúa como tope resarcitorio, no como parámetro de cálculo de las indemnizaciones, en la medida en que el importe del resarcimiento seguirá siendo el resultado de aplicar las reglas de cuantificación previstas en los arts. 52 y 53 LCTTM¹².

De igual forma que el art. 24 CMR, el régimen previsto en el art. 61.1.º LCTTM concibe la declaración de valor como el resultado de un acuerdo de voluntades entre el cargador y el porteador. Por lo tanto, si ambas partes no están conformes con dicha forma de proceder, su formulación unilateral por el cargador no desplegará ningún tipo de efecto. Para que no haya dudas de la existencia de tal pacto, se exige que la declaración de valor conste expresamente en la carta de porte (art. 61.1.º LCTTM), confirmando la exigencia prevista a tal efecto en el art. 10.1.º m) LCTTM, en el que se requiere su inclusión en la carta de porte cuando así se haya pactado, aun cuando de forma incorrecta se contempla en el art. 10.2.º LCTTM como cláusula potestativa.

Además del pacto expreso entre las partes materializado en la carta de porte, se exige que la declaración de valor vaya acompañada de un suplemento del precio del transporte que determinará el porteador con el fin de compensar el incremento de su responsabilidad a consecuencia de la aceptación de la declaración de valor. Ahora bien, dicha previsión no ha de entenderse como un presupuesto de validez en sentido estricto, porque el porteador no tiene la obligación de percibir dicho sobreporte si acepta la declaración de valor, sino que propiamente goza del derecho a reclamarlo, que podrá tradu-

¹¹ Aunque se ha defendido que nada impide que, incluso, pueda ser superior (así MARTÍNEZ SANZ, «Artículo 61. Declaración de valor y de interés especial en la entrega», *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre* (dir. Duque/Martínez Sanz), Cizur Menor 2010, p. 719).

¹² Lo pone de relieve, acertadamente, ESCUIN IBÁÑEZ, «La indemnización del porteador responsable: cuantía y límite de responsabilidad», *Revista de Derecho del Transporte* 6 (2010), p. 280-281.

cirse en dicho incremento del precio, solo si lo juzga conveniente. La naturaleza contractual de la declaración del valor es la que soporta el aumento de responsabilidad que dicha declaración conlleva, ya que el porteador siempre tendrá a su alcance la posibilidad de aceptar o rechazar dicho pacto, con el consiguiente incremento del riesgo que implica, con independencia de que efectivamente proceda a elevar o no el porte¹³.

2. La declaración de interés especial en la entrega

La declaración de interés en la entrega también es una modalidad legal de modificación convencional del límite de responsabilidad del porteador, si bien, a diferencia de la declaración de valor, puede desempeñar diferentes funciones, ya que no sólo se puede utilizar para los supuestos de pérdida o avería de la mercancía, sino también para los casos en que sea entregada al destinatario con retraso. En cualquier caso, su mayor diferencia reside en su naturaleza polivalente a la hora de precisar los daños resarcibles, al incorporar dentro de esta categoría no solo los daños por las pérdidas o averías causados a las mercancías, sino también por la entrega con retraso e, incluso, el lucro cesante generado por dichas incidencias negativas. Por lo tanto, la declaración de interés especial en la entrega representa una fórmula contractual que permite incrementar la limitación de responsabilidad del porteador, no sólo desde una perspectiva cuantitativa, con respecto a lo previsto en el art. 57.1.º LCTTM, sino también cuantitativa, con respecto a lo previsto en los arts. 52 y 53 LCTTM, que puede dar como resultado que el perjuicio derivado de los daños en la mercancía pueda ser superior a su valor.

La declaración de interés especial en la entrega, de igual forma que la declaración de valor, deberá ser el resultado de un acuerdo suscrito a tal respecto entre el cargador y el porteador, aun cuando el art. 61.2.º LCTTM se configure aparentemente como una facultad unilateral del cargador. Para que despliegue todos sus efectos, dicho acuerdo deberá ser incluido en la carta de porte. Sin embargo, no parece necesario que se pacte un suplemento de porte adicional, porque la existencia del pacto sobre interés especial en la entrega resulta válida, aunque no conlleve el pago al porteador de suplemento alguno, siempre que el porteador esté de acuerdo en asumirlo libremente. En cualquier caso, lo que sí convendrá es que se especifiquen los incumplimientos contractuales que lleven aparejados algún tipo de indemnización con base en el interés especial en la entrega, aun con ánimo explicativo, pese a que no constituyan requisito necesario para la aplicación de la cláusula, ya que de

¹³ En este sentido, MARTINEZ SANZ, «Artículo 61. Declaración de valor y de interés especial en la entrega», *cit.*, p. 722.

esta forma resultará patente sobre qué circunstancias despliega su eficacia dicha cláusula.

En relación con la responsabilidad por pérdidas o averías, los efectos de la declaración de interés especial revisten una naturaleza complementaria al régimen de responsabilidad del porteador, ya que permiten «reclamar, con independencia de la indemnización ordinaria, el resarcimiento de los perjuicios que pruebe el titular de las mercancías hasta el importe del interés especial declarado» (art. 61.2.º *in fine* LCTTM). A diferencia de la declaración de valor, que sustituye la aplicación del límite de responsabilidad previsto en el art. 57 LCTTM, la declaración de interés especial en la entrega, complementa a dicho régimen legal, tanto en la cuantía como, sobre todo, en la naturaleza del perjuicio. En este sentido, permite que se pueda reclamar una indemnización por los daños comerciales o indirectos que haya podido causar cuando las mercancías se hayan perdido o se hayan entregado con desperfectos, pudiendo abarcar el lucro cesante por la pérdida del mercado, o, incluso los daños morales cuando se haya pactado expresamente en una cláusula de este tenor. Ahora bien, para que dichos perjuicios puedan ser reclamados, se exige que sean debidamente probados, por lo que no revisten en modo alguno la naturaleza de una cláusula penal, ya que el montante acordado constituirá el máximo a satisfacer con base en los incumplimientos contractuales contemplados, pero únicamente será resarcible el daño que se consiga acreditar debidamente¹⁴.

Sin embargo, en los supuestos de retraso en la entrega de las mercancías, la cláusula de interés especial en la entrega persigue modificar el límite de la deuda resarcitoria aplicable a los supuestos de retraso en la entrega contemplados en el art. 57.2.º LCTTM. La función, por tanto, no sería complementaria, sino sustitutoria del régimen de responsabilidad limitada, de modo similar a la que cumple la declaración de valor. Habrán de ser daños que deberá acreditar el reclamante sin que revistan, por tanto, naturaleza de cláusula penal. Para su aplicación, será lógico que, junto con la declaración de interés en la entrega, se pacte expresamente un plazo para la entrega en destino, ya que no tendría sentido una declaración de semejante tenor si no estuviera expresamente fijada la fecha de la entrega (así, art. 26.1.º *in fine* CMR)¹⁵.

¹⁴ Otra cosa distinta es que, en los contratos de transporte terrestre de mercancías sometidos a la LCTTM, se puedan incluir cláusulas penales, ya que en la normativa legal reguladora no se formula ninguna prohibición de semejante tenor y podría ser compatible con las posibilidades que ofrece el art. 61 LCTTM.

¹⁵ *Vid.* no obstante, MARTINEZ SANZ, «Artículo 61. Declaración de valor y de interés especial en la entrega», *cit.*, p. 726-727, quien defiende la posibilidad de prever una declaración de interés especial en la entrega, aunque no se haya pactado plazo de entrega, aun reconociendo que ello complicará su determinación, ya que previamente habrá que concretar cuándo existe retraso en la entrega, y, en su caso, precisar si entonces se puede aplicar también la cláusula.

IV. EL SUPUESTO ESPECÍFICO DE AUMENTO DE LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ART. 61.3.º LCTTM

1. Origen y sentido de la norma

El art. 61.3.º LCTTM constituye un norma novedosa en el panorama interno, carente de precedentes específicos en la regulación internacional del transporte de mercancías por carretera (CMR) o por ferrocarril (COTIF-CIM). Este precepto encuentra su origen en la regulación de los contratos de transporte marítimo de mercancías, en la que, desde hace tiempo se incluyó la posibilidad de que el porteador pudiera asumir una responsabilidad superior a la limitación prevista en su normativa reguladora¹⁶. Dicha posibilidad se vio como algo no solamente factible, sino claramente positivo, porque permitía reforzar la posición de los usuarios del transporte en un ámbito como el marítimo, en el que no había resultado fácil alumbrar una normativa que regulara de forma imperativa la responsabilidad del porteador marítimo¹⁷. En este sentido, cualquier atisbo de que por vía contractual se incrementara la responsabilidad del porteador marítimo, se veía con buenos ojos, porque, pese a lo improbable de dicha forma de proceder, implicaba, siquiera implícitamente, la asunción por parte de los porteadores marítimos de un mayor compromiso en el buen resultado de sus envíos.

Pues bien, a través de este precepto, el legislador acuña una específica modalidad de aumento de la responsabilidad del porteador a través de una fórmula aparentemente sencilla, como es el mero acuerdo entre las partes contratantes, consistente en incrementar el límite de indemnización previsto en el art. 57.1.º LCTTM, al margen de los supuestos de declaración de valor o de declaración de interés en el entrega. Con este singular tratamiento se pretende que las partes del contrato de transporte terrestre de mercancías, pese a estar regidos por una regulación imperativa en materia de responsabilidad (art. 46 LCTTM), puedan incrementar, siempre de común acuerdo, el alcance de la responsabilidad del porteador más allá del límite consagrado en el art. 57 LCTTM. Dicho incremento, sin embargo, no se vincula necesariamente al valor de la mercancía (art. 61.1.º LCTTM), ni a los daños que

¹⁶ Vid. así, el art. 5.1.º Convenio de Bruselas (Convenio para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque de 25 de agosto de 1924) en el que se establece expresamente que «[E]l porteador podrá renunciar o incrementar las obligaciones que le correspondan, (...) con tal de que dicho incremento se inserte en el conocimiento de embarque entregado al porteador». De igual forma se contempla en el art. 6.4.º de las Reglas de Hamburgo (Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías de 1978), en el que se declara que [E]l porteador y el cargador podrán pactar límites de responsabilidad superiores a los establecidos en el párrafo 1.º ».

¹⁷ Sobre estas cuestiones, *vid.* EMPARANZA, «La responsabilidad del porteador marítimo», *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima* (dir. Emparanza/Martín Osante), Madrid 2015, p. 381

directa o indirectamente han causado los incumplimientos del porteador (art. 61.2.º LCTTM), sino que se acuerda de manera independiente, sin referencia a los perjuicios causados. De este modo, su plasmación resulta más sencilla, exenta de muchas de las exigencias previstas para otro tipo de fórmulas convencionales dirigidas a incrementar la responsabilidad del porteador, siempre que el porteador acepte expresa y libremente dicho compromiso reforzado¹⁸.

2. Requisitos de aplicación

La peculiaridad de esta fórmula reside en que su vigencia exige únicamente que concurra un acuerdo entre las partes en cuya virtud acepten, especialmente, el porteador, el incremento de su límite de responsabilidad. En principio, por tanto, para su aplicabilidad no se requiere que dicho pacto se haga constar en la carta de porte, si bien es cierto que, por razones probatorias, deberá poderse acreditar su existencia a través del documento contractual correspondiente. En principio, el acuerdo por el que se eleve el límite de responsabilidad del porteador será adoptado a través de un pacto individual. Sin embargo, tampoco hay inconveniente en que se materialice a través de condiciones generales, previamente incorporadas en la carta de porte o, en el correspondiente documento contractual, ya que el incremento de la responsabilidad del porteador conlleva para el adherente un régimen más beneficioso (art. 3 *in fine* LCTTM)¹⁹.

Ahora bien, como consecuencia del dicho acuerdo, el porteador tendrá derecho a reclamar, de conformidad con el cargador, un suplemento del porte. La percepción de dicho suplemento por el porteador no constituye, sin embargo, un requisito imprescindible para que dicho pacto despliegue todos sus efectos. El art. 61.3.º *in fine* LCTTM especifica que «[E]l acuerdo dará

¹⁸ Dicha sencillez se advierte en que sus exigencias son de menor relieve, como se va a exponer a continuación, además de que el propio precepto se inicia con una expresa declaración de principios («[S]in perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores (...)»), con la que se pone de relieve que el régimen jurídico de la declaración de valor y de la declaración de interés no resultan aplicables al supuesto del art. 61.3.º LCTTM que se rige exclusivamente por su propio tenor literal.

¹⁹ Cfr. en el derecho alemán, en cuyo § 449 II HGB se admite de igual modo que la indemnización del porteador por pérdida o deterioro de la mercancía puede limitarse a un importe diferente al previsto en el § 431 HGB (= art. 57 LCTTM), mediante condiciones generales, siempre que el importe fijado se sitúe entre 2 y 40 Unidades de Cuenta o resulte más favorable para el adherente que el previsto en el § 431 HGB (sobre ello, vid. KOLLER, *Transportrecht* § 449 HGB Rn. 66-67; para un análisis breve de estas cuestiones, en comparación con nuestro ordenamiento, vid. EMPARANZA, «El alcance normativo de la proyectada regulación del contrato de transporte terrestre», *Aspectos jurídicos y económicos del transporte: hacia un transporte más seguro, sostenible y eficiente* (dir. Martínez Sanz/Petit Lavall), Vol. 1. Valencia 2007, p. 206-207).

derecho al porteador a reclamar un suplemento del porte (...)», pero ello no quiere decir que necesariamente lo haya de recibir y, ni siquiera de reclamar. Es perfectamente factible que el porteador renuncie expresamente a dicho suplemento o que, aun sin renunciar a él, no lo reclame, y el acuerdo de incremento del porte será, en cualquier caso, válido a todos los efectos²⁰. Es cierto que el precepto pretende que, a cambio de aceptar un incremento de su límite de responsabilidad, el porteador tenga derecho a exigir de la otra parte un sobreporte, aunque nada le obligue a tener que ejercitar dicha reclamación, ni a que el cargador tenga que acreditar que el porteador lo ha percibido para que resulte aplicable dicho precepto²¹.

3. Efectos del acuerdo

El efecto principal del acuerdo de incremento del límite de la deuda resarcitoria del porteador es la sustitución del régimen de limitación de responsabilidad consagrado en el art. 57.1.º LCTTM, por el que pacten las partes. Ahora bien, dicha sustitución no altera el régimen de responsabilidad del porteador en todos los demás aspectos, que resultarán plenamente aplicables, aunque se haya acordado dicho incremento. Así, permanecen totalmente vigentes, a pesar de que la limitación de la deuda resarcitoria del porteador se haya incrementado en virtud del art. 61.3.º LCTTM, el régimen de las causas de exoneración de responsabilidad (arts. 48 y 49 LCTTM), el de la formulación de reservas (art. 60 LCTTM) o el plazo de prescripción y las condiciones para ejercitar las acciones de reclamación (art. 79 LCTTM)²².

No obstante, dentro de dicho acuerdo de aumento de limitación de la responsabilidad del porteador, pueden precisarse cuáles son los incumplimientos concretos que llevan aparejado el incremento de la responsabilidad, ya que no tienen que ser necesariamente todos ellos, sino aquellos que, por las

²⁰ Ciertamente dicho incremento de responsabilidad puede ser producto de una negociación con el cliente, que propicie, por las razones que sea, una mayor exposición del porteador a los riesgos inherentes del transporte. Pero también puede responder a una específica política comercial dirigida a captar nueva clientela mediante una oferta de servicios con mayores garantías que el resto de competidores (apunta acertadamente este interesante matiz, MARTINEZ SANZ, «Artículo 61. Declaración de valor y de interés especial en la entrega», *cit.*, p. 727-728).

²¹ En este sentido se manifiesta asimismo MARTINEZ SANZ, «Artículo 61. Declaración de valor y de interés especial en la entrega», *cit.*, p. 728.

²² También el art. 6 LCTTM, de tal suerte que el porteador que hubiera pactado dicho incremento de su responsabilidad, deberá hacer frente a dicho compromiso, con independencia de que hubiera contratado a un porteador efectivo para llevar a cabo dicho envío e, incluso, hubiera sido este último el causante directo de los daños sobre las mercancías desencadenantes del pago de la indemnización incrementada por el aumento de la limitación de responsabilidad.

razones que sean, las partes han decidido que merecen dicho incremento de responsabilidad. Así, el pacto por el que se aumente la responsabilidad podrá centrarse específicamente en los supuestos en que dicha imputación al porteador viene causada por la existencia de pérdida o averías en las mercancías, o bien, exclusivamente en aquellos daños producidos por su retraso en la entrega. Pero nada impide que finalmente el incremento de la responsabilidad se aplique de manera generalizada cualquiera que haya sido el tipo de incumplimiento en el que haya incurrido el porteador.

Finalmente debe también analizarse si el incremento de la limitación de la deuda resarcitoria pactada por las partes, se debe satisfacer por el porteador, una vez que se produzca el incumplimiento, o es necesario que el reclamante acredite la existencia y alcance del daño desencadenante de la consiguiente indemnización. En principio, el texto del precepto no establece expresamente que para que la indemnización pueda ser satisfecha los daños sean acreditados. Dicha prueba resulta necesaria en el supuesto de la declaración de valor (art. 61.1.º LCTTM), por la propia naturaleza indemnizatoria que reviste, y en la declaración del interés especial en la entrega (art. 61.2.º LCTTM), por el propio inciso final del precepto en el que se requiere expresamente que el resarcimiento sólo podrá reclamarse por los perjuicios que acredite el titular de las mercancías. Sin embargo, el silencio del art. 61.3.º LCTTM no despeja el interrogante porque no precisa efectivamente si el reclamante tiene o no que demostrar los perjuicios que ha sufrido para que se aplique el acuerdo indemnizatorio. En cualquier caso, en consonancia con el régimen general de responsabilidad limitada del porteador del art. 57.1.º LCTTM al que se remite expresamente el art. 61.3.º LCTTM, ha de entenderse que la reclamación con base en dicha cláusula deberá ir acompañada de pruebas que acrediten los perjuicios causados para que pueda activarse dicho incremento de responsabilidad²³.

V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE FEBRERO DE 2020

1. Supuesto examinado

La sentencia en cuestión versa un contrato de transporte por carretera de aerogeneradores, en cuya cláusula quinta se pactó:

«[E]l proveedor (rectius, transportista) garantiza al cargador que los servicios se prestarán conforme a la normativa vigente (...) y le indemni-

²³ En este mismo sentido se pronuncia MARTINEZ SANZ, «Artículo 61. Declaración de valor y de interés especial en la entrega», *cit.*, p. 729.

zará de toda pérdida, responsabilidad económica, o multa derivada directamente de un incumplimiento de la normativa legal vigente por parte del personal del proveedor o por el personal de sus subcontratas que ejecuten los servicios. Asimismo, el proveedor será responsable de todas las pérdidas o daños que se produzcan en los bienes entregados por el cargador para su transporte (...).»

Durante la realización del transporte de una estructura metálica de 70 Tm, el camión con cabeza tractora y con doble remolque que lo llevaba, se salió de la calzada por exceso de velocidad y volcó, quedando la carga totalmente destruida. El cargador, que había contratado una póliza de seguro de daños para cualquier contingencia que la mercancía pudiera sufrir durante, el transporte, recibió de su compañía de seguros una indemnización de 698.847 €, a consecuencia de los daños sufridos por la destrucción del aerogenerador objeto del transporte. Una vez abonada dicha indemnización, la aseguradora se subrogó en la posición del cargador del asegurado y planteó una reclamación contra el porteador, reclamándole el pago de los perjuicios causados, materializados en la indemnización abonada al cargador. Entretanto, la compañía aseguradora del porteador alcanzó un acuerdo de transacción con la aseguradora reclamante, merced al cual, esta última recibió 300.000 € en concepto de indemnización. De este modo, la compañía de seguros del cargador, planteó una demanda judicial contra la empresa porteadora reclamando una indemnización de 398.847 € con sus intereses legales, al haber descontado los 300.000 €, percibidos en virtud del acuerdo transaccional con la aseguradora del transportista.

En primera instancia la sentencia estimó la demanda en parte, pero ante la falta de prueba efectiva sobre el importe económico del daño, los cifró en 300.000 €, que como ya habían sido recibidos por la demandante a través del acuerdo transaccional con la compañía aseguradora del transportista, motivó la desestimación de la demanda. En segunda instancia, sin embargo, el recurso de apelación fue estimado y se condenó al porteador a indemnizar a la compañía aseguradora del cargador por un importe de 398.847 €. Finalmente, el Tribunal Supremo se ha inclinado por estimar en parte el recurso de casación interpuesto por el porteador, condenándole a indemnizar a la aseguradora del cargador con una suma de 125.499,52 € más el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda, al entender inaplicable al caso el art. 61.3.º LCTTM y calcular el alcance de los daños, de conformidad con el límite de responsabilidad del art. 57 LCTTM, en 425.999,52 €. Así, una vez deducida la suma de 300.000 €, recibidos de la compañía aseguradora del porteador, la cuantía de los daños que el porteador debe abonar asciende a 125.499, 52 €.

2. Razonamientos esgrimidos

La sentencia despierta indudable interés porque es la primera que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo examina el alcance del art. 61.3.º LCTTM, disposición que ha pasado ciertamente desapercibida tanto en el panorama doctrinal como en la ámbito práctico. Por eso resulta tan interesante el análisis efectuado en esta sentencia, ya que puede ayudar a alumbrar el contenido del precepto y colmar ciertas lagunas interpretativas que el texto escondía. Además, y esto conviene destacarlo, puede ser de gran utilidad para promover este instrumento contractual, una vez que han quedado despejadas las dudas que su aplicación podía traer consigo.

La sentencia lleva a cabo un completo recorrido sobre la institución de la limitación de la responsabilidad del porteador terrestre, en el que defiende la conveniencia, desde una perspectiva de política jurídica, de preservar el derecho del porteador a limitar su deuda resarcitoria, con apoyo en los fundamentos jurídicos que tradicionalmente han sustentado su existencia²⁴. Pero, a su vez, confirma, desde una perspectiva *de lege lata*, que el porteador goza del derecho de limitación de su deuda resarcitoria (art. 57 LCTTM), como excepción al principio general del derecho civil, según el cual el deudor debe indemnizar el daño causado íntegramente (art. 1106 CC). Dicha limitación de la responsabilidad del porteador resulta aplicable por el carácter imperativo del régimen de responsabilidad del porteador (art. 46 LCTTM), al que están sujetos obligatoriamente este tipo de operadores cuando llevan a cabo sus envíos en un contrato de transporte terrestre.

Ahora bien, como recuerda la sentencia, este régimen de responsabilidad limitada puede ser excepcionado si se pacta una declaración de valor o una declaración de interés en la entrega, supuestos contemplados en el art. 61 LCTTM párrafos 1.º y 2.º, y que han sido objeto de una cuidada exposición en los FD 4.º y 5.º de la resolución judicial sobre la que estamos poniendo el foco de atención²⁵. En este sentido, diferencia acertadamente ambas modalidades contractuales, poniendo de relieve, por una parte, que la declaración de valor sustituye el sistema legal de limitación de la responsabilidad y actúa como tope resarcitorio, pero no como parámetro de cálculo de las indemnizaciones, que está específicamente consagrado en los arts. 52 y 53 LCTTM. Por otra parte, precisa que la declaración de interés no sustituye el régimen de la limitación de responsabilidad del porteador, sino que lo complementa, añadiendo a la indemnización ordinaria, resultado de cuantificar económicamente los daños directos causados a la mercancía, el resarcimiento de otros perjuicios que las partes han convenido y cuantificado

²⁴ *Vid., supra, in extenso* II.1.

²⁵ Y sobre cuyo contenido no es preciso extenderse, porque ya ha sido analizado en profundidad con anterioridad. *Vid. supra in extenso* III.

en el contrato para el supuesto de pérdida, avería o de retraso, por lo que el perjuicio en su conjunto puede ser mayor que el propio valor de las mercancías transportadas.

Pues bien, el supuesto contemplado en el art. 61.3.º LCTTM lo concibe como una modalidad de incrementar de manera contractual la limitación de responsabilidad del porteador que reviste sus propias características:

- a) Así, desde una perspectiva formal, la sentencia remarca el primer rasgo característico de su régimen consistente en que no se exige que el pacto en cuestión conste en la carta de porte al no preverse dicho requisito ni el propio art. 61.3.º LCTTM ni en el art. 10.1.º m) LCTTM, en el que se mencionan sólo la declaración de valor y la declaración de interés, por lo que debe entenderse, como ya se ha insistido anteriormente, que es perfectamente posible la existencia y validez de dicho acuerdo, sin necesidad de que conste en la carta de porte. Ahora bien, eso supone que deberá acreditarse a través de cualquier medio legítimo de prueba, pero sin que sea imprescindible su presencia en la carta de porte para que surta efectos sobre las partes.
- b) En segundo lugar, la sentencia considera, a nuestro entender erróneamente, que el art. 61.3.º LCTTM declara expresamente que el sobreporte constituye un requisito de validez de la cláusula de incremento de la responsabilidad del porteador, cuando lo que el art. 61.3.º LCTTM contempla es que la suscripción de dicho pacto «da derecho al porteador a reclamarlo», de igual forma que sucede en los supuestos de declaración de valor y de declaración de interés y, en los cuales, ya se ha insistido que la percepción de un porte suplementario no es estrictamente necesario para que dichas cláusulas surtan plenos efectos. Por eso, no resulta admisible la argumentación esgrimida por el Tribunal Supremo según la cual el pago de dicho sobreporte es un requisito necesario de validez de dicho pacto al afirmar que «(...) el aumento de responsabilidad (...) debe ir acompañado en todo caso de un aumento del precio a fin de no alterar la economía del contrato y no desnaturalizar el sentido de las excepciones a las limitaciones de responsabilidad» (FD 6.º *in fine*).

Ciertamente el pacto por el que se incrementa la responsabilidad del porteador no puede suponer un mayor riesgo del porteador en el contrato, sin que éste reciba a cambio ninguna contraprestación. Y, en la mayoría de los casos que se pacte un acuerdo de estas características, el porteador sólo lo asumirá si consigue incrementar significativamente el importe de su porte. Se trataría, por tanto, de un requisito típico, esto es, que concurre frecuentemente, pero no un requisito

conceptual, imprescindible para que el pacto resulte válido, porque no está previsto en el precepto. No hay que obviar que pueden concurrir circunstancias en las que el porteador no juzgue necesario reclamar ese sobreporte. Y, sobre todo, lo que resulta discutible es que el juzgador eleve a presupuesto de validez del pacto la concurrencia de un requisito, cuando la norma no lo exige expresamente, con el riesgo de que la existencia de este tipo de cláusula se ponga en tela de juicio, cuando no haya constancia de la percepción del sobreporte por el porteador. Conviene, en este sentido, recordar que la base de este tipo de cláusulas es estrictamente contractual, por lo que, si concurren válidamente los consentimientos de las partes aceptando las nuevas condiciones incorporadas en el contrato, dicho acuerdo es válido y surte plenos efectos, aunque la parte, en principio, perjudicada no haya percibido dicho sobre coste, incluso cuando lo hubiera contemplado en el contrato, pero no lo hubiera reclamado por las razones que fuere.

- c) En tercer lugar, la existencia de un pacto de esta naturaleza no exime al reclamante de la obligación de tener que acreditar el daño causado. Así, aunque se haya acordado una cláusula de aumento de la limitación de responsabilidad del porteador, es necesario demostrar que el reclamante ha sufrido daños y perjuicios, que son los que debe compensar el pago de la indemnización correspondiente. Dicho pacto, lo que hace es sustituir el límite previsto en el art. 57 LCTTM por el nuevo importe acordado, pero como señala expresamente la sentencia (FD 6.3.º), no la convierte en una responsabilidad ilimitada, ya que deberá constituir un aumento cuantificado y determinado, no resultando, por tanto, admisible el establecimiento de una responsabilidad absoluta e indefinida.

Esta última razón es la que explica que el Tribunal Supremo haya rechazado la validez de la cláusula contenida en el contrato de transporte por entender que no implica propiamente un aumento del límite indemnizatorio, sino que elimina cualquier limitación, haciendo responsable al porteador de todas las pérdidas o daños sufridos por las mercancías transportadas. En efecto, al no figurar una mención concreta del importe del aumento de responsabilidad que entraña la suscripción de dicha cláusula, el Alto Tribunal estima, acertadamente, que la cláusula en cuestión no encaja dentro del supuesto contemplado en el art. 63.1.º LCTTM, y que, por tanto, no despliega ningún tipo de efectos en el contrato. Por eso, se condena al porteador al pago de los daños causados, aplicando la correspondiente limitación de responsabilidad consagrada en el art. 57 LCTTM, en cuya virtud, ha quedado acreditado que, atendiendo al peso de la mercancía perdida, el importe de la indemnización ascendería a 425.999,52 €, tal y como expresamente reconoció el porteador en su contestación a la demanda y en

el recurso de casación, por lo que el importe final de la condena se fija en 125.499.52 €, una vez descontados los 300.000 € abonados por la aseguradora del porteador.

VI. VALORACIÓN GENERAL DEL RÉGIMEN LEGAL DE LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD: OTRAS FÓRMULAS DE INCREMENTAR SU IMPORTE

1. Las modalidades de incremento del importe de la responsabilidad del porteador y la casuística imperante en la contratación del transporte terrestre

La sentencia examinada debe valorarse muy favorablemente porque acierta a enmarcar adecuadamente en la regulación de la limitación de responsabilidad del porteador el problema planteado por la cláusula contenida en el contrato de transporte. Se adentra en una temática ciertamente desconocida y hace gala de un profundo conocimiento de la institución de la limitación de la responsabilidad del porteador y de las cláusulas que la pueden excepcionar. No obstante, incurre en algún exceso interpretativo elevando a requisito conceptual el suplemento del porte, cuando constituye un elemento típico de los contratos de transporte en los que el porteador aumenta su limitación de responsabilidad, pero sin cuya presencia también es válida la cláusula de incremento de la limitación de responsabilidad siempre que se acredite la existencia del acuerdo entre las partes.

En este sentido, a través de la sentencia se pone de manifiesto la existencia de una serie de cláusulas que están proliferando en el panorama del transporte terrestre de mercancías, concebidas no tanto para atribuir al porteador una responsabilidad más rigurosa, cuanto para abarcar parámetros de responsabilidad más acordes a las circunstancias en que se producen los perjuicios durante los envíos de mercancías, que, indudablemente, implican un incremento de la responsabilidad del porteador²⁶. La conclusión a la que llega la resolución judicial es plenamente correcta y congruente con arreglo a los parámetros normativos existentes en nuestro ordenamiento. En efecto, no son válidas las cláusulas que de forma genérica e indeterminada pretenden que

²⁶ Recuérdese a este respecto la cláusula 5.º del contrato de transporte enjuiciado:

«[E]l proveedor (rectius, transportista) garantiza al cargador que los servicios se prestarán conforme a la normativa vigente (...) y le indemnizará de toda pérdida, responsabilidad económica, o multa derivada directamente de un incumplimiento de la normativa legal vigente por parte del personal del proveedor o por el personal de sus subcontratas que ejecuten los servicios. Asimismo, el proveedor será responsable de todas las pérdidas o daños que se produzcan en los bienes entregados por el cargador para su transporte (...).»

el porteador se haga cargo de todas las pérdidas, gastos y multas que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones de transporte, porque el régimen de responsabilidad del porteador consagrado en la LCTTM se basa en la indemnización de daños causados por pérdidas o averías en las mercancías, o a consecuencia del retraso en su entrega (arts. 47.1.º, 52, 53 y 56 LCTTM).

Pero junto a este tipo de cláusulas están emergiendo otras que, de forma más sesgada, están tratando de establecer parámetros de responsabilidad distintos a los límites de responsabilidad previstos en el art. 57 LCTTM, que, además, esconden tras de sí, ciertos contenidos que desnaturalizan dichos supuestos incrementos de responsabilidad. Se tratan de cláusulas que fijan un importe máximo de responsabilidad, dejando al margen cualquier referencia a la limitación de responsabilidad aplicable. Y que, además, matizan esa aparente mayor responsabilidad, proclamando que el régimen de responsabilidad diseñado no se compadece con ninguno de los supuestos del art. 61 LCTTM. En definitiva, se conciben como cláusulas aparentemente innovadoras, cuyo encaje legal resulta, no obstante, ciertamente discutible. Como muestra de ello, cabe referirse, por ejemplo, a esta específica cláusula contractual incorporada por algunas compañías de transporte en sus condiciones generales con el siguiente tenor:

«Se presume que el valor de la mercancía transportada en el presente servicio es inferior a 1.000 €, salvo que el Cliente indique expresamente por escrito y antes del inicio del servicio de transporte correspondiente, que la mercancía transportada tiene un valor distinto. La indicación de valor de la mercancía contenida en esta cláusula así como la que en su caso realice el cliente, cumpliendo los mencionados requisitos, no constituirán en ningún caso una declaración de valor de la mercancía ni una declaración de interés especial en la entrega en el sentido previsto en la normativa vigente, ni conforman de ningún modo un acuerdo entre las partes por el que se aumente el límite de responsabilidad del transportista a la suma indicada en esta cláusula o a la indicada por el cliente por escrito y antes del inicio del servicio de transporte correspondiente.

«No obstante, en caso de que se produzca —por causa justificada y debidamente demostrada— la pérdida del beneficio de limitación de responsabilidad del transportista, el valor de la mercancía que resulte de la aplicación de la presente cláusula será el que se tome como referencia para cuantificar la indemnización que deba abonar el transportista.»

Pues bien, debe entenderse que dicha cláusula contractual no es válida, porque consagra un régimen de responsabilidad incompatible con el tenor del art. 61 LCTTM. En este sentido, lo primero que llama la atención es que proclama un límite máximo de responsabilidad del porteador al margen de las opciones previstas en el art. 61 LCTTM, rechazando expresamente regirse por cualquiera de ellas. Por otra parte, establece un límite de responsa-

bilidad específico, en cuya virtud el porteador responde como máximo por una cuantía de 1.000 €, al declarar que ese es el valor genérico de la mercancía, salvo que el cargador comunique al porteador con antelación a la realización del transporte que el valor de la mercancía es distinto. Podría pensarse por ello que se trata de una suerte de cláusula penal en cuya virtud, de forma anticipada se establece el importe de la indemnización que el porteador debe abonar en caso de haber incumplido sus obligaciones, sin tener que acreditar el reclamante los daños y perjuicios sufridos (art. 1152 CC). Ciertamente se trata de una posibilidad que la LCTTM no niega, siempre que respete el régimen general de responsabilidad previsto en dicha norma, esto es, no suponga ninguna infracción del contenido del art. 61.º LCTTM²⁷. Sin embargo, en este caso, la declaración formulada no reúne las características específicas de una cláusula penal y, por tanto, no reviste validez, porque, por una parte, no declara expresamente la existencia de un compromiso en firme del porteador que se pueda ser calificado como cláusula penal; por otra, porque no cuantifica expresamente el importe de la indemnización de la que se va a hacer cargo; y, por último, porque conculca el contenido del art. 57 LCTTM al pretender desplazar su aplicación sin establecer una cláusula contractual admitida en el art. 61 LCTTM, con el agravante de que, en su párrafo segundo pretende no aplicar el art. 62 LCTTM cuando existan determinadas actuaciones del porteador que fundamenten la pérdida del beneficio de la limitación de responsabilidad, al tratar de que la indemnización a abonar sea la del valor supuestamente declarado en la carta de porte, a pesar de que la determinación de dicho importe no reúna los requisitos legales necesarios para que resulte aplicable. Por todo ello, debe concluirse que este tipo de cláusulas no se ajustan a la normativa vigente en materia de transportes.

Por último, conviene, no obstante, tener presente otros supuestos en los que los usuarios de los transportes terrestres, sobre todo, cuando las mercancías objeto de transporte revisten un valor elevado, requieren a los porteadores no sólo que respondan de la llegada de las mercancías incólumes a destino, y, por tanto, de los daños causados porque no hayan cumplido dichas obligaciones (art. 47.1.º LCTTM), sino que se hagan cargo de todos los perjuicios que se generen como consecuencia de tales incumplimientos, así como de todos los costes que puedan surgir durante la ejecución del envío, con independencia de que se hayan producido o no pérdidas, averías o retraso en la entrega. No hay que olvidar que, en ocasiones, los costes derivados de incumplimientos del porteador, aunque no hayan causado daños materiales en las mercancías, son de gran envergadura y para el usuario resulta difícil de asimilar que el porteador no tenga que hacerse cargo de tales

²⁷ Así lo defiende en nuestra doctrina, MARTINEZ SANZ, «Artículo 61. Declaración de valor y de interés especial en la entrega», *cit.*, p. 725; en la doctrina alemana, *vid.* por todos, KOLLER, *Transportrecht* § 431 HGB, Rn. 17

perjuicios económicos cuando ha quedado acreditado que ha sido su directo causante.

Pues bien, con arreglo a nuestro ordenamiento, lo que resulta patente es que el porteador solo responde íntegramente de los daños causados por pérdidas, averías o retraso, esto es, más allá del límite de responsabilidad del art. 57 LCTTM, cuando en el contrato se haya pactado una declaración de valor suscrita por ambas partes (art. 61.1.º LCTTM)²⁸. No obstante, el porteador también puede tener que asumir los daños derivados del incumplimiento del porteador y los perjuicios causados por dicho incumplimiento (lucro cesante), cuando incluya en el contrato una declaración de interés especial en la entrega en la que se especifique expresamente el montante correspondiente a los posibles perjuicios causados por la pérdida, avería o retraso, que pueden llegar a superar, incluso, el valor íntegro de la mercancía, siempre que el reclamante acredite la existencia de tales perjuicios (art. 61.2.º LCTTM)²⁹. Finalmente, el art. 61.3.º LCTTM, como hemos tenido ocasión de examinar, también permite incrementar el límite de indemnización del art. 57 LCTTM, sin necesidad de consignar el acuerdo en cuestión en la carta de porte, pero de igual modo que la declaración de valor y la declaración de interés especial en la entrega, aunque no lo señale expresamente, parece restringir el montante de la indemnización a los perjuicios patrimoniales causados por la pérdida, avería o retraso en la entrega.

2. Otras fórmulas contractuales de aumentar el límite de responsabilidad del porteador

2.1. Planteamiento

Por lo tanto, el régimen de responsabilidad del porteador terrestre de mercancías no cubre dos tipos de circunstancias cuya conveniencia de cobertura resulta objeto de discusión cada vez con más frecuencia. En primer lugar, los costes indirectos o consecuenciales generados por el incumplimiento del porteador a causa de la pérdida, avería o retraso en la entrega

²⁸ Salvo que el porteador haya actuado dolosamente o «con una infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido que produzca daños que, sin ser directamente queridos, sean consecuencia necesaria de la acción», como reza literalmente el art. 62 LCTT (sobre su alcance, *vid.*, en profundidad, SÁNCHEZ-GAMBORINO, *La llamada culpa grave en el transporte de mercancías por carretera*, Barcelona 2016, Capítulo III).

²⁹ Porque si no están incluidos en dicha declaración especial de interés, el lucro cesante no deberá ser indemnizable por el porteador. En este sentido *vid.* SAP Valencia (Sección 9.ª) de 7 de diciembre de 2016 (ECLI: ES: APV:2016:4110) FD 3.º que expresamente rechaza que el reclamante pueda recibir la indemnización correspondiente al lucro cesante cuando no esté pactada una declaración especial de interés, ni siquiera por vía del art. 58 LCTTM, al negarse asimismo que pueda revestir la condición de reembolso por otros gastos.

de las mercancías, salvo los gastos devengados con ocasión del transporte realizado, con los límites, no obstante, que dicha calificación reviste (art. 58.1.º LCTTM)³⁰. Y, en segundo lugar, tampoco abarca los perjuicios patrimoniales que haya podido sufrir el usuario de los servicios de transporte cuando no hayan sido causados por la pérdida, deterioro o retraso en la entrega de las mercancías. Por eso, debería existir algún instrumento que, si las partes lo consideran conveniente, permitiera incluir dentro del ámbito de responsabilidad del porteador terrestre, este tipo de perjuicios causados durante la realización del transporte, que, constituyen, en la práctica diaria uno de los aspectos que más demandan los usuarios del transporte de mercancías de elevado valor a la hora de contratar los servicios logísticos. Con ello no se persigue que los porteadores vean incrementada de forma genérica su responsabilidad, sino que se puedan utilizar fórmulas contractuales que permitan llegar a consensuar un marco contractual para ciertas situaciones excepcionales, normalmente, por el alto valor de las mercancías o porque los elevados riesgos que pueden rodear su celebración, hacen recomendable implantar una cobertura superior por los perjuicios que puedan sufrir los usuarios de los servicios de transporte. Y, naturalmente, implicaría que el porteador, en tales circunstancias, incrementase de manera significativa el importe del precio de sus servicios, ajustándolo, lógicamente a los mayores riesgos asumidos.

La exposición de las distintas modalidades legales (art. 61 LCTTM) ha puesto de relieve las virtudes indudables de dicha regulación, pero, al mismo tiempo, ha permitido atisbar sus limitaciones, a causa del mantenimiento de ciertos resabios históricos. La responsabilidad del porteador parece asentarse exclusivamente en el cumplimiento del deber de custodia sobre las mercancías (art. 28 LCTTM), que históricamente ha servido para justificar la responsabilidad del porteador por los daños causados en las mercancías durante el transporte³¹. Sin embargo, su relevancia se ha relativizado hoy en día desde el momento en que el porteador responde de los perjuicios producidos a las mercancías, aunque no ostente la custodia directa sobre las mismas

³⁰ Aunque no se definen, y resulte discutible los aspectos que tienen cabida bajo esta calificación, se ha entendido que pueden abarcar, entre otros, los gastos de embalaje, los gastos de precintado y pasaje, las primas de seguro de daños, los peajes de autopista, los gastos de depósito y conservación de las mercancías y los gastos de utilización de pallets; (así lo propugna PUETZ, «Artículo 58. Reembolso de otros gastos», *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre* (dir. Duque/Martínez Sanz), Cizur Menor 2010, p. 697), mientras que no tendrían cabida en dicha categoría, los gastos de reembalaje realizados a consecuencia del siniestro, los costes de los abogados contratados para ejercitar la correspondiente reclamación, los costes de la supervisión de la seguridad del envío, los gastos de reexpedición de las mercancías a origen, etc (*vid.*, *in extenso*, KOLLER, *Transportrecht*, § 432 HGB Rn. 9).

³¹ Poniendo de relieve el origen histórico del deber de custodia en el contrato de transporte, *vid.*, VELASCO, «Artículo 28. Custodia y transporte», *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre* (dir. Duque/Martínez Sanz), Cizur Menor 2010, p. 350-351.

cuando ha contratado a un porteador efectivo para que lleve a cabo el envío (art. 6 LCTTM), así como de otros perjuicios que no tienen su origen en el incumplimiento del deber de custodia, sino en el de otras obligaciones contractuales, tales como la entrega de la mercancía sin recibir el contra reembolso pactado en el contrato (art. 42.3.º LCTTM), el reembolso de otros gastos devengados con ocasión del transporte (art. 58 LCTTM), y cualesquiera reclamación que persiga una indemnización de daños y perjuicios derivados del transporte ejercitado por vía extracontractual (art. 63 LCTTM)³².

El porteador, por tanto, no sólo responde de los daños causados de las mercancías, sino que también puede tener que hacerlo de otros perjuicios producidos al cargador/destinatario de las mercancías. Por eso no debe extrañar que, junto con los previstos expresamente en la normativa reguladora del contrato de transporte terrestre, también puedan, por vía contractual, incluirse otros perjuicios de los que el porteador se comprometa hacerse cargo conforme al régimen específicamente pactado, en consonancia con el cada vez mayor caudal de obligaciones que asume el porteador para la organización, diseño y ejecución del transporte terrestre de mercancías, a la vista de las crecientes complejidades operativas y logísticas que esta actividad requiere.

2.2. La cobertura de los daños indirectos o consecuenciales

Por lo que se refiere a la cobertura de los daños indirectos o consecuenciales, la única vía para que el porteador tenga que hacerse cargo de este tipo de perjuicios es a través de la suscripción de una cláusula penal que prevea por anticipado el importe de las indemnizaciones que el porteador debe abonar en el caso de incumplir sus obligaciones contractuales causando por ello perjuicios indirectos o consecuenciales al acreedor del transporte (art. 1152 CC). Como ya se ha explicado con anterioridad, las fórmulas tradicionales de declaración de valor (art. 61.1.º LCTTM) y de especial interés en la entrega (art. 61.2.º LCTTM), no incluyen este tipo de daños. El art. 61,3.º LCTTM no lo rechaza expresamente, pero su remisión al art. 57 LCTTM parece también que veda la posibilidad de incluir bajo una cláusula de semejante tenor la responsabilidad del porteador por los daños consecuenciales causados por los perjuicios causados a las mercancías.

³² Se trata de las denominadas obligaciones accesorias del porteador, de cuyo incumplimiento también ha de responder (*vid.*, en profundidad, al respecto, KOLLER, *Transportrecht*, § 407 HGB, Rn. 81 ss, quien bajo la genérica denominación de supuestos de incumplimiento contractual (*Leistungsstörungen*), incluye, además de la incorrecta ejecución del transporte, por la falta de entrega de las mercancías, o por su entrega deficiente, o con demora, otros supuestos derivados del incumplimiento de sus obligaciones accesorias).

Por ello, la única vía factible sería que las partes del contrato de transporte suscribieran una cláusula penal previendo dicha específica cobertura que se acumularía a la indemnización por daños que en virtud de la regulación del contrato de transporte el porteador debería asumir³³. La inclusión de una cláusula penal para determinar el importe de la indemnización del porteador no está prohibida por la LCTTM, por lo que, si las partes están de acuerdo, podría suscribirse³⁴. Dicha cláusula penal limitaría su alcance a los daños consecuenciales que el porteador pudiera causar al acreedor del transporte derivados de los perjuicios causados en las mercancías transportadas, los cuales estarían sometidos al régimen de responsabilidad consagrado en los arts. 46 ss LCTTM, y, por lo que a estas cuestiones se refiere, a los arts. 52. 53 y 57 LCTTM³⁵.

Esta cláusula penal sería de carácter liquidatorio, por lo que tendría por objeto eximir al acreedor de la prestación de transporte de la necesidad de acreditar los perjuicios sufridos de carácter consecencial. Debería fijar el importe de la indemnización que permitiera cubrir los daños que indirectamente podría sufrir el usuario en el caso de que las mercancías no llegaran, o lo hicieran con sensibles desperfectos o con demora, cuantificando con precisión el alcance de tales daños consecuenciales en orden a fijar el importe de la correspondiente indemnización. En cualquier caso, dicha indemnización debería ser siempre proporcional a los daños consecuenciales que potencialmente sufriera el usuario del transporte, firmante del contrato. Ciertamente dicha fijación deberá ser objeto de negociación entre las partes y habrá de basarse en indicios sólidos y medibles a través de los cuales puedan establecerse parámetros objetivos con los que cuantificar la indemnización³⁶.

³³ Cfr. STS de 13 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4044) FD 3.º .1 en la que subraya que, si bien las cláusulas penales plantean una liquidación anticipada de los daños y perjuicios que pueden causar los incumplimientos contractuales, también cabe que dichas penas no sustituyan, sino que se acumulen a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, como se deriva del propio tenor del art. 1152.1.º CC cuando señala que «[S]i otra cosa no se hubiera pactado (...)».

³⁴ Así lo defiende en nuestra doctrina, MARTINEZ SANZ, «Artículo 61. Declaración de valor y de interés especial en la entrega», *cit.*, p. 725; en la doctrina alemana, *vid.* por todos, KOLLER, *Transportrecht* § 431 HGB, Rn. 17.

³⁵ En este sentido KOLLER, *Transportrecht* § 435 HGB Rn. 19, que, incluso en el supuesto de que el porteador incurra en una actuación dolosa y, por ello, pierda el privilegio de la limitación de responsabilidad (§ 435 HGB = art. 62 LCTTM), la cláusula penal pactada por las partes mantendría su validez y resultaría igualmente aplicable.

³⁶ Sin perjuicio de que dicho importe podría moderarse por vía judicial si el resultado dañoso producido se hubiera separado de manera radical de lo razonablemente previsible al tiempo de contratar sobre la cuantía de los daños y perjuicios que causaría el tipo de incumplimiento contemplado en la cláusula penal (así, literalmente STS de 13 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4044) FD 3.º .2).

2.3. *La responsabilidad por perjuicios patrimoniales no causantes de daños a las mercancías: el ejemplo del § 433 HGB*

Finalmente, por lo que atañe a la posibilidad de que el porteador pueda asumir los daños y perjuicios causados durante la ejecución del transporte, aunque no se hayan producido daños en las mercancías objeto del transporte, conviene recordar que dichas reclamaciones, a pesar de que no estén previstas en la LCTTM ni en el CMR, regulación de referencia en la que se ha inspirado la normativa, sí pueden ser objeto de reclamación por una vía ajena a la regulación específica del contrato del transporte. En este sentido, se ha defendido que el porteador también debe hacerse cargo de los perjuicios causados por el incumplimiento de sus obligaciones, a pesar de que no hayan producido daños en las mercancías transportadas³⁷. El fundamento de dicha imputación reside en que, si el porteador, en el desempeño de su actividad empresarial, ha ocasionado perjuicios al cargador o al destinatario, debe responder en tanto en cuanto han venido propiciados por la infracción de alguna de sus obligaciones, aunque no haya causado daños a las mercancías transportadas, ni haya ocasionado su entrega con retraso. Debe responder, en suma, de igual modo que cuando el incumplimiento de esas mismas obligaciones ha propiciado daños a las mercancías objeto de transporte, las cuales serán indemnizadas con arreglo al régimen de responsabilidad del porteador (arts. 46 ss LCTTM). Por tanto, el porteador deberá responder de los perjuicios causados al acreedor de la prestación de transporte que no hayan producido daños sobre las mercancías, a través del régimen general de responsabilidad contractual (art. 1106 CC)³⁸. Por ello, para evitar que la reclamación pudiera dirigirse por ese cauce, parece más aconsejable que se prevea en el contrato de transporte, a fin de que el régimen aplicable resulte acorde a dicho régimen legal de común acuerdo entre las partes³⁹.

En este sentido, resulta ilustrativo el derecho alemán, cuyo § 433 HGB titulado «Importe máximo de responsabilidad en caso de otros perjuicios pa-

³⁷ *Vid.*, expresamente, en relación con el CMR, MARTÍNEZ SANZ, *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional*, p. 160-162, quien considera que perjuicios tales como, la contaminación de los depósitos del destinatario por los restos de un transporte anterior en la cisterna del camión, la infiltración en la tierra de sustancias nocivas emanadas de las mercancías transportadas, o la contratación de inspectores que verifiquen el correcto estado del vehículo para realizar el transporte encomendado, constituyen ejemplos evidentes de perjuicios causados por el porteador que no pueden ser objeto de reclamación invocando la regulación del transporte.

³⁸ *Vid.*, sin embargo, la SAP Valencia (Sección 9.ª) de 7 de diciembre de 2016 (ECLI: ES:APV:2016:4110) que niega esta posibilidad porque entiende inviable acudir a los principios generales del CC ya que no tendría sentido entonces contar con una normativa imperativa especial.

³⁹ En este sentido se inclina la normativa alemana cuando consagra el § 433 HGB (así, expresamente lo admite KOLLER, *Transportrecht*, §433 HGB, Rn. 1).

trimoniales» consagra una responsabilidad del porteador por los perjuicios patrimoniales causados durante el transporte que no consistan en la pérdida o el deterioro de las mercancías transportadas⁴⁰. Con este precepto se pretendió llegar a una solución de compromiso que cohonestara, por un lado, la conveniencia de poder calcular con la máxima precisión el alcance de la responsabilidad contractual en la que puede incurrir el porteador, con la de evitar, por otro lado, que el perjudicado pudiera acudir al régimen general contractual para obtener el resarcimiento de sus perjuicios no reconocidos en la regulación del contrato de transporte⁴¹. La existencia de este precepto pone de relieve que el legislador alemán admite *ex lege* la posibilidad de que el porteador tenga que hacer frente a los perjuicios que produzca al acreedor de la prestación de transporte, aunque dicho porteador no haya causado daños a las mercancías transportadas, sobre la base de que el porteador ha incumplido alguno de sus deberes accesorios y, por tanto, debe responder de los perjuicios que haya podido ocasionar.

Los requisitos que dicha norma establece para poder reclamar al porteador tales perjuicios por esta vía son que, en primer lugar, se hayan producido por algún incumplimiento contractual relacionado con la realización del transporte, entendido en un sentido amplio; en segundo lugar, que tales incumplimientos no hayan causado daños a las mercancías o retraso en la entrega; y finalmente, que los perjuicios reclamados por esta vía no constituyan daños a personas o a cosas ajenas al transporte⁴². Cuando concurren tales requisitos, el reclamante podrá reclamar al porteador el triple del importe que debería pagar en caso de pérdida de la mercancía, aplicando lógicamente la limitación de responsabilidad vigente para tales situaciones en el derecho alemán (§ 431 HGB = art. 57 LCTTM). En definitiva, en tales casos el porteador sólo deberá responder por una cuantía equivalente al triple de la indemnización que debería haber tenido que pagar por la pérdida de dicha mercancía, una vez aplicado el límite correspondiente por kilogramo.

⁴⁰ § 433 HGB: «Si con motivo de la vulneración de una obligación contractual relacionada con la realización del transporte de la mercancía, el porteador hubiese de responder por perjuicios que no consistan en la pérdida, el deterioro de la mercancía o, el retraso en el plazo de entrega, ni propicien daños en las personas o en las cosas, su responsabilidad estará limitada al triple del importe que habría que pagar en caso de pérdida de la mercancía».

⁴¹ *Vid.* al respecto, *in extenso*, KOLLER, *Transportrecht*, § 433 HGB. Rn. 1; HERBER/HARM, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch* §§ 407-619, Bd. 7. *Transportrecht* (hrsgb. Herber/Schmidt), 4. Aufl. München 2020, § 433 HGB Rn. 1-2.

⁴² *Vid.*, al respecto, HERBER/HARM, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch* § 433 Rn. 6-11; también KOLLER, *Transportrecht* § 433 HGB, Rn. 2-5, entendiendo que el incumplimiento de una obligación contractual relacionada con la realización del transporte no sólo comprende lo que esté relacionado con la ejecución técnica del transporte, sino también todo lo relativo a las obligaciones relacionadas con su organización, diseño y planificación para su correcta ejecución;

Pues bien, esta posibilidad legal no está prevista en nuestro derecho y, por tanto, no resulta aplicable. Sin embargo, la enseñanza que puede extraerse es que, sin perjuicio de que en una futura reforma del contrato de transporte se pudiera aprovechar para incluir un precepto de similares características, sería recomendable por vía contractual incluir una cláusula semejante en aquellos contratos en que ambas partes estuvieran de acuerdo en precisar que la responsabilidad del porteador también comprendiera los perjuicios causados al margen de los causados a las mercancías. Para el porteador podría resultar interesante en los casos en los que la ejecución del transporte conllevara ciertos riesgos que pudieran suponer algún tipo de perjuicio suplementario al usuario del transporte, acordar una cláusula que fijase expresamente el importe máximo de su responsabilidad por tales incumplimientos accesorios (ex art. 1152 CC), de tal modo que el reclamante tuviera cegada la posibilidad de solicitar la indemnización por tales perjuicios acudiendo a la vía de la responsabilidad contractual general (art. 1106 CC).

Plataformas de alojamiento colaborativo: calificación jurídica y límites a su regulación

Ainhoa Fernández García de la Yedra¹

Investigadora predoctoral

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)

Sumario: I. Introducción.—II. Planteamiento del caso: litigio principal y cuestiones prejudiciales.—III. Criterios para la calificación jurídica de las plataformas de alojamiento colaborativo. 1. Características de los SSI. 2. Encaje del servicio prestado por Airbnb Ireland en el concepto anterior – Aplicación de la teoría de los servicios mixtos. 2.1. Creación de una oferta de servicios con contenido material. Insuficiencia del primer criterio. 2.2. Control sobre las condiciones de la prestación del servicio subyacente. Criterio de examen necesario.—IV. Efectos de la calificación como SSI. ¿Se pueden regular los SSI?. 1. Regla general: respeto al principio de libre circulación de los servicios. 2. Excepción a la prohibición de restricción de la libertad de prestación de los SSI en otro Estado miembro. 3. ¿Se cumple en este caso con el procedimiento exigido? 3.1. Condiciones de fondo. 3.2. Condiciones procesales.—V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La aplicación de los marcos normativos existentes a las plataformas electrónicas de alojamiento ha puesto a prueba la doctrina jurídica sobre cuestiones relevantes, puesto que, por su modelo de negocio, se difuminan los límites establecidos entre consumidor y proveedor y los de prestación profesional y no profesional de servicios. De este modo, se discute sobre su calificación jurídica y sobre si deben o no cumplir normativa administrativa, fiscal y laboral propia de ciertos operadores tradicionales que intervienen en esos sectores. Así ha ocurrido con las principales plataformas colaborativas de éxito, en torno a las cuales se ha generado un conflicto suscitado en su mayoría por

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Nuevas tecnologías, transformación de mercados y Derecho de la Competencia», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (Ref. RTI2018-094201-B-C21). Asimismo, los autores forman parte un grupo de investigación consolidado del Gobierno Vasco.

los operadores de negocio tradicionales, que rechazan la argumentación de las plataformas que se autocalifican como meras intermediarias electrónicas (servicios de la sociedad de la información) y afirman que son en realidad oferentes del servicio principal (en este caso, alojamiento) y, por ello, sus competidores directos.

La Comisión Europea ya advirtió en su Comunicación «Una Agenda europea para la economía colaborativa» que, en principio, las plataformas ofrecen un servicio de la sociedad de la información (en adelante, SSI) y, en ese sentido, no pueden estar sujetas a autorizaciones previas o requisitos dirigidos específica y exclusivamente a dichos servicios. Asimismo, los Estados miembros solo pueden imponer requisitos a las plataformas colaborativas que ofrecen tales servicios de forma transfronteriza desde otro Estado miembro en circunstancias limitadas y sujetos un procedimiento específico². Sin embargo, también reconoce que puede haber casos en los que las plataformas colaborativas ofrecen otros servicios adicionales, hasta el punto que, en determinadas circunstancias, una plataforma puede ser también quien presta el servicio subyacente. En tal caso, las plataformas colaborativas podrían estar sujetas a la normativa sectorial específica, incluidos los requisitos de autorización y concesión de licencias empresariales aplicados a los prestadores de servicios con contenido material. Pero para poder aplicar una normativa u otra, es preciso determinar la calificación jurídica de cada plataforma.

Como base para estudiar tal determinación, se ha escogido el C-390/18 seguido ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), que trae causa en el procedimiento penal instado en Francia contra «Airbnb Ireland UC» (en adelante, Airbnb Ireland) por incumplimiento de la Ley francesa que regula las condiciones de ejercicio de la actividad de agente inmobiliario. El juez de instrucción planteó dos cuestiones prejudiciales al TJUE con el fin de que resuelva si las prestaciones realizadas en Francia por la sociedad Airbnb Ireland están amparadas por la libre prestación de servicios establecida en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información (en adelante Directiva 2000/31); esto es, si mediante la plataforma se presta un SSI y, de ser así, si se pueden oponer a dicha sociedad las normas restrictivas relativas al ejercicio de la profesión de agente inmobiliario en Francia. El TJUE dictó sentencia el 19 de diciembre de 2019 por la que estima, de acuerdo con las Conclusiones del Abogado General Szpunar (en adelante, AG Szpunar) que «Airbnb Ireland UC» presta un SSI y, además, aprecia que no se puede res-

² COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Una Agenda Europea para la economía colaborativa», (2016), pág. 7. Disponible en: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2001_es.htm

tringir la libertad de prestación de tales servicios mediante requisitos como los relativos al ejercicio de la profesión de agente inmobiliario impuestos en el modo que se pretende por la ley francesa. El trabajo, con base en las sentencias y, especialmente, en las conclusiones referidas, pretende sistematizar los criterios para calificar jurídicamente las plataformas de alojamiento colaborativo y determinar si el ordenamiento jurídico puede imponer exigencias administrativas para que tales plataformas operen en otro estado miembro y, concretamente, en España.

II. PLANTEAMIENTO DEL CASO: LITIGIO PRINCIPAL Y CUESTIONES PREJUDICIALES

Tal y como hemos adelantado, el caso C-390/18 seguido ante el TJUE trae causa la demanda interpuesta por AHTOP (Asociación que representa a los distintos operadores de alojamiento y turismo profesional en Francia) y posterior procedimiento penal instado por el Fiscal de Francia que acusan a la plataforma Airbnb Ireland, consistente en poner en contacto a potenciales arrendatarios con arrendadores que ofrecen prestaciones de alojamiento de corta duración, de incumplimiento de la Ley francesa que regula las condiciones de ejercicio de las actividades relativas a determinadas operaciones sobre inmuebles y fondos de comercio («Ley Hoguet»); en concreto, le acusan de incumplimiento de las condiciones de agente inmobiliario. Como decimos, la demandada en el procedimiento es Airbnb Ireland, con domicilio social en Dublín, participada al 100% por «Airbnb Inc.», domiciliada en Estados Unidos y empresa matriz del grupo Airbnb. Airbnb Ireland gestiona para los usuarios de fuera de los Estados Unidos la referida actividad de poner en contacto a potenciales arrendatarios con arrendadores que ofrecen prestaciones de alojamiento de corta duración. El juez de instrucción del Tribunal de Primera Instancia de París planteó dos cuestiones prejudiciales al TJUE con el fin de aclarar si las prestaciones realizadas en Francia por la sociedad Airbnb Ireland están amparadas por la libre prestación de servicios establecida en la Directiva 2000/31/CE y si se pueden oponer a dicha sociedad las normas restrictivas relativas al ejercicio de la profesión de agente inmobiliario en Francia, establecidas en la referida Ley Hoguet.

En concreto, las preguntas eran las siguientes³:

«1. ¿Están amparadas por la libre prestación de servicios establecida en el artículo 3 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del

³ Petición de decisión prejudicial planteada por el juge d'instruction du tribunal de grande instance de Paris (Francia) el 13 de junio de 2018—procedimiento penal contra YA y AIRBNB Ireland UC —Otras partes: Hotelière Turenne SAS, Pour un hébergement et un tourisme professionnel (AHTOP), Valhotel.

Consejo, de 8 de junio de 2000, (1) las prestaciones realizadas en Francia por la sociedad Airbnb Ireland UC a través de una plataforma electrónica explotada desde Irlanda?

2. ¿Cabe oponer a la sociedad Airbnb Ireland UC las normas restrictivas relativas al ejercicio de la profesión de agente inmobiliario en Francia, establecidas por la loi n.º 70-9 du 2 janvier 1970, relative aux intermédiaires en matière d'opérations immobilières (Ley n. 70-9, de 2 de enero de 1970, relativa a los intermediarios en materia de operaciones inmobiliarias), denominada Ley Hoguet?»

III. CRITERIOS PARA LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LAS PLATAFORMAS DE ALOJAMIENTO COLABORATIVO

1. Características de los SSI

La Comisión Europea ya anticipó en su Comunicación «Una agenda europea para la economía colaborativa» los criterios que deberían aplicarse para calificar la actividad prestada por las plataformas electrónicas. Tal argumentación, ha sido legitimada y aplicada por el TJUE en las sentencias de Uber de 20 de diciembre de 2017 (caso Uber contra Elite Taxi) y de 10 de abril de 2018 (caso C-320/16 Uber France); y en la de Airbnb de 19 de diciembre de 2019. En esta línea, el primer paso para definir la naturaleza jurídica de la actividad prestada por una plataforma electrónica es saber si es ésta es subsumible en la definición de SSI dispuesta en la Directiva 2000/31.

La Directiva se remite en su artículo 2 a) a la definición de SSI ya existente en el Derecho comunitario, concretamente recogida inicialmente en el apartado 2 del artículo 1 de la Directiva 98/34/CE, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, modificada por la Directiva 98/48/CE. Estas Directivas han sido derogadas por la Directiva 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los SSI que recoge en su artículo 1.1 b) la definición de SSI de forma idéntica a las anteriores. De acuerdo con tales Directivas, se entenderá por SSI *«todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios»*.

Nos encontramos ante una definición amplia de SSI⁴, que supedita la inclusión o no de un servicio en el concepto al cumplimiento de cuatro ca-

⁴ Sobre el concepto: DE MIGUEL ASENSIO, Pedro M., «Régimen Jurídico de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», Estudios y Comentarios Legislativos-Derecho Privado de Internet, Aranzadi, BIB 2011\6139, 2011, versión electrónica.

racterísticas: que normalmente sea a cambio de una remuneración, que se preste a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario.

Debe partirse de la presunción de que los servicios prestados a través de las plataformas electrónicas son SSI y, generalmente, de la presunción de que prestan un servicio de intermediación electrónica⁵. No obstante, en ocasiones no es sencillo determinar si se cumplen o no las cuatro características definitorias de un SSI y el difuso límite entre el tipo de servicio prestado por las plataformas puede hacer vencer tal presunción. Hay casos en los que las plataformas colaborativas ofrecen otros servicios además de los SSI, quedando éste relegado a ser un servicio meramente accesorio del servicio material y principal (servicio de alojamiento, en el caso de Airbnb). Ejemplo de ello lo tenemos en el caso Uberpop, resuelto por el TJUE en la ya mencionada sentencia de 20 de diciembre de 2017 y en la que determinó que el servicio que prestaba Uberpop no se limitaba a un servicio de intermediación, sino que creaba al mismo tiempo una oferta de servicios de transporte urbano, que hacía accesible concretamente mediante herramientas informáticas. En conclusión, consideró que el servicio de intermediación formaba parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal era un servicio de transporte y, por lo tanto, que no respondía a la calificación de SSI, sino a la de servicio en el ámbito de los transportes y de ahí que no fuera aplicable la Directiva 2000/31.

Por ello, es oportuno detenerse a precisar el significado de las características que debe reunir un SSI⁶. De hecho, es la propia Directiva 2000/31 la que, en su Considerando 17, se extiende en la descripción de estos elementos. Así, dispone que por servicio «a distancia», se entenderá un servicio prestado sin que las partes estén presentes simultáneamente. Esto inevitablemente excluye, por ejemplo, la reserva de un billete de avión realizada en una agencia de viajes física y en presencia del cliente, pese a que la reserva se haya realizado electrónicamente⁷.

Por servicio prestado por «vía electrónica» se refiere a un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos elec-

⁵ En esta línea, se dispuso por el TJUE en la Sentencia de 12 de julio de 2011 Caso 324/09 (L’Oreal y otros) que un servicio consistente en facilitar el contacto entre vendedores y compradores de productos tiene, en principio, la consideración de un SSI en el sentido de la Directiva 2000/31. (Apartado 109 de la referida Sentencia)

⁶ Análisis en idéntico sentido se realiza en RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I., «El servicio de mediación electrónica y las plataformas de economía colaborativa», Revista de Derecho Mercantil, n.º 305/2017, Aranzadi, (2017), Epígrafe IV, Punto 2.3.

⁷ FARAH, Y., «Electronic contracts and information society services under de E-commerce Directive»; Journal of Internet Law, (2009), pág. 4.

trónicos de tratamiento y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético; cualquier interrupción antes de la finalización del proceso por factores extraños, como imprimir el contrato electrónico, firmarlo y enviarlo por correo ordinario, eliminaría el componente electrónico de la transacción y por ello su calificación como SSI⁸.

Por «*a petición individual de un destinatario de servicios*», se entiende un servicio prestado mediante transmisión de datos a petición individual. De acuerdo con la redacción del precepto, es necesaria la intención demostrada por el destinatario del servicio en relación con la solicitud de prestación del mismo⁹. En este sentido, la radiodifusión televisiva según se define en la Directiva 89/552/CEE y la radiodifusión radiofónica no son SSI, ya que no se prestan a petición individual; por el contrario, los servicios que se transmiten entre dos puntos, como el vídeo a la carta o el envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico sí son SSI.

Por último, el requisito de que el servicio sea prestado «*normalmente a cambio de una remuneración*», no exige que este sea exclusivamente remunerado por los destinatarios de los mismos. En base a ello sí que quedarían fuera de la aplicación de la Directiva los servicios prestados gratuitamente y que no generan ningún tipo de remuneración pero, en la medida en que sí representan una actividad económica, la Directiva sí sería aplicable a servicios no remunerados por sus destinatarios, pero que sí se financian de algún modo —publicidad o patrocinio— como aquéllos que ofrecen información online o comunicaciones comerciales, o los que ofrecen instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos¹⁰.

Para finalizar con la exposición de las características de los SSI, la Directiva establece en su Anexo I y en su Considerando 18 varios ejemplos que no se considerarían SSI divididos en base a las características expuestas, entre los que procede afirmar que no se encuentra la actividad prestada por las plataformas electrónicas.

⁸ FARAH, Y., «Electronic contracts and information society services under de E-commerce Directive»; *Journal of Internet Law*, (2009), pág. 4.

⁹ FARAH, Y., «Electronic contracts and information society services under de E-commerce Directive»; *Journal of Internet Law*, (2009), pág. 4.

¹⁰ Así lo recoge el Considerando 18 Directiva 2000/31 y así fue confirmado, entre otras, por Sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2014 (TJCE 2014/333C-291/13), caso en el que el prestador del servicio obtenía su remuneración, no del destinatario, sino de los ingresos generados por la publicidad que figura en una página de Internet (apartados 26-30 de la Sentencia).

2. Encaje del servicio prestado por Airbnb Ireland en el concepto anterior – Aplicación de la teoría de los servicios mixtos

En línea con lo sostenido hasta ahora, una vez analizadas las cuestiones preliminares, lo primero que realiza el TJUE y de forma más desarrollada el AG Szpunar en sus conclusiones, es repasar si se cumplen las cuatro características recogidas en la definición de SSI para comprobar si el servicio prestado por Airbnb Ireland se ajusta a la misma o no.

El TJUE concluye sin demasiadas dificultades que tal servicio cumple los cuatro requisitos acumulativos mencionados. En primer lugar, está claro que se presta a cambio de una remuneración puesto que puesto que de la propia documentación que obra en el procedimiento se desprende que el importe del alquiler satisfecho por el arrendatario incluye los gastos y la contraprestación por el servicio prestado por Airbnb Ireland. En concreto, consta que cuando el arrendador acepta a un arrendatario éste efectúa un pago a «Airbnb Payments UK», sociedad de Derecho británico con domicilio social en Londres, que presta servicios de pago en línea a los usuarios de la plataforma electrónica de Airbnb Ireland y gestiona las actividades de pago del grupo en el seno de la Unión, cuyo importe se corresponde con el precio del alquiler más entre un 6% y un 12% en concepto de gastos y del servicio prestado por Airbnb Ireland. Además, resuelve que, en la medida en que el arrendador y el arrendatario son puestos en contacto a través de una plataforma electrónica en la que no se requiere la presencia simultánea del prestador del servicio de intermediación, por un lado, y del arrendador o el arrendatario, por otro, dicho servicio constituye un servicio prestado a distancia y por vía electrónica. Por último, el servicio en cuestión se presta a petición individual de sus destinatarios, puesto que tanto el arrendador como el arrendatario deben dirigirse a la plataforma gestionada por Airbnb para que su alojamiento aparezca en dicha plataforma y para poder alquilar un alojamiento publicado en ella, respectivamente (Apartados 44-49 de la sentencia).

Del mismo modo, el AG Szpunar no encuentra dificultades a la hora de determinar que el servicio se presta a cambio de remuneración y que el servicio se presta a solicitud individual del destinatario. Sin embargo, y nos detenemos especialmente en el análisis de las Conclusiones, no puede decirse lo mismo acerca de precisar si el servicio se proporciona a distancia y por medios electrónicos. De hecho, la línea entre el componente de los servicios que se proporciona por medios electrónicos y el que no se proporciona así es a veces borrosa y la respuesta a si ese servicio se proporciona a distancia y por medios electrónicos depende, en gran medida, de la determinación de la extensión del servicio en cuestión. Es un hecho probado que Airbnb Ireland no contacta físicamente con los usuarios (ni con los anfitriones ni con los arrendatarios), pero también es un hecho que la conexión entre estos finaliza en un servicio de alojamiento, que puede considerarse como un compo-

nente no electrónico del servicio prestado por Airbnb Ireland y no prestado a distancia, al que no le es de aplicación ni la Directiva 2000/31 ni la Directiva 2015/1535.

Para resolver esta cuestión recurre a la jurisprudencia del TJUE sobre la clasificación de servicios mixtos, es decir, de servicios que consisten en un elemento proporcionado por medios electrónicos y otro que no. Con base en la sentencia del TJUE de 2 de diciembre de 2010 (caso Ker-Optika)¹¹, expone el AG Szpunar que cuando los servicios prestados por medios no electrónicos (alojamiento) pueden proporcionarse de forma independiente al prestado por medios electrónicos (intermediación) no pueden afectar a la naturaleza de estos. De esta forma, el servicio prestado por medios electrónicos no pierde su interés económico y sigue siendo independiente de los servicios que tienen contenido material. Pero, en ocasiones, no es sencillo determinar si estos servicios son independientes o, en cambio, el servicio prestado por medios electrónicos forma un todo inseparable con un servicio que tiene contenido material.

En otras palabras, y es este el obstáculo con el que tropieza también el TJUE a la hora de determinar que el servicio prestado por Airbnb en un SSI, podrían darse distintas situaciones a la hora de calificar el servicio prestado por una plataforma electrónica. Por un lado, que nos encontremos ante servicios económicamente independientes, caso en el cual las Directivas 2000/31 y Directiva 2015/1535 serían aplicables al servicio que se presta vía electrónica (por ejemplo, lo que ocurre con la compraventa online de billetes de avión y la venta *online* de lentillas). Por otro, que nos encontremos ante un servicio global compuesto por una parte que se presta de forma electrónica y otra que no. En este caso, habrá que prestar atención a cuál de estas partes es la principal y cuál la accesoria. Si el elemento esencial de la prestación se realiza por vía electrónica el servicio global se calificaría como SSI. En cambio, si el elemento esencial fuera el servicio material, no podría calificarse como SSI, como ocurrió en el caso Uberpop.

Para determinar si la intermediación electrónica es un servicio independiente al servicio de alojamiento o si es un servicio accesorio, instrumental, para que se preste el principal de alojamiento, se requiere un examen detallado aplicando la teoría de la separabilidad de los servicios establecida por el TJUE en el caso Uberpop y que consta de aplicar al caso concreto dos criterios. El primer criterio es saber si el prestador del SSI crea una oferta de servicios cuyo contenido es material y el segundo es analizar si el prestador

¹¹ El TJUE sostuvo que, en el caso de la venta *online* de lentes de contacto, la necesidad de un servicio de asesoramiento médico que implica un examen físico del paciente (servicio presencial y no electrónico) no es inseparable de la propia venta de lentes de contacto vía electrónica, puede llevarse a cabo independientemente del acto de venta. Por lo que la venta de lentes de contacto vía electrónica se calificó como SSI independiente al servicio médico.

del servicio electrónico ejerce una influencia decisiva en las condiciones bajo las cuales se presta el servicio subyacente. Procede, por lo tanto, determinar si estos dos criterios se cumplen en este caso.

2.1. *Creación de una oferta de servicios con contenido material.* *Insuficiencia del primer criterio*

Como decimos, el primer criterio para determinar si un servicio proporcionado por medios electrónicos es independiente del servicio que tiene contenido material o no es saber si el prestador del SSI crea una oferta de servicios con contenido material. En este caso, si Airbnb Ireland crea una oferta de alojamiento. En el caso de Uber el TJUE estimó que el servicio de transporte urbano se hacía accesible a través de la plataforma. Sin ella, ni los conductores podrían proporcionar el servicio de transporte ni los usuarios podrían acceder al mismo. En ese sentido, determinó que Uber creaba esa oferta. En cambio, en este caso, tanto el Abogado General como el TJUE estiman que el servicio prestado por Airbnb Ireland en modo alguno resulta indispensable para llevar a cabo la prestación de servicios de alojamiento, ni desde el punto de vista de los arrendatarios ni del de los arrendadores que recurran a él, puesto que ambos disponen de otros muchos cauces, algunos de los cuales existen desde hace mucho tiempo, como las agencias inmobiliarias, los anuncios clasificados en papel o en formato electrónico o incluso los sitios web de alquiler de inmuebles. Que Airbnb Ireland compita directamente con estos últimos cauces ofreciendo a sus usuarios un servicio innovador basado en las particularidades de una actividad comercial de la sociedad de la información no permite concluir que sea indispensable para la prestación de un servicio de alojamiento. Por lo tanto, el servicio de alojamiento no está inseparablemente vinculado a la intermediación electrónica de Airbnb Ireland y puede proporcionarse independientemente de esta. De acuerdo con el primero de los criterios, por tanto, Airbnb Ireland podría calificarse como SSI (apartado 55 de la sentencia y 55-60 de las conclusiones).

Sin embargo, a través de las plataformas electrónicas se puede crear una oferta antes inexistente o intensificar una ya existente, casos de Uber y Airbnb Ireland respectivamente, y sería contrario a la lógica del mercado interior y a la liberalización de los SSI, que es el objetivo de la Directiva 2000/31, si, únicamente debido a la creación de un nuevo suministro, las innovaciones de los operadores económicos que permiten a los consumidores tener nuevas formas de acceso a bienes o servicios quedasen excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31. Pero tampoco se puede garantizar la aplicabilidad de la Directiva 2000/31 directamente, porque un prestador de servicios que se prestan vía electrónica puede organizar su actividad de manera que le permita ejercer el control sobre la prestación de los servi-

cios que tienen contenido material, incluso si esos servicios forman parte de un suministro preexistente. En ese caso, no procede que se beneficien de la liberalización que busca la Directiva 2000/31 porque el prestador de tal servicio compite con otros actores del mercado que no se benefician de esa liberalización (Conclusión 64).

Ante esta dicotomía, estima el AG Szpunar que el primer criterio, el relativo a la creación de una oferta de servicios que se proporcionan por medios no electrónicos, no es decisivo en lo que respecta a la cuestión de si esos servicios forman un conjunto inseparable con un servicio prestado por medios electrónicos. Es la influencia decisiva en las condiciones del suministro del servicio subyacente lo que convierte a esos servicios en inseparables del servicio que prestado por medios electrónicos, quedando relegado el criterio relacionado con la creación de una oferta a ser simplemente una indicación de si un servicio proporcionado por medios electrónicos forma un todo inseparable o no con un servicio que tiene un material contenido.

2.2. Control sobre las condiciones de la prestación del servicio subyacente. Criterio de examen necesario

Tras concluir que no es suficiente no crear una nueva oferta para determinar que Airbnb Ireland presta un SSI, el AG Szpunar estima necesario analizar el segundo de los criterios. Mediante éste se determina si la plataforma controla, bajo la apariencia de un SSI, la prestación de los servicios de contenido material. En otras palabras, que la operación se lleve a cabo por medio de un SSI, no garantiza automáticamente la aplicabilidad de la Directiva 2000/31 si es que la prestadora del SSI organiza su actividad de manera que le permite ejercer el control sobre la prestación de los servicios que tienen contenido material.

Para precisar si Airbnb Ireland controla las condiciones en las que se presta el servicio de alojamiento el AG Szpunar recurre a los indicios dispuestos por la Comisión Europea y refrendados por el TJUE en el caso Uber. De acuerdo con la Comisión Europea existen varios elementos de hecho y de Derecho que, analizados caso por caso¹², determinan que la plataforma ejerce una influencia o control significativos sobre el prestador del servicio subyacente, lo que puede indicar a su vez que debe considerarse que presta también este servicio además de un SSI.

¹² Derivado de la amplia variedad de plataformas y la heterogeneidad de los servicios prestados, la calificación jurídica las plataformas debe hacerse caso a caso. En el mismo sentido: MIRANDA SERRANO, L. M.^a, «Economía colaborativa y competencia desleal: ¿Deslealtad por violación de normas a través de la prestación de servicios facilitados por plataformas digitales?», *Revista de Estudios Europeos*, 70 (2017), pp. 223-224.

El primer criterio, es el precio: si es la plataforma quien fija el precio final que debe pagar el usuario como beneficiario del servicio subyacente, puede que sea ésta la que lo preste en realidad. En cambio, si la plataforma únicamente recomienda el precio o el prestador del servicio subyacente es libre de adaptarlo no se cumpliría este criterio. En segundo lugar, la Comisión dispone que si es la plataforma quien establece otros términos y condiciones contractuales distintos del precio que determinan la relación contractual entre el prestador de los servicios subyacentes y el usuario (instrucciones obligatorias, por ejemplo) se intuye que ejerce un control significativo sobre la prestación del servicio. Y por último, estima que otro indicio importante que indica que la plataforma es quien presta el servicio material es que la propiedad de los activos clave para prestar el servicio subyacente radique en la plataforma. Como decimos, estos tres son los indicios más característicos. No obstante, existen otros criterios que podrían indicar que la plataforma colaborativa ejerce un gran nivel de control e influencia sobre la prestación del servicio subyacente. En general, cuanto más gestionan y organizan las plataformas colaborativas la selección de los proveedores de los servicios subyacentes y la manera en que se prestan dichos servicios, más evidente resulta que la plataforma debe ser considerada como proveedora de los servicios¹³.

En cambio, no constituye por sí misma una prueba de influencia y control el ofrecimiento de poder realizar determinadas actividades que son auxiliares con respecto a los servicios principales de la sociedad de la información ofrecidos por la plataforma (por ejemplo, modalidades de pago, cobertura de seguro o servicios postventa). Del mismo modo, la oferta de mecanismos de evaluación o calificación tampoco es por sí misma una prueba de influencia o control significativos¹⁴.

A diferencia del caso de Uberpop, donde se determinó que éste sí ejercía una influencia decisiva sobre las condiciones del servicio de transporte, el AG Szpunar no considera que Airbnb Ireland ejerza un control significativo sobre los aspectos económicamente significativos del servicio de alojamiento a corto plazo. Si bien reconoce que los servicios prestados por esta plataforma no se limitan a permitir que arrendadores y arrendatarios se pongan en contacto (Conclusión 28) y que tal servicio electrónico incide en el mercado del alojamiento de corta duración, estima que Airbnb Ireland no actúa ni como un poder regulador de los aspectos económicos de ese mercado

¹³ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Una Agenda Europea para la economía colaborativa», (2016), pág. 7.

¹⁴ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Una Agenda Europea para la economía colaborativa», (2016), pág. 7.

ni como un prestador que ejerce un control decisivo sobre las condiciones de la prestación de los servicios de alojamiento. Todas las implicaciones sociales y económicas del funcionamiento de su plataforma provienen de las actuaciones de los usuarios de dicha plataforma y del juego de la oferta y la demanda, como pasamos a observar.

En primer lugar, el AG Szpunar argumenta que Airbnb Ireland no controla el precio de los servicios de alojamiento. Lo que hace es proporcionar una ayuda opcional para el cálculo del precio, pero no lo fija, labor esta que lleva a cabo el arrendador. Airbnb Ireland tampoco disuade a éstos de fijar sus propios precios, el único factor que puede disuadirles es el juego de la oferta y la demanda. En cuanto al cobro del precio del alquiler, si bien es Airbnb Ireland, a través de «Airbnb Payments UK», quien lo cobra para después transferírselo al arrendador, esto es algo característico de la gran mayoría de los SSI, incluidas las plataformas que permiten reservar un hotel o comprar billetes de avión. El mero hecho de que un servicio facilitado por vía electrónica ofrezca facilidades en lo que se refiere al pago de los servicios que permiten al arrendatario asegurarse de la existencia del producto y al arrendador garantizarse el pago, no permite concluir que estos servicios son indisociables (Conclusión 32 y 77).

Tampoco se da el segundo de los criterios, puesto que son los arrendadores quienes fijan las condiciones del arrendamiento. Airbnb Ireland establece determinadas opciones predefinidas en cuanto a las condiciones de cancelación. Sin embargo, es, en todo caso, el arrendador quien elige una de las opciones propuestas y, por tanto, en quien recae la decisión final sobre las condiciones de cancelación (Conclusión 74).

Por último, tampoco radica en la plataforma la propiedad de los activos clave para prestar el servicio material, en este caso, las viviendas.

Si reparamos en otros servicios adicionales ofrecidos por Airbnb Ireland, tales como el servicio de fotografía, el seguro de responsabilidad civil y una garantía por daños, el AG Szpunar vuelve a aplicar la argumentación sostenida en la sentencia Ker-Optika acerca de los servicios mixtos. Siguiendo esa línea, estos servicios ofrecidos por Airbnb Ireland son facultativos e independientes a la intermediación. En consecuencia son disociables del servicio facilitado por vía electrónica puesto que un arrendador puede, previamente y por sus propios medios, obtener fotografías y contratar seguros o garantías con terceros. En esta línea, defiende que si los prestadores de servicios amplían la gama de los servicios que suministran, en particular, incluyendo servicios que no se prestan por vía electrónica es para hacer su oferta más competitiva y en la medida en que tales servicios sean disociables del SSI, los primeros no desvirtúan el segundo (Conclusiones 80-85).

Del mismo modo, el sistema de valoración que permite a arrendadores y arrendatarios realizar una evaluación recíproca tampoco constituye una prueba de influencia o control significativos. Es cierto que, sobre la base de la información procedente de las referidas valoraciones y comentarios, Airbnb Ireland puede proceder a la suspensión temporal de un anuncio, a la cancelación de una reserva o incluso a la prohibición de acceso a su plataforma. Sin embargo, este aspecto se conoce como la facultad de policía administrativa que el gestor de una plataforma electrónica puede atribuirse con el objetivo de garantizar la observancia de las condiciones de los contratos que celebra con los usuarios de esta plataforma. Aquí, una intensidad excesiva de esta facultad puede reflejar una influencia decisiva sobre la prestación de los servicios facilitados por los usuarios de dicha plataforma. No obstante, el control ejercido por Airbnb Ireland versa sobre el respeto por los usuarios de normas definidas o, cuando menos, seleccionadas por ellos (Conclusiones 29, 30, 75 y 76). Por todo ello, el AG Szpunar propone responder a la primera de las preguntas prejudiciales aceptando que un servicio que consiste en conectar, a través de una plataforma, potenciales huéspedes con anfitriones que ofrecen alojamiento a corto plazo, en una situación donde el proveedor de ese servicio no ejerce control sobre los procedimientos esenciales de la provisión del servicio de alojamiento, constituye un SSI en el sentido de las Directivas 2000/31 y 2015/1535, que le serán de aplicación con los efectos que observaremos en el siguiente apartado. En cambio, puntualiza, que el servicio de alojamiento prestado por los anfitriones no está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31 y debe evaluarse a la luz de otras disposiciones de la legislación de la UE. Con esto se pone de manifiesto que, pese a estar encaminada la calificación de la plataforma Airbnb Ireland, los conflictos en materia de regulación de las viviendas de uso turístico que se están dando actualmente a nivel nacional e internacional habrán de solucionarse aplicando otra normativa¹⁵.

El TJUE también concluye que el servicio prestado por Airbnb de forma principal, la conexión entre usuarios de su plataforma, no forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es el alojamiento. Hace referencia, asimismo, a que Airbnb no controla el importe que el usuario debe abonar por el alquiler ni tampoco ejerce una influencia decisiva en las condiciones de prestación del servicio de alojamiento. En conclusión, determina que *«el artículo 2, letra a), de la Directiva 2000/31, que remite al artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva 2015/1535, debe interpretarse*

¹⁵ En esta línea: BOIX PALOP, A. y DE LA ENCARNACIÓN, A. M.^a, Regulación del Alojamiento Colaborativo. Viviendas de Uso Turístico y Alquiler de Corta Estancia en el Derecho Español, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Thomson Reuters (2018); GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (dir.), El régimen jurídico del turismo colaborativo, Madrid, Wolters Kluwer-Bosch (2019).

en el sentido de que procede calificar de «servicio de la sociedad de la información» comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31/CE un servicio de intermediación, prestado a cambio de una remuneración, que tiene por objeto poner en contacto mediante una plataforma electrónica a potenciales arrendatarios con arrendadores, profesionales o no profesionales, que proponen servicios de alojamiento de corta duración y que, además, ofrece otras prestaciones accesorias de ese servicio de intermediación» (Apartado 69).

IV. EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN COMO SSI. ¿SE PUEDEN REGULAR LOS SSI?

Tal y como hemos adelantado en la introducción, la segunda de las cuestiones prejudiciales está relacionada con los requisitos que se le pueden o no imponer a un SSI o a un prestador de estos. En concreto, el órgano jurisdiccional remitente desea conocer si los requisitos previstos en la Ley Hoguet que regulan la actividad de agente inmobiliario deben serle exigidos a Airbnb Ireland. Partimos, por supuesto, del caso en el que, como aquí, que se determine que la plataforma presta un SSI.

De acuerdo con el artículo 1 de la Directiva 2000/31, los SSI están garantizados por el principio de libre circulación de los servicios en lo que respecta a las materias que están comprendidas en el ámbito de aplicación de dicha Directiva. Asimismo el artículo 4 regula el principio de no autorización previa, por el cual los Estados miembros dispondrán que el acceso a la actividad de prestador de SSI no pueda someterse a autorización previa ni a ningún otro requisito con efectos equivalentes.

Se plantea en el caso, además, la cuestión de la articulación entre, por un lado, la Directiva 2000/31 y el principio de libre circulación de los SSI y, por otro lado, la facultad de los Estados miembros de regular las condiciones de acceso a una profesión. Se invocan en este sentido otras Directivas como la Directiva 2005/36, que autoriza a los Estados miembros a supervisar ciertas profesiones mediante normas profesionales, deontológicas y de responsabilidad y la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior. El AG Szpunar sostiene la teoría de que las condiciones de acceso a una profesión no pueden aplicarse a un prestador de SSI. Como veremos a continuación, el ámbito coordinado engloba los requisitos relativos al inicio de la actividad de un SSI y, a diferencia de la Directiva 2006/123, la Directiva 2000/31 no contiene ninguna exclusión que prevea que la libre circulación de los SSI no abarca requisitos relativos al acceso a una profesión regulada. En consecuencia, al menos en lo que concierne a los requisitos relativos al acceso a una profesión regulada, un prestador de servicios que facilita un SSI en un Estado miembro de origen puede acogerse a

la libre circulación de servicios garantizada por la Directiva 2000/31 (Conclusiones 106 y 107)¹⁶.

El principio de libre circulación de los servicios, sin embargo, no es de aplicación ilimitada. En primer lugar, quedarán excluidas las materias recogidas en el artículo 1.5 que son a las que no se les aplica la Directiva y, además, habrá que prestar atención a los límites recogidos en el artículo 3 de la Directiva 2000/31, sobre el funcionamiento del mercado interior.

1. Regla general: respeto al principio de libre circulación de los servicios

El principal objetivo de la Directiva 2000/31 es crear un marco jurídico que garantice la libre circulación de los SSI entre Estados miembros, por lo que el artículo 3 de la misma debe interpretarse en tal sentido, garantizando la libre circulación. Teniendo en cuenta el respeto a tal principio y la prohibición de sometimiento a autorización previa, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2000/31 impone a los Estados miembros de origen la obligación de velar por que los SSI suministrados por un prestador de servicios establecido en su territorio respeten las disposiciones nacionales aplicables en dichos Estados miembros y que formen parte del ámbito coordinado.

De acuerdo con la letra h) del artículo 2 de la DCE, por «ámbito coordinado» se comprenden «*los requisitos exigibles a los prestadores de servicios en los regímenes jurídicos de los Estados miembros aplicables a los prestadores de servicios de la sociedad de la información o a los servicios de la sociedad de la información*». Se incluyen en el ámbito coordinado los requisitos que debe cumplir el prestador de servicios en relación con el inicio de la actividad de un SSI (por ejemplo, cualificaciones, autorizaciones o notificaciones) y con propio ejercicio de la actividad de un SSI. Quedan fuera del ámbito coordinado los requisitos aplicables a las mercancías en sí, los requisitos aplicables a la entrega de las mercancías y los requisitos aplicables a los servicios no prestados por medios electrónicos.

Asimismo, el artículo 3, apartado 2, de esta Directiva prohíbe a otros Estados miembros restringir la libertad de prestación de SSI por razones inherentes al ámbito coordinado. La razón de esta limitación se encuentra en que si se autorizase a los Estados miembros distintos del Estado miembro de origen la competencia para aplicar de oficio, a todos los prestadores de una ca-

¹⁶ El TJUE, en cambio, no entra a examinar las alegaciones realizadas por las partes en relación a estas Directivas puesto que el Juzgado remitente no hace mención a ellas en las cuestiones prejudiciales. Entiende por ello el TJUE que para dar una respuesta útil a lo solicitado por el Juez no es necesario realizar tal análisis.

tegoría de SSI, medidas de carácter general y abstracto debilitaría considerablemente el principio de la libre circulación de estos servicios (Conclusión 131).

En definitiva, de acuerdo con lo dispuesto en los referidos apartados, la regla general es que la prestación de los SSI responde al principio de libre prestación de servicios. Analizaremos a continuación, las circunstancias en las que, como se pretende en este caso, un Estado miembro sí que puede establecer medidas que limiten la libre prestación de un SSI que opere en su país pero que esté establecido en otro Estado miembro.

2. Excepción a la prohibición de restricción de la libertad de prestación de los SSI en otro Estado miembro

En principio, de acuerdo con la regla general del artículo 3.2, Francia no podría restringir la libertad de prestación que ampara a Airbnb Ireland mediante los requisitos exigidos en la Ley Hoguet relativos al ejercicio de la profesión de agente inmobiliario en Francia, puesto que Airbnb Ireland no puede estar obligado a cumplir requisitos más estrictos que los que establece el Derecho irlandés.

Sin embargo, existe una excepción a esta regla general y un requisito impuesto por un Estado miembro distinto de aquel en el que está establecido el prestador de SSI y que entrañe la restricción de la libre circulación de tales servicios podrá invocarse en contra de este si se dan unas condiciones determinadas, articulándose así como un procedimiento que debe darse de manera incidental. En concreto, debe ser una medida que reúna las condiciones de fondo y de procedimiento previstas en el artículo 3, apartado 4, letras a) y b), respectivamente, de la Directiva 2000/31.

En relación a las condiciones de fondo, la Directiva exige que las medidas a imponer sean: i) necesarias por uno de los motivos siguientes: orden público, protección de la salud pública, seguridad pública, incluidas la salvaguarda de la seguridad y la defensa nacionales, protección de los consumidores, incluidos los inversores; ii) que el SSI en contra de quien se tomen vaya en detrimento de los referidos objetivos o que presente un riesgo serio y grave de ir en detrimento de dichos objetivos y iii) proporcionadas a dichos objetivos.

En cuanto al proceso, se exige que el Estado miembro, antes de adoptar las medidas pida al Estado miembro en el que está establecido el SSI (en este caso Francia debería de haber solicitado a Irlanda) que tome medidas y que este último no las haya tomado, o que hayan resultado insuficientes. Además, se requiere que la Comisión Europea y el Estado miembro en el que está establecido el SSI hayan sido notificados sobre la intención de

adoptar dichas medidas. En casos de urgencia, el Estado miembro que pretenda aplicar las medidas no deberá cumplir con estas condiciones procesales, pero sí que deberá notificar las medidas con la mayor brevedad a la Comisión y al otro Estado miembro, indicando las razones de la urgencia (art. 3.5). De acuerdo con el TJUE, la obligación de notificación previa no es una exigencia de carácter informativo, sino que se trata de una exigencia procesal de carácter sustantivo que justifica la imposibilidad de oponer a los particulares medidas no notificadas que limiten la libre circulación de los SSI. Su objeto, por tanto, es precisamente prevenir que un estado miembro interfiera en la competencia que por principio corresponde al Estado miembro de establecimiento del prestador del SSI concreto (Apartados 94 y 95 de la sentencia).

Además, según el apartado 6 del artículo, la Comisión deberá examinar la compatibilidad de las medidas notificadas con el Derecho comunitario en el más breve plazo y, si llega a la conclusión de que dichas medidas son incompatibles con el Derecho comunitario, solicitará a dicho Estado miembro que se abstenga de tomar ninguna de las medidas propuestas o que ponga fin lo antes posible a las mismas.

Observaremos a continuación, si el procedimiento exigido se ha seguido en este caso o no.

3. ¿Se cumple en este caso con el procedimiento exigido?

Antes de proceder a la revisión de si se ha cumplido o no con el procedimiento de adopción de medidas, es preciso situar sitúa en la Directiva las restricciones impuestas por la Ley Hoguet. En este caso, y determina que la exigencia a un prestador de SSI, como parece serse ha calificado a Airbnb Ireland, de requisitos relativos al ejercicio de la profesión de agente inmobiliario está comprendida en el ámbito coordinado (Apartado 82 y conclusión 116). Tal y como hemos adelantado, de acuerdo con el artículo 3.2 de la Directiva 2000/31 las materias del ámbito coordinado están protegidas por el principio de libre prestación de servicios y otros Estados miembros, en principio, no pueden restringirlo. Debemos comprobar si en este caso nos encontramos ante la excepción del artículo 3.4 o 3.5.

Asimismo, tanto el TJUE como el AG realizan una precisión en relación al origen de estas medidas. Subrayan que la Ley Hoguet es anterior a la Directiva 2000/31 por lo que los requisitos que se pretender imponer a Airbnb Ireland no responden a la naturaleza de las medidas a las que se refiere el artículo 3.4, sino que se tratan, simplemente, de requisitos exigidos en una Ley nacional al ejercicio de la profesión de agente inmobiliario. La Directiva 2000/31 no contiene ninguna cláusula que autorice a los Estados miem-

bros a mantener medidas anteriores que puedan restringir la libre circulación de los SSI, pero tampoco se puede decretar su exclusión sin comprobar si, a pesar de no corresponderse exactamente con medidas, se han cumplido las condiciones previstas en su artículo 3.4 (Apartado 87 de la sentencia y conclusiones 118 y 119).

Una vez sentadas estas circunstancias, procede proseguir con el análisis del cumplimiento de las condiciones exigidas en el referido artículo.

3.1. *Condiciones de fondo*

En primer lugar, el artículo 3.4 a) exige que las medidas a imponer sean necesarias por uno de los motivos tasados en el artículo y que el SSI en contra de quien se tomen actúe en detrimento de los referidos objetivos o que presente un riesgo serio y grave de ir en detrimento de dichos objetivos. En este caso, no constan por parte de Francia aclaraciones en cuanto a la necesidad de adoptar la medida ni el menoscabo causado por el servicio de Airbnb Ireland a uno de los objetivos. El AG Szpunar deduce que las medidas persiguen el objetivo de la protección de los consumidores, pero no porque Francia así lo haya defendido y dispone que será competencia del órgano jurisdiccional remitente determinar si las medidas en cuestión son necesarias para garantizar la protección del consumidor y no van más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido (Conclusión 137). Por último, tampoco figura razonamiento alguno acerca de la proporcionalidad de estas medidas (Conclusiones 123-128). Es más, para el AG los requisitos impuestos por la Ley Hoguet suscitan dudas respecto de su proporcionalidad y del debate mantenido por las partes durante en el procedimiento se deduce que no está claro si, en virtud de la Ley Hoguet, Airbnb Ireland puede ser titular de una tarjeta profesional. No obstante, entiendo que, atendiendo a la información aportada por el órgano jurisdiccional remitente en su petición, el TJUE no puede pronunciarse sobre esta cuestión (Conclusión 136).

En conclusión, del mismo modo que lo hizo a juicio del AG Szpunar, el TJUE concluye que Francia no ha cumplido con las condiciones de fondo exigidas para poder imponer una medida que prevea restringir la libre circulación de SSI de otro Estado miembro, era su deber demostrar que éstas concurrían y lo cierto es que no aporta ningún elemento que permita apreciar si tal normativa cumple estos requisitos. Dispone, asimismo, que pretender restringir en tales circunstancias y de tal modo la libre circulación de SSI procedentes de otro Estado miembro, va en contra de los objetivos amparados por la Directiva 2000/31 puesto que el establecimiento de excepciones a la libre circulación de SSI es un procedimiento de excepción que deberá llevarse a cabo mediante medidas adoptadas caso por caso, no de manera genérica. (Conclusión 135).

3.2. Condiciones procesales

En cuanto a las condiciones procesales, se exige en primer lugar que el Estado miembro, en este caso Francia, antes de adoptar las medidas hubiera solicitado a Irlanda que tomase medidas y que este último no las hubiese tomado, o que hubieran resultado suficientes. En este caso, no consta que Francia haya solicitado a Irlanda que adopte medidas en materia de SSI.

Además, se requiere que se hubiera notificado a la Comisión Europea y a Irlanda sobre la intención de adoptar dichas medidas. Tampoco se ha cumplido la condición relativa a la notificación a la Comisión.

Tal y como hemos adelantado, de acuerdo con el artículo 3, apartado 5, de la Directiva 2000/31, en casos de urgencia, el Estado miembro que pretenda aplicar las medidas no deberá cumplir con estas condiciones procesales, pero sí que deberá notificar las medidas con la mayor brevedad a la Comisión y al otro Estado miembro, indicando las razones de la urgencia. Tampoco consta que Francia haya indicado las razones de urgencia.

Por todo ello, en concreto por la falta de adecuación al procedimiento exigido, concluye el TJUE que *«debe considerarse que la Ley Hogueit no puede aplicarse en ningún caso a un particular que se encuentre en una situación como la de Airbnb Ireland en el litigio principal, con independencia de que dicha Ley cumpla o no las demás condiciones previstas en la referida disposición»* (Apartado 99). De este modo, entiende que *«procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 3, apartado 4, letra b), segundo guion, de la Directiva 2000/31 debe interpretarse en el sentido de que un particular puede oponerse a que se le apliquen, en el ámbito de un procedimiento penal en el que se ha ejercitado una acción civil, medidas de un Estado miembro que restrinjan la libre circulación de un servicio de la sociedad de la información que presta desde otro Estado miembro, cuando dichas medidas no hayan sido notificadas con arreglo a dicha disposición»* (Apartado 100).

V. CONCLUSIONES

El modelo de negocio de las plataformas electrónicas colaborativas difumina los límites de dos tipos de actividades. Por un lado, la conexión o intermediación electrónica entre oferentes y consumidores de bienes y servicios y, por otro, la prestación de un servicio específico a un mercado concreto, que puede ser calificado como servicio subyacente y que se presta por canales no electrónicos. En este sentido, es necesario determinar si estas actividades se corresponden con dos servicios independientes o con un servicio global que abarca ambas.

En principio, el servicio o la parte del mismo que se presta vía electrónica puede ser calificado como SSI en el sentido de las Directivas 2000/31/CE y la 2015/1535. Para confirmarlo, hay que comprobar que se cumplen las cuatro características que los definen: servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios. Si no se cumplieran estas cuatro propiedades en ningún caso podría calificarse el servicio como SSI. No obstante, determinar este cumplimiento no es tarea sencilla en el caso de las plataformas electrónicas, puesto que, por difuminar los límites normativos establecidos, se plantean problemas en relación a dos de las características: si el servicio se proporciona a distancia y si se proporciona por medios electrónicos.

Para determinar lo anterior, es necesario aplicar la teoría sobre los servicios mixtos, que consisten en un elemento proporcionado por medios electrónicos y otro que no es proporcionado por estos medios. Los servicios mixtos podrán calificarse como SSI en dos casos: (a) cuando el servicio prestado por vía electrónica es económicamente independiente del prestado por vía no electrónica y (b) cuando el servicio prestado por medios electrónicos forma un todo inseparable con un servicio que tiene contenido material y el elemento esencial se presta por vía electrónica.

A su vez, se requiere un examen detallado a través de la teoría de la separabilidad de los servicios, que consiste en aplicar al caso dos criterios que determinan si un servicio proporcionado por medios electrónicos es separable del servicio que tiene contenido material o no: (1) saber si el prestador del SSI crea una oferta de servicios con contenido material y (2) analizar si el prestador del servicio electrónico ejerce una influencia decisiva en las condiciones bajo las cuales se prestan el servicio subyacente. Sin embargo, los criterios referidos no tienen el mismo valor y pese a que se acredite que la plataforma no crea en sí la oferta de un servicio con contenido material, este criterio muestra únicamente una indicación de que el servicio proporcionado por medios electrónicos no forma un todo inseparable con un servicio que tiene un contenido material, porque no exime del todo la posibilidad de que la plataforma esté organizándolo y controlándolo. Se estima necesario, en todo caso, determinar si se ejerce o no un control sobre las condiciones que rigen la prestación del servicio subyacente. Este análisis no debe efectuarse sobre una libertad absoluta de los usuarios en la gestión del servicio, sino sobre la concurrencia de un control o influencia significativa en la actividad subyacente y se debe llevar a cabo siguiendo los criterios dispuestos en la Comunicación de la Comisión Europea «Una Agenda europea para la economía colaborativa» que, pese a su carácter orientativo, ha demostrado tener gran utilidad y certeza.

Si se determina que nos encontramos ante un SSI independiente las principales consecuencias jurídicas son:

1. La aplicación de la Directiva 2000/31 a ese servicio con todos los efectos que procedan.
2. Entre los efectos directos de la aplicación de la Directiva 2000/31 está el respeto del principio de libre circulación de estos servicios en el seno de la Unión Europea, por lo que el artículo 3 de la Directiva 2000/31 debe interpretarse de modo que se garantice su libre circulación. Por ello, el acatamiento de las reglas definidas el artículo 3, apartado 4, es necesario si se pretenden imponer medidas que limiten este principio. Este artículo debe entenderse en el sentido de que autoriza a los Estados miembros distintos del Estado de origen a establecer excepciones a la libre circulación de servicios únicamente de manera incidental, en relación a un determinado servicio y llevando a cabo en todos los casos un examen de las circunstancias del caso. Más allá de esta excepción, y en línea con el principio de seguridad jurídica, un SSI no puede estar obligado a cumplir requisitos más estrictos que los que establece el Derecho sustantivo en vigor en el Estado miembro de su establecimiento. Tener en cuenta este aspecto resulta especialmente relevante en el caso de las plataformas electrónicas, donde casi siempre operan a nivel global estando domiciliadas en un Estado concreto.
3. Por último, que nos encontremos ante servicios independientes conlleva la no aplicación de la Directiva al servicio material, en este caso de alojamiento, relación contractual que deberá evaluarse a la luz de otras disposiciones de la legislación de la UE y nacionales, teniendo en consideración las características concretas del objeto y de los arrendadores y arrendatarios.

En definitiva, esta es la línea que han seguido todas las resoluciones dictadas hasta ahora. Por ello, se prevé que las resoluciones venideras sigan la línea marcada de los criterios aquí dispuestos, en cuanto a los pasos a seguir de cara a calificar una plataforma y los efectos que ello conlleva. En cualquier caso, nos encontramos en una materia en constante evolución, donde hay espacio para la modificación de criterios y donde, además, los aspectos en los que aún procede investigar son innumerables.

Philipp Heck y Karl Wieland (Causalidad vs. Teleología)

José M.^a Gondra Romero
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid¹

Sumario: I. Tendencias en la cultura jurídica alemana hacia 1900. 1. El contexto histórico. 1.1. En el terreno de los hechos (Economía, Sociedad, Política). 1.2. En el plano de las ideas (Pensamiento y Cultura). 2. Tendencias en el ámbito de la cultura jurídica. 2.1. El 1 de enero de 1900 se produce un acontecimiento jurídico de gran significación: la entrada en vigor del código civil (BGB). 2.2. El panorama de la cultura jurídica.—II. El enfoque metodológico de Heck se enmarca en el paradigma del positivismo científico-natural: explicación «causal» del Derecho. 1. La «genética de intereses», como teoría del conocimiento del Derecho. 1.1. La traslación al Derecho del método causal de las ciencias de la naturaleza. 1.2. La concepción de la ciencia jurídica y de su método. 2. La «investigación histórica de intereses» como método de interpretación del Derecho. 2.2. La interpretación legal como investigación de intereses.—III. El pensamiento de Wieland se orienta en la dirección metodológica patrocinada por el neokantismo en las ciencias histórico-culturales: comprensión «teleológica» del Derecho. 1. Las reflexiones filosóficas sobre la ciencia jurídica y su método. 1.2. Mayor repercusión tuvo en cambio el pensamiento del Neokantismo sudoccidental, en particular de Rickert.—IV. La divergencia en el punto de partida de la teoría y del método de la ciencia jurídica determinará un enfoque diferente del problema conceptual del Derecho mercantil. 1. Heck y Wieland coinciden en el diagnóstico del problema. 2. El enfoque de Heck. 3. El planteamiento de Wieland.

¹ Este trabajo forma parte de un estudio sobre la «Historia del problema conceptual del Derecho mercantil (Un discurso del método de la ciencia jurídica)», cuyas líneas generales se contienen en una contribución al «Liber Amicorum Prof. Fernández de la Gándara», 2016.

I. TENDENCIAS EN LA CULTURA JURÍDICA ALEMANA HACIA 1900

1. El contexto histórico

1.1. *En el terreno de los hechos (Economía, Sociedad, Política)*

Son unos años de profunda transformación de la estructura económica y social de Alemania. La acelerada industrialización, que la convierte en pocos años en la primera potencia industrial del continente europeo, cambia por completo el marco de las relaciones sociales, con el consiguiente aumento de la conflictividad social.

En el terreno político, se vive el período de mayor esplendor del Imperio Alemán. La denominada «era guillermina». La unificación jurídica, pieza fundamental en el proceso de unificación política de la nación alemana, culminará con la promulgación del código civil alemán (BGB) el 1.º de enero de 1900.

1.2. *En el plano de las ideas (Pensamiento y Cultura)*

En la segunda mitad del siglo XIX el Positivismo (de origen británico y francés) se había impuesto en todas las ciencias, incluidas las del espíritu. A ello contribuyen los éxitos alcanzados por las ciencias naturales². El darwinismo cosecha seguidores en todos los ámbitos de la cultura, más allá del suyo natural, el biológico.

Sin embargo, mediada la década de los 60, emerge un movimiento que reclama insistentemente la «vuelta a Kant». Su propósito verdadero era, en realidad, proporcionar al positivismo científico una fundamentación gnoseológica firme³. Para ello recurren a la filosofía crítica, la teoría del conocimiento de Kant.

En términos generales, el movimiento neokantiano puede ser considerado ante todo como una reacción frente al positivismo y al romanticismo, lo que no impidió que él a su vez —como observa Ferrater Mora— viniera influido por las corrientes que combatía. Los neokantianos ven en la teoría del conocimiento la disciplina fundamental de la filosofía, con la que evitar que el saber filosófico se diluyera en una intuición romántica de la realidad o en

² ROTHACKER, E., *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, 2.ª ed., Tübingen, 1930, pp. 130 ss.

³ Vid. FERRATER MORA, J., voz «Neokantismo» en *Diccionario de Filosofía*, III, Barcelona, 1998, pp. 2527-2529.

conceptualizaciones propias de las ciencias particulares⁴. El Neokantismo vino, de este modo, a profundizar en el proceso de conocimiento científico, en particular en la formación de los conceptos, las herramientas necesarias para hacer una ciencia objetiva.

En el Neokantismo se distinguen dos escuelas. Presentan rasgos diferenciados tanto por las áreas del saber a las que dirigen preferentemente la atención, como por la orientación metodológica que adoptan.

1.2.1. La escuela de Marburgo, orientada preferentemente a las ciencias de la naturaleza, muestra una clara tendencia al formalismo. Puestos a describir el perfil de esta escuela, creo que González Vicén resume muy acertadamente su pensamiento:

«La escuela de Marburgo hizo de la teoría del conocimiento de la Crítica de la razón pura, el centro de gravedad de la filosofía kantiana... en paralelo con la hegemonía del positivismo en el pensamiento europeo... Lo que el neokantismo se propone es reflexionar sobre aquello que el positivismo tiene como algo dado sin más, es decir, sobre el proceso mismo del conocimiento. El problema primordial del neokantismo es el de la fundamentación de las proposiciones de las ciencias o, dicho en otros términos, el problema de la objetividad absoluta de los juicios contenidos en las ciencias. De hecho, las voces que reclaman la vuelta a Kant son apoyadas por eminentes científicos de la época (el fisiólogo Helmholtz, el historiador Zeller)... no fue una simple vuelta a Kant, sino la construcción de una nueva filosofía partiendo de su teoría del conocimiento... el Kant de la Analítica trascendental viene a ser el Kant de la escuela de Marburgo... no es sin más una renovación de la filosofía kantiana, sino una filosofía partiendo de una interpretación muy específica de la doctrina de Kant... centrada en su gnoseología, tal como se nos revela en la Crítica de la razón pura... que Kant se había limitado a aplicar a las ciencias naturales-matemáticas... el neokantismo se propuso construir un nuevo sistema de filosofía... aplicar el mismo método a todas las objetivaciones culturales... la revolución copernicana, según la cual no los conceptos se guían por los objetos, sino éstos por aquellos salta los límites de la teoría del conocimiento y se extiende al campo entero de la cultura... el retorno a Kant se convirtió en la construcción de un nuevo sistema filosófico desde una perspectiva parcial de la filosofía kantiana...⁵

1.2.2. La escuela sudoccidental alemana (también conocida como de Baden o Heidelberg, por ser los dos centros de irradiación de su pensamiento) mostró preferencia por la Historia y las ciencias histórico-culturales. Vino a

⁴ Con razón dice MARÍAS, J., (*Historia de la Filosofía*, 26.^a ed., Madrid, 1941, p. 290) que los neokantianos vienen del positivismo, «son positivistas que dejan de serlo».

⁵ GONZÁLEZ VICÉN, F. («Sobre el neokantismo lógico-jurídico», *Doxa : Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 2 (1985), pp. 27-54, pp. 27-54, 28-31.

reintroducir en éstas una noción, la de «valor», que había quedado estigmatizada, por considerarla irreductible a la racionalidad científica. González Vicén, también aquí, nos ofrece una síntesis expresiva de la línea de pensamiento de esta escuela:

«Mientras la escuela de Marburgo, por una especie de «timidez filosófica», ve en la teoría del conocimiento y consecuentemente en la *Crítica de la razón pura* la esencia y el centro de gravedad de la filosofía kantiana, el neokantismo sudoccidental ve esa esencia y ese centro de gravedad en la idea de una teleología universal a la que Kant dio expresión inacabada en la *Crítica del juicio...*» el neokantismo de Baden cree ver en Kant una nueva concepción unitaria de filosofía, que se nos muestra también en lo que Rickert iba a llamar «los saberes atóricos» (*sic*) ...en nuestra experiencia nos encontramos con objetos sensibles que podemos conocer por experiencia interna o externa, pero también con objetos suprasensibles, «significaciones» o «complejos de sentido», que no nos son accesibles a la experiencia, sino sólo a la «comprensión». No se trata de objetos de naturaleza corporal o psicológica, sino de algo más sutil que no nos es cognoscible más que poniéndolo en relación con aquello de que dependen, es decir, con los valores... la referencia a un valor le presta a una cosa o una acción «significación» o «sentido»...» ... Estos «bienes» u objetos en que los valores se nos hacen reales, este mundo de «significaciones» en cuyo origen hállase siempre la actividad humana, constituye un ámbito de estructura muy precisa que los neokantianos de Baden denominan «cultura»... «naturaleza» es el conjunto de objetos o cosas «entregados a su libre crecimiento», «cultura» es aquella parte de la realidad que el hombre conforma para la realización de valores... cultura no es algo dado, existente o aconteciente (*sic*) como la naturaleza, sino algo que nosotros los hombres producimos, en tanto que seres capaces de dar sentido a las cosas y de percibirlo en ellas» (42)... Este mundo de la cultura, aunque objeto de la filosofía, como reflexión que es sobre todo lo dado, lo es de modo específico de las llamadas ciencias culturales o de la cultura... la cultura como tal y los objetos o «bienes» que la componen están sometidos a la mutabilidad del tiempo o, en otros términos, tienen historia y son fruto de la historia... El problema radica en poner en claro qué es la Historia, procediendo a una «crítica de la razón histórica», paralela a la que procede la filosofía en la teoría del conocimiento. En esta tarea va concentrarse en gran parte el pensamiento del neokantismo sudoccidental⁶.

1.2.3. El Neokantismo experimentó un rápido auge, convirtiéndose en pocos años en la *Schulephilosophie* dominante en las universidades alemanas. A finales de siglo la mayoría de las cátedras en Alemania estaban ocupadas por neokantianos o que por tales se declaraban. Su hegemonía duró hasta 1914, disolviéndose con la misma rapidez con la que se había encumbrado.

⁶ GONZÁLEZ VICÉN, F., «El neokantismo jurídico-axiológico», *Anuario de filosofía del derecho*, n.º 3, 1986, págs. 249-280, 250-255.

Tomó el relevo una serie de corrientes de pensamiento (neohegelianismo, fenomenología, ética material de valores), que surgieron de la común insatisfacción con el formalismo gnoseológico del Neokantismo (especialmente el de Marburgo), vacío de contenidos materiales. Para algunos el Neokantismo fue un estado transitorio, desde el que evolucionaron hacia esas otras corrientes filosóficas⁷.

El pensamiento jurídico no se sustrajo al influjo del Neokantismo, como veremos. Fue mayor en el plano filosófico que en el de la ciencia jurídica, aunque —como dice Larenz⁸— resulte un tanto sorprendente, dado su planteamiento como reflexión sobre la concepción de ésta y de su método.

2. Tendencias en el ámbito de la cultura jurídica⁹

2.1. *El 1 de enero de 1900 se produce un acontecimiento jurídico de gran significación: la entrada en vigor del código civil (BGB)*

Culmina así el proceso de codificación del Derecho privado, que se había iniciado en el campo jurídico-mercantil a mediados de siglo (ley cambiaria de 1848 y código de comercio de 1861).

El BGB fue un fruto tardío de la «pandectística», la rama romanista de la escuela histórica del Derecho. Su perfección técnica fue objeto de universal elogio. Ello no impide reconocer que nacía en buena medida obsoleto. El modelo social y económico liberal, para el que había sido pensado, se encontraba, en el momento de la promulgación del código, en un proceso de cambio. Los nuevos problemas que generan las profundas transformaciones de la estructura económica y social desbordaban lógicamente la capacidad ordenadora del nuevo código.

⁷ Fue el caso de Julius BINDER, que de una primera etapa neokantiana pasó más tarde al Neohegelianismo.

⁸ LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. esp. 4.ª ed. (*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1979), Barcelona, 1.994., p. 105.

⁹ Vid., SPRENGER, G., «Rechtsbesserung um 1900 im Spannungsfeld von Positivismus und Idealismus», en *Kultur und Kultur-Wissenschaften um 1900, II (Idealismus und Positivismus)*, Stuttgart, 1997, pp. 135-163; HAFERKAMP, H.P., «Neukantianismus und Rechtsnaturalismus», en *Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft?* (M. Senn/D. Puskás eds.), Stuttgart, 2007, pp. 105-120; SCHRÖDER, J., «Zur Geschichte der juristischen Methodenlehre zwischen 1850 und 1933», en *Rechtsgeschichte-Legal History*, n.º 13, 2008, pp. 160-175, aparte de las referencias en las obras generales de historiografía jurídica general como la clásica de WIEACKER, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.ª ed., Göttingen, 1967, pp.558-595.

2.2. *El panorama de la cultura jurídica*

2.2.1. El avance de la Ley, que deviene la primera fuente del Derecho, trae consigo un cambio en la forma de ver y pensar el Derecho¹⁰. De un producto racional espontáneo, enraizado en la vida social y la cultura de los pueblos, se pasa a verlo como la expresión de la voluntad del legislador. Supuesto que la voluntad siempre se dirige a fines, éstos van a cobrar una significación central en la reflexión científica sobre el Derecho. Se instala así en la cultura jurídica otro modo de pensar el Derecho, que en realidad se había iniciado décadas atrás. La evolución de pensamiento de Jhering es un reflejo paradigmático de este cambio del racionalismo formal a una perspectiva finalista.

2.2.2. En el plano de la praxis jurídica el sentimiento de insatisfacción con el estado de la justicia civil es general en la parte final del siglo XIX. Cuando el Derecho común era todavía básicamente un Derecho romano histórico, cuyo fundamento de vigencia era la costumbre, la obra que guiaba la vida judicial era el «Tratado de Pandectas» de Windscheid. Era ésta una expresión acabada del racionalismo formal imperante en la ciencia jurídica de la escuela histórica. En una época en que el conocimiento mismo del Derecho realmente vigente ofrecía notable dificultad, se explica que una obra como ésta, que lo presentaba condensado en conceptos cuidadosamente definidos y ordenados en un sistema lógico escrupulosamente articulado, fuera la referencia-guía para los tribunales. La jurisprudencia del, recién creado (1879), *Reichsgericht* daba testimonio de ello. En ausencia de un código, el Tratado de Windscheid jugó, en cierto modo, su papel.

Encarnaba esta obra el espíritu de aquel Positivismo científico-jurídico, como lo denominara Wieacker, que derivaba su ciencia exclusivamente del sistema, los conceptos y la doctrina jurídica reconocida¹¹. Una ciencia axiomática-deductiva, construida sobre conceptos ordenados en un sistema lógico cerrado, impermeable a los factores sociales, económicos, políticos o religiosos. En suma, un sistema jurídico «autoreferenciado» (en expresión de Luhmann), en que la solución justa se suponía dada por la coherencia lógica formal del sistema.

En las zonas del Derecho privado que primero fueron codificadas —el Derecho cambiario y el mercantil— la doctrina, formada en la ciencia jurídica de la que procedía la confección de la nueva legislación, no tuvo dificultad en pasar del positivismo científico a un positivismo legal, en el que se impuso la fidelidad a la letra de la ley y la integración de las lagunas, mediante el instrumento de la analogía, entendida en el estilo lógico-formal de la dogmática conceptualista.

¹⁰ SCHRÖDER, J., loc.ult. cit.

¹¹ WIEACKER, F., op. cit., pp. 430-443, 433.

Otro tanto parecía que fuera a pasar ahora con la aplicación del nuevo código civil.

Con la entrada en vigor del BGB, el descontento con el curso de la vida judicial fue en aumento¹². Había motivos para ello. A su desconexión de la realidad se unía la rigidez que al Derecho confería la misma forma legal. Los conceptos tenían en la ciencia jurídica una mayor flexibilidad que en la ley¹³. Los conceptos normativos indeterminados y cláusulas generales introducidos en el código —no sin cierta aprehensión de algunos que veían en ellos un peligro para la seguridad jurídica— le conferían sin duda una cierta ductilidad, lo que implicaba una delegación del legislador en los jueces. El desenvolvimiento judicial del Derecho, *praeter legem* o incluso *contra legem*, se convirtió en la cuestión de la época¹⁴.

En el comienzo del nuevo siglo XX las voces que reclaman una reforma del método de la ciencia jurídica son ya un clamor¹⁵.

Entre las diferentes corrientes encasilladas bajo lo que se denominaba «Modernismo jurídico», había una coincidencia plena en dos cosas: el rechazo de la vieja ciencia sistemático-conceptual y la demanda, a los jueces y a la doctrina jurídica que les da apoyo, de una apertura de la mirada a las necesidades de la vida social. La sociología jurídica (Ehrlich) cotiza por esos años claramente al alza, mientras la dogmática jurídica pasa por horas bajas.

Dentro del Modernismo jurídico había posiciones extremas, que reclamaban abiertamente una relajación, cuando no liberación, de la vinculación del juez a la ley (Fuchs, Kantorowicz), dando rienda suelta al sentimiento (*Gefühl*) personal del juez. Tuvieron gran resonancia en un primer momento, pero pronto se vio que el ansia de justicia material no podía desconocer el valor de la seguridad jurídica, ni trastocar el equilibrio de poderes en un Estado constitucional moderno. Por eso mismo, tuvieron un recorrido corto.

Fue una posición intermedia, más conciliadora, la que habría de cosechar pronto un éxito notable y mucho más duradero, especialmente en la doctrina jurídico-privada. La denominada «Jurisprudencia de intereses». Se pronun-

¹² Desde el mundo de la praxis se multiplicaban las voces que cifraban el remedio en la introducción de reformas en la formación de los jueces, reclamando que ésta se ampliara a campos ajenos al Derecho, en particular a la Economía ZACHARIAS, *Gedanken eines Praktikers zur Frage»Juristischen Modernismus*, Berlin, 1910; NUSSBAUM, A., *Rechtstatsachenforschung. Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht*, Tübingen, 1914.

¹³ En este sentido BINDER, J., «Bemerkung zum Methodenstreit in der Privatrechtswissenschaft», *ZHR*, n.100, 1934, pp.4-83, 19.

¹⁴ WIEACKER, *op. cit.*, p. 574.

¹⁵ Sobre el debate en torno al método de la ciencia jurídica vid. el resumen en HECK Ph. *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 1912, *cit.* por la trad. esp. *El problema de la creación del Derecho*, Barcelona, 1961, pp. 31-34.

ciaba ésta por el mantenimiento del deber de fidelidad del juez a la Ley, pero cuestionaba que la aplicación de ésta se redujera a una operación de mera subsunción lógica, como sostenía la vieja doctrina. La decisión judicial era mucho más compleja. Siempre encerraba una investigación y valoración de intereses en conflicto, aunque no libre, como algunos pretendían, sino con arreglo a pautas previamente establecidas por el legislador. El juez era un servidor del legislador, si bien un servidor con un deber de «obediencia pensante» (*denkenden Gehorsam*), en expresión repetida de Heck¹⁶, el fundador y máximo representante de esta escuela.

Conviene que detenerse en los fundamentos teóricos y metodológicos de esta doctrina jurídica, que precisamente Heck la dio a conocer públicamente en una conferencia en la que el problema conceptual del Derecho mercantil le servía de plataforma para la exposición de su teoría sobre el Derecho¹⁷. Sin embargo, le dedicaremos menor extensión que a la corriente de pensamiento que guía a Wieland, por ser aquella bastante más conocida, al menos entre quienes trabajamos en el área del Derecho privado, y de más fácil comprensión.

II. EL ENFOQUE METODOLÓGICO DE HECK SE ENMARCA EN EL PARADIGMA DEL POSITIVISMO CIENTÍFICO-NATURAL: EXPLICACIÓN «CAUSAL» DEL DERECHO

1. La «genética de intereses», como teoría del conocimiento del Derecho

1.1. La traslación al Derecho del método causal de las ciencias de la naturaleza¹⁸

En éstas un hecho se consideraba científicamente conocido cuando era reducido a sus causas.

La noción de causa ha experimentado cambios de significado en el curso de la historia. En la Edad Moderna, se produce un cambio significativo: de causa que da razón de las cosas mismas a la que da razón mensurable de las variaciones de estado y de los movimientos de las cosas, renunciando a explicar la «naturaleza ontológica» del cambio¹⁹.

¹⁶ HECK, Ph., *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1914, pp. 20,51.

¹⁷ *Weshalb besteht ein von dem bürgerlichen Rechte gesondertes Handelsprivatrecht?*, Archiv für die civilistische Praxis, vol. 92, 1902, pp. 438-466.

¹⁸ WIEACKER, F., *op. cit.*, p. 562-563.

¹⁹ FERRATER MORA, J., *op. cit.*, I, p. 514; ROTHACKER, E., «Die dogmatische Denkform in den Geisteswissenschaften und das Problem des Historismus», *Abhandlungen der Geistes- und Sozialwissenschaftlichen Klasse*, 1954, n. 6, separata pp. 5-60 (original 243-298); MITTEIS, H., «Historismus und Rechtsgesichte», *Festgabe für E. Kaufmann*, Stuttgart-Köln, 1950, pp. 265-280, 273-274.

En las ciencias de la vida, es decir, las que se ocupan de los seres vivos (incluidos los hombres), la explicación causal no operaba. En ellas estaba instalada la idea de una finalidad preestablecida que determinaba el proceso de desarrollo de los organismos vivientes, fuera del posible influjo del hombre. Por otra parte, las ciencias naturales, bajo el influjo decisivo de la fisiología celular, explicaban la evolución, es decir, el curso vital de los individuos y la transformación de las especies como un proceso determinado causalmente. El darwinismo, con la teoría de la selección, es decir, de una evolución biológica por selección natural, dio entrada en las ciencias de la vida a la explicación causal. La causa como *causa finalis*. Por su mediación, esta noción de causa pasó a todas las ciencias históricas y sociales, incluida la del Derecho²⁰.

1.1.1. Fue Jhering, dotado de una sensibilidad —calificada expresivamente de «sismográfica»²¹—, quien abrió con entusiasmo el campo de la ciencia jurídica a las influencias de las ciencias naturales. Empezaría con imágenes y comparaciones —traídas de la mecánica, la física, la química o la biología— con una finalidad más bien pedagógica, pero acabaría abrazando, ya en su etapa de madurez, la idea de que el fin (social) como creador del Derecho. Del Derecho, como producto de la voluntad del Estado al servicio de fines sociales, se pasa a considerar a éstos como la causa de la producción de aquel. En suma, el fin como causa (*causa finalis*).

Lo que en Jhering no fue mucho más allá de una intuición, que con el tiempo tendría una enorme repercusión, recibió desarrollo metódico consecuente en la teoría del Derecho de Heck: la «genética de intereses».

1.1.2. La trasposición al campo del Derecho de la explicación causal planteaba, sin embargo, dificultades.

Cuando se trata de un producto de la voluntad humana, como es el Derecho, el fin-cause nos lleva a los «motivos» de la voluntad, que siempre está rodeado de ambigüedades, a las que ni Jhering, ni Heck lograron dar respuesta satisfactoria²².

1.2. La concepción de la ciencia jurídica y de su método²³

1.2.1. Heck concibe la ciencia jurídica como una ciencia eminentemente «práctica»:

²⁰ WIEACKER, F., *op. cit.*, p. 566.; del mismo autor «Ihering y el Darwinismo», *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, ns. 18-19, 1979, pp. 341-370, 342-343.

²¹ WIEACKER, F., «Ihering y el Darwinismo» *cit.*, p. 343.

²² WIEACKER, F., *Privatrechtsgeschichte...*, *cit.*, p. 567-568.

²³ HECK, Ph., *El problema de la creación del Derecho* (trad. esp. *Das Problem der Rechtsgewinnung*, Tübingen, 1912), Barcelona, 1961.

«La ciencia jurídica, por su desarrollo histórico y por su conformación actual, es una ciencia normativa y práctica, como la medicina. La finalidad común a esas ciencias no es la satisfacción del deseo de saber; lo que queremos es hallar caminos para satisfacer la biológica necesidad del Derecho y para hallar el Derecho exigido por la vida.»

Y, partiendo de la premisa de que «el Derecho realmente importante para la vida es aquel que se realiza en la sentencia judicial», Heck tiene clara cuál es la misión de esta ciencia jurídica «práctica»: auxiliar al juez en la actividad preparatoria de la decisión judicial.

La ciencia jurídica «teórica» no solo no le interesa, sino que duda de su misma posibilidad y, desde luego, de su utilidad. Para él no hay más ciencia jurídica que la «práctica», que es la conocida tradicionalmente como ciencia dogmática del Derecho.

Por eso mismo, no le interesarán los planteamientos teóricos de Stammler o Kelsen.

1.2.2. La causa de la producción del Derecho: los intereses.

Es éste un concepto extremadamente confuso en el pensamiento de Heck. Vale, como muestra, esta formulación:

«Utilizamos pues la palabra interés para designar *cualquier disposición reivindicativa en un ámbito de la cultura* y sin tener en cuenta la naturaleza especial del objeto deseado: hablamos hoy *no solo de intereses materiales, sino también de intereses ideales, religiosos, nacionales, éticos.*»²⁴

Y cuando más adelante intenta aclarar el concepto, que considera esencial y fuente de incompreensión de su teoría, tampoco parece tener mejor éxito:

«La jurisprudencia de intereses entiende la voz «interés» en el *amplísimo sentido en que se usa hoy. Sólo en este amplísimo sentido, que incluye los intereses ideales, es ese término utilizable para los fines metódicos de la ciencia jurídica* y sólo en ese sentido se ha utilizado. Tengo forzosamente que subrayar esto porque toda limitación cualitativa redundará en una plena incompreensión de este método, como efectivamente ha ocurrido.»²⁵

Y esta otra formulación tampoco arroja mucha más luz:

«*El objetivo último de la Jurisprudencia y, en particular, de la decisión judicial del caso es la satisfacción de las necesidades de la vida, los apet-*

²⁴ HECK, Ph., *El problema de la creación del Derecho*, cit., p. 70.

²⁵ HECK, Ph., *El problema de la creación del Derecho*, cit., pp. 72-73.

tos (Begehrungen) y tendencias apetitivas (Begehrungstendenzen) existentes en la comunidad jurídica, los materiales como los ideales. Los apetitos y tendencias apetitivas los denominamos intereses y la característica de la Jurisprudencia de intereses consiste en que busca tener presente este objetivo final también en cada operación singular, en cada construcción conceptual...»²⁶

Con esas expresiones tan evanescentes parece estar refiriéndose Heck a «motivos» de la voluntad, en el sentido de demandas de las fuerzas sociales que mueven la voluntad del legislador a producir el Derecho. Se puede, sin embargo, pensar tanto en motivos individualistas (como utilidad y bienestar individuales), como colectivos (utilidad o seguridad de la sociedad, del progreso, del tráfico). Una mezcla de todos ellos se observa en Heck, cuando no una referencia vaga que nada aclara, como ésta:

«...las leyes son las resultantes de los intereses de dirección material, nacional, religiosa y ética, que en toda comunidad se contraponen entre sí y reclaman reconocimiento. En este conocimiento consiste el núcleo de la Jurisprudencia de intereses.»²⁷

1.2.3. Pero a la oscuridad del concepto mismo de «interés» añade Heck ulterior confusión, cuando lo mismo habla de los «intereses» en el sentido de hecho o factor causal, que se refiere a ellos como objeto de valoración o, a veces también, como pauta de valoración²⁸.

El origen de todas estas oscuridades y contradicciones está en las dificultades, en el fondo insalvables, que ofrece el intento de trasposición a la ciencia del Derecho del método causal de las ciencias naturales.

2. La «investigación histórica de intereses» como método de interpretación del Derecho

En congruencia con su concepción de una ciencia jurídica «práctica», resulta lógico que la teoría de la interpretación y desarrollo judicial del Derecho constituya, en palabras del propio Heck «el núcleo de la Jurisprudencia de intereses».

En su teoría de la interpretación de la ley²⁹ vino a mostrar Heck, primero de todo, que la actividad del juez revestía mucha mayor complejidad que lo que pensaba la doctrina tradicional. Implicaba el desarrollo de una investiga-

²⁶ HECK, Ph., *Gesetzesauslegung...*, cit. p. 11.

²⁷ HECK, Ph., *Gesetzesauslegung...*, cit., p. 17.

²⁸ LARENZ, K., *op. cit.*, pp. 74-75.

²⁹ HECK, Ph., *Gesetzesauslegung...*, cit., pp. 8-23, 49-67.

ción de hechos (intereses causales), así como una ponderación de intereses en conflicto, que siempre encerraba un componente «emocional»³⁰.

2.1. Heck se pronuncia decididamente en favor de la interpretación histórica, frente a quienes se declaran partidarios de la interpretación objetiva, que entonces eran mayoría.

«El objetivo último de la obtención judicial del derecho es ciertamente la salvaguardia de los intereses del presente. Pero el logro de este objetivo requiere como acto parcial el reconocimiento de aquellos intereses, cuya promoción es ya anticipada en forma de ley.»³¹

Al juez no le es permitida, según Heck, una valoración autónoma, sino que está vinculado por la valoración previa del legislador. Por eso mismo, el objetivo último de la interpretación de la ley ha de ser la investigación de la voluntad del legislador histórico.

La forma de la interpretación legal habría de ser, pues, una interpretación histórica, que se diferencia, sin embargo, de la de los históricos y filólogos en dos aspectos. De una parte, no es solo investigación de representaciones o conceptos, sino de hechos, es decir, de intereses; de otra, el conocimiento histórico irá ligado estrechamente al desarrollo normativo³².

2.2. *La interpretación legal como investigación de intereses*³³

Partiendo de su teoría causal del Derecho, su teoría de la interpretación es plenamente congruente:

«Los intereses reales, que han causado la ley, pueden ser satisfechos solamente mediante un método de interpretación legal que conduzca al juez a reconocer históricamente estos intereses y a contemplar los intereses así reconocidos en la decisión del caso.»³⁴

La investigación de los intereses es, pues, un medio auxiliar esencial para la comprensión de la «voluntad real del legislador». Este mandato de investigación de intereses constituye —en palabras de Heck— «la cumbre de la Jurisprudencia de intereses»³⁵.

³⁰ HECK, Ph., *Gesetzesauslegung...*, cit., p. 59.

³¹ HECK, Ph., *Gesetzesauslegung...*, cit., p. 65.

³² HECK, Ph., loc. ult.

³³ HECK, Ph., *Gesetzesauslegung...*, cit., pp. 8-23, 49-67.

³⁴ HECK, Ph., *Gesetzesauslegung...*, cit., p. 60.

³⁵ HECK, Ph., *Gesetzesauslegung...*, cit., p.

III. EL PENSAMIENTO DE WIELAND SE ORIENTA EN LA DIRECCIÓN METODOLÓGICA PATROCINADA POR EL NEOKANTISMO EN LAS CIENCIAS HISTÓRICO-CULTURALES: COMPRENSIÓN «TELEOLÓGICA» DEL DERECHO

1. Las reflexiones filosóficas sobre la ciencia jurídica y su método

En una suerte de *ritornello* la preocupación que se observaba al inicio del siglo XIX, hacer de la Jurisprudencia una ciencia, vuelve a reproducirse al término del mismo. Entonces el impulso venía del lado de los juristas «empíricos», en un intento por fundamentar una ciencia jurídica positiva, que trataba de emanciparse de la tutela de la Filosofía y alcanzar la dignidad científica que se le negaba³⁶. Ahora, en cambio, la reflexión sobre cómo debía hacerse una ciencia del Derecho positivo digna de tal nombre venía de la Filosofía, como reacción frente a la insatisfactoria situación de la ciencia jurídica positiva, bajo el dominio de la escuela histórica³⁷. En palabras de Stammler, el problema volvía a ser «cómo hacer posible la Jurisprudencia como ciencia y alejar totalmente de ella el reproche de carecer de valor científico»³⁸. Ahora como entonces la respuesta se busca en la teoría del conocimiento de Kant.

Kant se propuso analizar las condiciones de posibilidad de las ciencias más exitosas de su tiempo —la matemática, la física—, con el propósito de saber cómo habían alcanzado la firmeza en el conocimiento y ver la posibilidad de hacer de la filosofía moral una ciencia con una solidez científica equiparable.

Los neokantianos tratan de hacer lo mismo en relación con las ciencias positivas de su tiempo. «La ciencia del empirismo —como dice González Vicén³⁹— había centrado sus esfuerzos en la acumulación y ordenación del material de la experiencia, renunciando a toda fundamentación supraempírica del saber. Con el renacimiento kantiano, en cambio, «se descubre aquel andamiaje de formas previas a toda experiencia en torno al cual podía cristalizarse la enorme masa del material empírico. Aquí en *este redescubrimiento de las formas a priori del conocer*, que Kant había formulado un siglo antes para las ciencias naturales matemáticas, y que *ahora va a extenderse a todas las ciencias de la cultura*, se halla la razón profunda de la

³⁶ Vid. mi trabajo *La historia del problema conceptual del Derecho mercantil (Un «discurso del método» de la ciencia jurídica)*, en «Liber Amicorum Prof. L. Fernández de la Gándara», Pamplona, 2016, pp. 72-77.

³⁷ En este sentido la crítica de la ciencia jurídica de la escuela histórica en *Über die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie*, en Homenaje a B. Windscheid, con motivo de el 50 aniversario de su graduación doctoral, 1888.

³⁸ STAMMLER, R., *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1911, p. 185.

³⁹ GONZÁLEZ VICÉN, F., «Sobre el neokantismo lógico-jurídico», *cit.*, p. 45.

acogida del neokantismo por la conciencia de una época que se mueve dentro de los límites del empirismo y del positivismo filosófico».

1.1. Bajo la influencia del pensamiento de la escuela de Marburgo, se esforzaron algunos (Kelsen, Stammler) en el desarrollo de sendas teorías «formales» del Derecho, por vías sin embargo diferentes.

Kelsen, aunque influido por el Neokantismo, se mantiene dentro del paradigma del positivismo científico, según el cual no hay más ciencia que la basada en hechos indubitados o en evidencia lógica. Opta por descargar a la ciencia jurídica de toda consideración sociológica o psicológica, así como ética o metafísica, reduciendo su objeto (el Derecho) a los elementos estrictamente normativos. Es decir, una ciencia de normas, que consecuentemente evita toda mezcla de elementos ajenos a su esencia normativa. *La «teoría pura» del Derecho viene a ser, de este modo, una doctrina acerca de las formas lógicas de las relaciones jurídicas, una suerte de Geometría jurídica.* Frente a ella, la labor ordinaria del jurista no pasa de ser una «técnica» o un «arte de la aplicación del Derecho», que en modo alguno podía aspirar a la dignidad de una ciencia⁴⁰.

Stammler intentó, en cambio, el desarrollo de una teoría general del Derecho por la vía de la crítica kantiana del conocimiento. *No parte del fenómeno óptico (el Derecho) sino de la forma de pensar sobre el mismo.* La realidad del Derecho, una «voluntad que establece fines», es diferente de la de la Naturaleza. La forma de pensar de uno y otra son distintas. La naturaleza se explica causalmente, es decir, mediante reducción a causas de la variedad y multiplicidad de los fenómenos. *El Derecho, en cambio, se comprende por los fines.* Partiendo de esa premisa, busca Stammler desarrollar una teoría general del Derecho positivo, mediante conceptos generales de validez universal, con los que abarcar y ordenar las múltiples manifestaciones del fenómeno empírico del Derecho. Tales conceptos jurídicos «fundamentales» son, en realidad, un «procedimiento» o modo formal de ordenar un material diverso en nuestro pensamiento y, de este modo, un enfoque científico de la materia. A diferencia de Kelsen, Stammler no se limitó a establecer una Teoría general del Derecho positivo, avanzó además una «praxis» del Derecho recto, fundada metódicamente en principios racionales, asimismo formales.

Los planteamientos de Kelsen y Stammler, que comparten el propósito de la llamada «teoría general del Derecho», aclarar los conceptos fundamentales del Derecho, tuvieron escaso influjo en la ciencia jurídica positiva.

⁴⁰ Vid. LARENZ.

1.2. Mayor repercusión tuvo en cambio el pensamiento del Neokantismo sudoccidental, en particular de Rickert⁴¹

1.2.1. Rickert se interesó desde muy temprano en la cuestión metodológica de la formación de los conceptos de las ciencias, que fue el tema d su tesis doctoral, realizada bajo la dirección de Windelband y que bajo el título *Teoría de la definición* se publicó el año 1888⁴².

Siguiendo a Kant, considera Rickert que el conocimiento presupone una reconformación (*Umbildung*) del objeto. El concepto es, en este sentido, siempre una simplificación de la realidad, es decir, una selección de lo esencial.

El fin de cada ciencia particular, mantiene Rickert, será determinante de la formación de los conceptos.

«Solo el punto de vista director de una ciencia particular puede ser —nos dirá Rickert⁴³— el criterio decisivo para determinar las notas del material empírico que deban incluirse en un concepto científico.»

En concreto, hacía una referencia expresa a la formación de los conceptos en la ciencia jurídica⁴⁴. Supuesto que el Derecho es un conjunto de proposiciones fundadas en la «voluntad del legislador», el fin de la ciencia jurídica —dirá Rickert— es «cuidar que la voluntad del legislador llegue a expresarse en todas las circunstancias», pues, como decía Jhering, «el Derecho existe para realizarse».

Pues bien, el método de formación de los conceptos debía ser consecuente con el fin de esta ciencia. Las «notas esenciales» con las que se forman los conceptos jurídicos habían de ser aquellas «que contribuyen a que se siga la voluntad del legislador o a que se realice el Derecho» ... «los esfuerzos del jurista tendrán que dirigirse a establecer con precisión la voluntad del legislador e investigar luego cuáles de sus inserciones en la realidad están sujetas a cambio, para poder formar los conceptos con estos dos componentes» ... «el fin del Derecho, que consiste en realizarse, constituye el criterio

⁴¹ *Theorie der Definition* (1.ª ed., Freiburg i. Br., 1888, .ª ed. Tübingen, 1929; *cit.* por trad. esp. México, 1960); *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung. Eine logische Einleitung in die historischen Wissenschaften*, 1.ª ed., 2 vols., Freiburg o. Br., 1896-1902, *cit.* por 5.ª ed., Tübingen, 1929, pp. 339-359; *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft. Ein Vortrag*, 1.ª ed. Freiburg i. Br./Leipzig/Tübingen, 1899; *cit.* por trad. esp. 5.ª ed. (1929), Buenos Aires, 1943, pp. 61-167, esp. 133-153; «Gesichtsphilosophie», en WINDELBAND (ed.) en *Die Philosophie im Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts*, homenaje a Kuno Fischer, Heidelberg, 1907, pp. 321-422, esp. 326-368.

⁴² *Theorie der Definition* (1.ª ed., Freiburg i. Br., 1888, 3.ª ed. Tübingen, 1929; *cit.* por trad. esp. México, 1960).

⁴³ *Op. cit.*, p. 51.

⁴⁴ *Op. cit.*, pp. 42-47.

último para decidir si una nota es esencial o no a la formación de un concepto jurídico».

Pone a continuación un ejemplo muy clarificador, que no me resisto a reproducir, siquiera sea extractado:

«La tipificación del delito de falsificación de dinero, en una época en que no existiere más que la moneda de metal, lógicamente podrá venir formulado de la siguiente manera: «si alguien falsifica moneda debe ser penado de tal o cual manera». La definición de moneda como «metal acuñado» era perfecta, por cuanto comprendía todos los objetos a que se refería la pena. “Metal acuñado” eran sus notas esenciales. Pero desde el momento en que hubo papel moneda, la definición se volvió inutilizable y el jurista tuvo que cambiarla. Lo que el legislador quiso penar era la falsificación de la certificación legal que confería al metal su valor de medio de cambio. Pero, como el concepto de papel legalmente certificado también comprendería las letras de cambio, cuya falsificación sin embargo quiere el legislador penar de distinta manera que la falsificación del dinero, habría de añadirse a la nota de certificación legal, para que la verdadera voluntad del legislador se realice conforme a su fin, la de su carácter público y, de este modo, el dinero se definiría como “un medio de cambio público legalmente certificado”. Bajo este concepto estarían ahora comprendidos todos los objetos cuya falsificación quiere el legislador que esté ligada con determinada pena.»

«Se comprende fácilmente —concluye Rickert— que no siempre es menester la aparición previa de un nuevo invento o descubrimiento para cambiar y perfeccionar un concepto jurídico en la forma que acabamos de exponer. Aun sin una ocasión exterior es posible reflexionar si hay una nota que pudiera suprimirse del todo en una definición o, al menos, hacerse más general, sin perjudicar la seguridad en la aplicación del concepto. Solamente debemos señalar que la supresión o generalización de notas encuentra su límite cuando la aplicación del concepto se vuelve insegura y, por tanto, la voluntad del legislador ya n se expresa con pureza; *el fin del Derecho, que consiste en realizarse, constituye el criterio último para decidir si una nota es esencial o no a la formación de un concepto jurídico...* para poder distinguir las notas esenciales de las no esenciales, es menester determinado fin... no pueden distinguirse por medio de reflexiones puramente lógicas, sin ayuda de un punto de vista material... también en las otras ciencias llamadas analíticas es imposible formar conceptos sin un punto de vista semejante y, de hecho, *nadie puede tratar de «realizar una ciencia sin basarse en una «idea»... la «idea a que debe su existencia esas formaciones de conceptos debe ser decisiva siempre para esos conceptos si ellos han de ter algún sentido»*⁴⁵.

Rickert parte aquí —igual que Stamler— del concepto «voluntarista» del Derecho —«voluntad consciente que establece fines»— y, consecuente-

⁴⁵ *Op. cit.*, pp. 46-47.

mente, propugna al igual que aquel, un método teleológico en la ciencia jurídica. Pero con una diferencia notable en el método de formación de los conceptos jurídicos. Mientras Stammler se vale de conceptos «generalizadores», con los que busca poder abarcar todas las manifestaciones empíricas del Derecho y así alcanzar un conocimiento de validez universal, los conceptos de Rickert se forman mediante reducción a las notas esenciales desde la perspectiva finalista de la ciencia que estudia ese objeto, el Derecho. En este sentido se puede decir que la formación de los conceptos en la ciencia jurídica es doblemente teleológica. En razón, primero, de la peculiaridad lógica del Derecho mismo (voluntad consciente que establece fines»), en lo que coinciden Stammler y Rickert; y en segundo lugar, por el fin perseguido por la ciencia que se ocupa de su estudio, que es en lo que Rickert pone el énfasis.

En resumen, concluirá Rickert, en todas las ciencias analíticas «solo el punto de vista director de una ciencia particular puede ser el criterio decisivo para determinar las notas del material empírico que deban incluirse en un concepto científico»⁴⁶.

1.2.2. Se ocupará primero en *Los límites de la construcción conceptual de las ciencias de la naturaleza* (1896-1902) de la conceptualización en las ciencias naturales y de sus límites, aunque con el propósito sobre todo de mostrar que el método científico-natural no era aplicable en la Historia⁴⁷, que era donde estuvo siempre su principal interés gnoseológico.

Partiendo de la referida premisa kantiana de que la realidad no puede conocerse sin una re-conformación (*Umbildung*), es decir, una simplificación de la misma, pone de manifiesto Rickert cómo en las ciencias de la naturaleza la simplificación suele realizarse mediante conceptos generales que abarcan unitariamente el mayor número posible de fenómenos particulares. A tal fin son formados, con pocas normas distintivas comunes a todos ellos, son conceptos de género (*Gattungsbegriff*), que posibilitan conocer leyes de validez general relativas al nexo de la naturaleza.

Por cierto, Stammler se sirve en su teoría del Derecho de ese tipo de conceptos «generalizadores», propios de las ciencias naturales. Era congruente con su pretensión de un conocimiento de validez universal sobre el Derecho y la idea de una ciencia jurídica, con la que se pudiera dominar formalmente cualquier ordenamiento jurídico.

Estos conceptos «generalizadores», utilizados por las ciencias de la naturaleza, no son adecuados, según Rickert para el conocimiento de la Historia

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 51.

⁴⁷ *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung. Eine logische Einleitung in die historischen Wissenschaften*, 1.^a ed., 2 vols., Freiburg o. Br., 1896-1902, cit. por 5.^a ed., Tübingen, 1929.

y de las ciencias culturales con ella emparentadas. Aquí se precisan otro tipo de conceptos: conceptos «individualizadores».

En una disertación sobre la ciencia cultural y la natural (1899) trató de ofrecer, en una forma fácil y asequible, las bases de una exposición positiva de la esencia lógica de la Historia. Se convertiría en el más popular de sus libros, aunque siempre se lamentaba Rickert de las imprecisiones que la simplificación comportaba⁴⁸.

1.2.3. En su *Filosofía de la Historia* (1907) expuso Rickert su forma de pensar la Historia, en particular la estructura lógica interna de la conceptualización histórica⁴⁹.

El refinamiento intelectual que revisten las reflexiones de Rickert —como, en general, del pensamiento de los neokantianos—, hace impensable ofrecer aquí siquiera una síntesis apretada. Me limitaré a las ideas centrales de su pensamiento.

1.2.3.1. Conceptos «individualizadores» frente a conceptos «generalizadores»

«...se debe excluir que el pensamiento científico se identifique con la construcción de conceptos generales, es decir, con la reunión de una pluralidad de objetos comunes, que es realizada mediante abstracción o análisis... la conceptualización generalizadora celebra su mayor triunfo en las ciencias de la naturaleza... el mejor fundamento para el Naturalismo metodológico... toda realidad puede ser sometida a un enfoque generalizador, pero no que la construcción de conceptos generales sea en general idéntica con el procedimiento científico»⁵⁰.

«...a la esencia lógica de la ciencia histórica pertenece que, tal como se entiende a sí misma, no pretende realizar una elaboración de la realidad en consideración a lo común de los objetos, porque por esta vía nunca son alcanzados los objetivos que como Historia... el objeto histórico... cuando debe exponerse como conjunto vale en su singularidad y nunca repetible individualidad... solo la individualidad del conjunto (die Ganze) viene a la contemplación... el conjunto histórico es objeto de consideración en su unicidad e individualidad...»⁵¹.

⁴⁸ *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft. Ein Vortrag*, 1.ª ed. Freiburg i. Br./Leipzig/Tübingen, 1899; cit. por trad. esp. 5.ª ed. (1929), Buenos Aires, 1943, pp. 61-167, esp. 133-153.

⁴⁹ «Gesichtsphilosophie», en WINDELBAND(ed.) en «Die Philosophie im Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts», Festschrift für Kuno Fischer, Heidelberg, 1907, pp. 321-422, esp. 326-368.

⁵⁰ «Gesichtsphilosophie», cit., p. 337.

⁵¹ «Gesichtsphilosophie», cit., p. 339.

«...precisamente porque la historia ha de contemplar lo «singular» siempre en lo «general», es decir, como miembro de un conjunto, debe de ser contada entre las ciencias individualizadoras.»⁵²

1.2.3.2. La referencia a «valores», como punto de vista director de la formación de los conceptos en la ciencia histórica.

Inicialmente Rickert hablaba siempre del «fin» como principio directivo. En la segunda edición de esta obra (193) introduce un cambio terminológico sustituyendo ese término por el de «valor». Advierte expresamente que no representa un cambio sustancial de la idea de fondo. No significa que el historiador valore, es decir, tome partido, sino que necesita servirse de un principio directivo, un «valor» que le permita seleccionar lo «esencial» y encontrar la unidad en el relato histórico. La equivalencia en el fondo del nuevo término («valor») con el antiguo («fin»), le permitió seguir hablando, no obstante el cambio de palabras, de una «formación teleológica del concepto», para referirse al concepto formado bajo la guía directiva de los «valores».

Es, sin embargo, importante reparar en la finalidad perseguida con el cambio de palabras. Aun a sabiendas de que la introducción del término «valor» en la ciencia levantaba polémica, Rickert temía más otros posibles equívocos que el término «fin» podía provocar. Sobre todo que pudiera dársele el significado de «causa final»⁵³.

Esta digresión es particularmente pertinente aquí, por cuanto Heck también consideraba la «Jurisprudencia de intereses» como una manifestación más de una corriente general, por él denominada «Jurisprudencia teleológica», donde incluía todas las tendencias que, eran críticas con la tradicional ciencia jurídica conceptualista de la pandectística. Y asimismo habla de interpretación «histórico-teleológica». Pero en Heck la idea de «fin» es la de *causa finalis*, que es precisamente la idea que pretende evitar Rickert y por ello prescinde del término e introduce el de «valor», pese a que en esta época la aspiración a una «ciencia libre de valores» estaba en el centro del debate intelectual.

A este respecto, insiste Rickert en que no se debe confundir «referencia a valores» con «valoración». El historiador no ha de valorar, es decir, emitir juicios de valor, pero necesita de una idea directriz, que le permita separar lo «esencial» de lo «no esencial» y de este modo encontrar la unidad del relato histórico.

«El historiador no valora como historiador sus objetos, antes bien pre-encuentra valores como el del Estado, la organización económica, el arte,

⁵² «Gesichtsphilosophie», *cit.*, p. 345.

⁵³ *Die Grenzen...*, *cit.*, pp. 343-346.

la religión, etc... como hechos a constatar empíricamente, y a través de la referencia teórica de los objetos a estos valores, es decir, en consideración a ellos... estructura la realidad en partes esenciales y no esenciales, sin tener que hacer un juicio de valor directo, positivo o negativo, sobre los objetos.»⁵⁴

1.2.3.3. Pero entonces se presentaba el problema de la elección del valor: Rickert apunta a los valores generales de la cultura dominante como referencia-guía.

«...solo devienen esenciales históricamente los objetos, que poseen significación en consideración de intereses sociales... el hombre como ser social es el objeto principal de la investigación histórica... la cultura como el proceso a través del cual en el curso del desarrollo histórico se realizan los valores sociales generales... los valores que guían la elección de lo esencial en la historia se han de denominar valores culturales generales, como los conceptos de valor del Estado, la Religión, el Arte, el Derecho, la organización económica, etc.»⁵⁵

2. Karl Wieland será uno de los pocos que, en la zona del Derecho privado, se hizo eco del pensamiento de Rickert⁵⁶.

En un tiempo en que la «Jurisprudencia de intereses» se imponía en la doctrina jurídica privada y pocos eran los que elevan la mirada por encima de la ciencia jurídica «práctica», Wieland llama la atención sobre la contribución de la filosofía crítica, renovada por el Neokantismo, a la metodología de la Historia y, por derivación, de la ciencia jurídica.

1. El alineamiento de Wieland con el pensamiento de Rickert es explícito:

«...la visión de la forma auténtica de trabajo de la Historia viene abierta en las últimas décadas a través de una serie de valiosas investigaciones, que se conectan con los nombres de Windelband, Rickert y Simmel. Su objetivo es hacer utilizable el conocimiento alcanzado a través de Kant para las ciencias de la naturaleza hacerlo utilizable en la Historia y las ciencias culturales emparentadas con aquella según su estructura lógica... la realidad contemplada necesita más bien una transformación e interpretación a través de las categorías *a priori* del conocimiento. Este proceso de transformación lo realizan las ciencias naturales y culturales por diferen-

⁵⁴ *Philosophie der Gesichte cit.*, p. 358.

⁵⁵ *Op. ult. cit.*, p. 366.

⁵⁶ *Die historische und kritische Methode in der Rechtswissenschaft*, conferencia en la fiesta rectoral de la Universidad de Basilea, Leipzig 1910, 42 pp.; *Andreas Heusler und Rudolph von Ihering*, Discurso conmemorativo del centenario del nacimiento de Andreas Heusler (30 de septiembre de 1934), Basel 1935, 29 pp.

tes caminos complementarios. Las ciencias naturales superan la pluralidad inabarcable de lo real a través de la incardinación de lo especial bajo lo general en su conexión legal. Ellas escalan a conceptos de género más elevados... sólo interesa lo coincidente en las cosas. Por tanto deben diluir lo singular e individual. *La Historia y las ciencias culturales buscan aprehender lo fáctico de la realidad en su singularidad y nunca repetible unicidad. Con ello deviene principio de selección para ellas el interés que toman en lo singular. En la medida en que la Historia refiere la realidad a valores logra separar en ella lo esencial de lo que no lo es y a través de la incardinación en la conexión histórica aprehender lo singular e individual en cuanto tal...*»

«...el historiador, a diferencia del cronista no introduce sus valoraciones diarias subjetivas en la Historia, deben los contenidos históricos ser referidos a valores «normativos generales» o, como dice Rickert, a valores sociales culturales...»

«En la zona de la ciencia jurídica ha podido echar raíces la reflexión crítica solo hace poco tiempo... esta todavía alejada de un reconocimiento general... son las formas *a priori* para la zona especial de la experiencia de las determinaciones jurídicas las que nos posibilitan crear orden en la maraña inabarcable de relaciones sociales de poder. Ellas pertenecen a los estadios pre-científicos y en parte pre-jurídicos... pero no pueden fundamentar proposiciones positivas de un ordenamiento jurídico dado o simplemente pensado, porque ellas solo posibilitan experiencia jurídica... *no es posible alcanzar con aclaración de los conceptos jurídicos generales una comprensión concluyente, porque ellos sólo contienen las condiciones del conocimiento objetivo, no éste en sí mismo...*»

«...supondría sin embargo *presuponer que se ha de investigar el desarrollo social en el sentido del método científico-naturalista con arreglo a leyes naturales*; pues solo en la medida en que la conexión según las categorías de causa y efecto permite ordenar, puede mediar por sí solo un enriquecimiento sustancial de nuestro conocimiento. Precisamente en la medida en que los procesos sociales históricamente, es decir, en último fundamento son reconducibles a la actividad creativa de individuos libres, *este camino no conducirá al objetivo*. La contemplación histórica muestra primero de todo solo la causación externa, sin que nos abra una comprensión objetiva. Como en el nacimiento del Derecho nos garantiza una visión de su esencia, tampoco la primera aparición de un específico instituto jurídico nos proporciona información sobre su contenido y significación. *Las investigaciones de este género... permanecen divertimentos ociosos, en tanto sus resultados no son incardinados en una conexión más general, establecida por otras vías distintas de la histórica*. Precisamente el procedimiento correcto de la Historia, que para las otras ciencias culturales es el modelo, muestra más bien que también sobre este segundo escalón la Historia pertenece al final, no al comienzo...»

2. Las enseñanzas que Wieland extrae para la ciencia jurídica «práctica», dirigida a la interpretación y desarrollo judicial del Derecho⁵⁷.

2.1. Reconocimiento del valor de la investigación histórica en la ciencia jurídica, pero haciendo expresa prevención frente algunos falsos métodos históricos, en particular:

2.1.1. La investigación histórico-causal

«...se presupone que el método científico-natural había de *investigar el desarrollo social con arreglo a leyes generales*; pues solo en la medida en que el enlace de conformidad con las categorías de causa y efecto se pueda ordenar bajo leyes generales, puede procurarse por si solo un enriquecimiento sustancial de nuestro conocimiento... la contemplación histórica muestra primero de todo solo la causación externa circunstancial, sin abrirnos a una comprensión del objeto. Tan poco el nacimiento del Derecho garantiza una penetración en su esencia, tan poco proporciona la primera comparecencia de un instituto jurídico específica información sobre su contenido y significación. *Las investigaciones de este género, hoy día tan de moda... no pasan de juegos divertidos, en tanto sus resultados no vengan incardinados en una conexión general...*»

La ciencia jurídica, por el contrario, ha de «inferir el fin interno (inneren Zweck) y la idea de la totalidad (Idee des Ganzen) de las nunca suficientes normas jurídicas positivas, para completar, a partir de la idea conocida, las proposiciones que faltan ... en lugar de una fundamentación histórica se ha de penetrar en el fondo material para la exposición del momento práctico del fin.

2.1.2. La investigación psico-genética

Todavía más extendida es la falacia obvia que equipara el fin de la ley con el establecimiento consciente de fines. La misión de la actividad judicial es, así parece, descubrir las intenciones del legislador e interpretar la ley en el sentido que éste le quería atribuir... precisamente el método de la Historia nos permite saber que el momento del fin no se ha aprehender en sentido histórico falso, es decir, psico-genéticamente, que la explicación en base a conexiones teleológicas adquiere otra significación que va mucho más lejos. *Cuando el historiador refiere los acontecimientos históricos a valores o fines, eso no quiere decir que él los infiera de representaciones teleológicas conscientes de personas actuantes.* Más bien investiga él desde su posición como aquellos han contribuido a realizar *los fines pensados por el historiador.* *La agrupación con arreglo a fines le proporciona el medio para separar lo no esencial, estructurar el material y ordenarlo en una conexión general».*

⁵⁷ Op. ult. cit., pp. 26-34.

2.2. La ciencia jurídica dogmática debe tomar la dirección metodológica prescrita por Rickert para la Historia⁵⁸:

«La ciencia jurídica tiene que elegir como dirección la forma de trabajo de la historia. Tiene que acometer el proceso de simplificación en la forma de que lo individual y singular no se pierda... a través de la referencia a valores se separe lo esencial de lo no esencial, lo relevante jurídicamente de lo que no tiene significación jurídica. El Derecho no porta valor en sí mismo... lo pre-encuentra en las necesidades e intereses, a cuya realización y protección está obligado... a ellos hay que dirigirse, para comprender las disposiciones jurídicas en su verdadero sentido. Pues como también ellos están sujetos a cambios, los estadios de desarrollo posteriores se construyen sobre los anteriores, se cree que el presente solo puede comprenderse a partir del pasado, mientras sin embargo precisamente la evolución, sin sujeción a leyes, de la formas de vida social permite sugerir la conclusión contraria. Por tanto, la comprensión exige un parada fija, que no la puede garantizar la realidad fáctica en continuo fluir sin descanso... la conexión del Derecho y de la Economía debe ser aprehendida conceptualmente en su pura singularidad real... Para hacer objetivo un proceso de desarrollo, debe el historiador igualmente tomar una serie de imágenes momentáneas. Debe dividir el proceso histórico en periodos singulares, no dados en la realidad y trabajar cada uno de ellos sistemáticamente... además quien quiera obtener una visión viva del Derecho actual, no solo habrá de conocer aquella conexión, sino comprenderla internamente, de modo que solo extraiga lo útil de la historia. Tanto el pasado recibe luz del presente, como al revés la comprensión del presente es completada a través de la historia...»

2.3. El énfasis en la perspectiva «funcional» del Derecho, enlazando el pensamiento de Rickert con el del segundo Jhering:

Rickert había venido a mostrar que «los procesos históricos devienen partes y etapas de un proceso de desarrollo, que en la dirección de un fin común se condicionan e influyen recíprocamente»

«Es la misma idea, trasladada al campo jurídico, cuando Jhering reclamaba que la ciencia jurídica debía prestar mayor atención al lado funcional del Derecho o cuando recientemente Degenkolb insiste en que la contemplación unilateral de los procesos y situaciones singulares no bastan

⁵⁸ Heck cuestionará (*La creación del Derecho*, cit., nota 63 p. 80; *Gesetzesauslegung...*, cit., p. 308) que Wieland ponga como modelo para la ciencia jurídica el método de la ciencia histórica según la concepción de Rickert. La ciencia jurídica ha sido siempre —argumenta de contrario Heck— una «ciencia de valores», pero la nueva tendencia va más allá y coloca, junto a la tarea de registrar valores y obedecerlos, la de una valoración autónoma. A juicio de Heck, la concepción de Wieland vendría condicionada por la teoría objetiva de la interpretación de la ley. En este sentido, no duda en incluir a éste dentro del «Modernismo jurídico», junto a Kantorowicz, Stampe y Fuchs (*La creación del Derecho*, cit., nota 69, p. 83).

para posibilitar una verdadera comprensión de las relaciones jurídicas. «*Su conexión interna es la conexión teleológica funcional de sus elementos*». En la medida en que *buscamos en las instituciones jurídicas los fines que las han conformado*, las partes que las componen son liberadas de su aislamiento. Nosotros aprendemos a reconocer, como se relacionan entre si y se condicionan recíprocamente... cuanto más rica sea la conformación de las construcciones jurídicas, tanto más fallan las habituales formas de contemplación. Así, de la complicada estructura de las modernas formas de empresa, como la s.a. o la cooperativa, solo obtenemos una visión cuando su morfología se hace comprensible, cuando visualizamos que la responsabilidad por las deudas es dependiente del número de los miembros, de su mayor o menor influjo sobre la dirección del negocio, como a su vez aquella condiciona la libertad o sujeción del patrimonio social y la adaptación a las coyunturas cambiante.

«Solo por esta vía logra el trabajo dogmático preparatorio formar así su material, que permite extraer de las experiencias del pasado lo útil... Cuando Ihering elevaba el reproche de que la ciencia jurídica se había acostumbrado a contemplar el Derecho desde su lado anatómico, lo que para él sobre todo había de hacerse era la investigación histórica, tal como el la encontró, como un suceder ordenado con arreglo a tiempo y contenido, transformarla en Historia en el verdadero sentido de la palabra... A pesar de ello permanece aquel lado funcional del derecho siempre todavía indebidamente descuidado»⁵⁹.

IV. LA DIVERGENCIA EN EL PUNTO DE PARTIDA DE LA TEORÍA Y DEL MÉTODO DE LA CIENCIA JURÍDICA DETERMINARÁ UN ENFOQUE DIFERENTE DEL PROBLEMA CONCEPTUAL DEL DERECHO MERCANTIL

La ocasión no me permite más que un apunte sobre la forma en que Heck y Wieland afrontan el problema gnoseológico concreto que la existencia del Derecho especial mercantil suscita.

Esto nos debe bastar para caer en la cuenta de la transcendencia que tiene la reflexión teórica la ciencia jurídica y su método. Todo movimiento en los niveles elevados del pensamiento trae siempre consecuencias en el planteamiento y resolución de los problemas que se presentan en niveles inferiores. Éste es el *leit motiv* preside el repaso «personalizado» de la historia del problema conceptual del Derecho mercantil.

⁵⁹ Volverá a insistir, con más fuerza si cabe, en la relevancia del «momento práctico del fin» para tener una visión «funcional» del Derecho, poniendo el acento en las relaciones entre la Economía y el Derecho, en WIELAND, K., *Andreas Heusler und Rudolph von Ihering*, cit., pp. 16-17.

1. Heck y Wieland coinciden en el diagnóstico del problema

1.1. Se plantean entender la razón de ser de un Derecho privado especial, que, con independencia de la forma de ordenación externa, se presenta en la experiencia histórico-comparada con una continuidad en el tiempo y difusión en el espacio, que permiten hablar de una «estructura» normativa.

Con independencia de la forma en que viene acotada su vigencia en los diferentes ordenamientos jurídicos, se nos revela como un Derecho especial destinado a un ámbito de la vida social, que guarda relación con los sectores más dinámicos de la economía. La denominación con la que se le conoce en la generalidad de los países no casa con su ámbito material de vigencia. Junto al comercio, la industria, la minería, los servicios están hoy día —y estaban ya en vida de Heck y Wieland— regidos, de hecho, por este Derecho privado especial.

1.2. Pero hay algo en esta estructura normativa, que llama la atención. La falta de unidad o, si se prefiere, de cohesión, tanto en el contenido de normas, como en la materia regulada.

En el plano de las normas puede observarse, junto a especialidades normativas, respecto de tipos cuya sede se encuentra en el Derecho civil, variantes de instituciones existentes también en este Derecho general. La tipología propiamente mercantil es escasa. Todo ello arroja una imagen de fragmentariedad y fuerte dependencia del Derecho civil general.

En cuanto a la materia regulada, es decir, al campo material de aplicación, la falta de unidad resulta asimismo llamativa. No se ve, a primera vista, que pueden tener en común sectores de la actividad económica tan diversos de aquel —el comercio— para el que históricamente surgió este Derecho. Y todavía resulta más chocante que haya perdurado hasta nuestros días una denominación retrospectiva (Derecho mercantil, Derecho del comercio), que es obvio no se corresponde con el ámbito efectivo de vigencia de este Derecho especial. Y que la doctrina hasta hace relativamente poco tiempo encuadrara este Derecho en la teoría económica del comercio.

Tanto Heck como Wieland coinciden en la irrealidad de esa conexión y en la necesidad de encontrar una explicación de este Derecho. Los dos están de acuerdo asimismo en que se trata de un problema histórico y que la mirada ha de dirigirse a la materia regulada.

Es más, los dos comparten el mismo objetivo. En palabras de Heck, que Wieland suscribe, se trata de encontrar «*un punto de vista general que explique satisfactoriamente tanto el contenido de la separación (del Derecho privado especial respecto del civil general) como su perímetro actual y su historia*»⁶⁰.

⁶⁰ «Weshalb besteht ein...» *cit.*, p. 454. Ya había apuntado su tesis en una recensión publicada en 1889 : «Drei rechtswissenschaftliche Vorträge in gemeinverständlicher Darstellung von G. COHN, Heidelberg 1888» , ZHR 1889, vol. 35, pp.641-643.

Pero en la forma de alcanzar ese objetivo, ese «punto de vista general», vienen las discrepancias.

2. El enfoque de Heck

Desde sus presupuestos teóricos y metodológicos de partida, Heck intenta una explicación causal del problema, que ya se está evidenciando en la propia formulación de la pregunta: ¿«por qué existe un Derecho privado mercantil separado del Derecho civil?».

Partiendo de la idea de que el Derecho es producido causalmente por las «necesidades sociales», piensa que las que determinaron la génesis de este Derecho, allá en la Edad Media, han de ser las mismas que ahora operan en el campo de aplicación mucho más vasto al que este Derecho se extiende en la actualidad. Las mismas causas han de producir los mismos efectos. Solo así se explica la perpetuación de este Derecho, ahora sobre un campo material de aplicación mucho más amplio que el originario.

La tendencia al «mocausalismo», tan frecuente en las explicaciones causales de la Historia⁶¹, le llevará a Heck, como sabemos, a reducir la razón de ser de este Derecho especial a una causa única:

*«El Derecho de la explotación jurídico-negocial masiva que buscamos, es el Derecho mercantil que tenemos. Este es el factor que históricamente primero ha actuado en relación con el comerciante, en el sentido de intermediario, y hoy opera sobre un campo mucho más amplio.»*⁶²

3. El planteamiento de Wieland

3.1. Considero oportuno comenzar con la crítica del enfoque causal de Heck:

«...la pregunta sobre las causas operantes deviene fácilmente en fuente de errores, dado que va unida a la representación muchas veces de que sólo haya de reconocerse una causa como la decisiva. Algunos, en especial Heck, que sobre nuestro problema han reflexionado más intensamente, han sucumbido a esta tentación. No es en absoluto la conexión causal, por la que hemos de preguntar primero. Del mismo modo que la comparación de lenguas no persigue las raíces comunes y la posterior ramificación de las formas del lenguaje antes de que primero se dominan las lenguas que se quieren comparar, tampoco podemos poner la investigación de las cau-

⁶¹ MITTEIS, H., «Historismus und Rechtsgesichte», *cit.*, pp. 273-274.

⁶² «Weshalb besteht...», *cit.*, p. 456.

sas al comienzo. *Más bien tenemos que ser humildes primero de todo respondiendo a la pregunta: Qué es el objeto del Derecho mercantil* o, como Heck en otro lugar (p. 454) rectamente formula: hay un punto de vista general que explique tanto el contenido de la separación como su volumen actual y su historia?»⁶³

3.2. Lo que busca Wieland es una conexión de otro género: un conexión de sentido o, como él dice con terminología neokantiana, un concepto unitario

*«La unidad que buscamos es una unidad del concepto y éste contiene siempre el tipo de conexión unitario de una pluralidad de notas o fuerzas. Lo que se ha de probar es más bien si no hay una zona en sí cerrada y armónica que coincida con el campo de aplicación del Derecho mercantil actual, por consiguiente que sea más vasto que el comercio en sentido estricto y en la que se incluyan las partes integrantes del Derecho mercantil y a pesar de su aparente naturaleza dispar pueda conceptualizarse como un concepto unitario. Los límites a los que llegamos por este camino no coinciden con los del Derecho positivo. Este es variable y circunstancial, aquel pese a todos los cambios es permanente en su esencia...»*⁶⁴

«El valor de los conceptos generales de esa clase consiste más bien que nos posibilita comprender unitariamente un conjunto reunido de partes aparentemente dispares.»⁶⁵ (vid. nota 154)

Advierte Wieland que no se trata de un concepto *a priori*, sino de un concepto soportado en la experiencia jurídica histórica:

*«No se trata en modo alguno de construir artificialmente un concepto apriorístico del derecho mercantil. Antes bien, debe el Derecho mercantil histórico proporcionar el punto de partida. Por tanto a la solución de las referidas misiones debe preceder una mirada sobre el desarrollo histórico y las fuentes del Derecho mercantil, aunque sin embargo permanece dirigida la mirada a las conexiones generales y se ha de descubrir como el Derecho mercantil, como conjunto, se separa de su fundamento jurídico-civil.»*⁶⁶

3.3. A continuación expone el punto de vista directivo, que le guía en la búsqueda de un concepto unitario:

Se ha de partir aquí de los supuestos de hecho, sobre cuya pertenencia al Derecho mercantil no hay ninguna duda... los supuestos de hecho genuinos del Derecho mercantil, los fines a los que sirven y su conexión

⁶³ *Handelsrecht*, I., pp. 143-144.

⁶⁴ *Handelsrecht*, I, cit., p. 9.

⁶⁵ *Handelsrecht*, I, cit. p. 154.

⁶⁶ Loc. ult. cit.

interna pertenecen a la zona de la vida económica. Ellos son el material (*Stoff*), que ha de formar el jurista con la mediación de las categorías como «comerciante» y «negocios mercantiles». *El concepto unitario de comercio debe ser obtenido por tanto a partir de puntos de vista económicos y con el auxilio de la construcción conceptual económica. Que ésta no es la teoría económica del comercio en sentido estricto es claro sin más. Solo en la nueva doctrina económica pública y privada ha alcanzado un ambiguo concepto fundamental cada vez más una forma definida, de la que cabe esperar que su contorno fáctico cubra las áreas del comercio en sentido amplio. Es el concepto de empresa (Unternehmung)...»*⁶⁷

Y exige, después, su verificación en el Derecho positivo:

*A continuación se debe verificar que los supuestos de hecho legales del comercio en sentido jurídico muestren en su mayor parte su nota común en el concepto de empresa. Que muchas veces han determinado la tipificación consideraciones condicionadas históricamente de naturaleza externa... no puede cogernos por sorpresa a la vista de la falta de un principio de selección fijado conscientemente. Solo puede decidir aquí el fenómeno típico general, que nos debe esclarecer la esencia propia del comercio.»*⁶⁸

Como puede apreciarse, el planteamiento de Wieland se mueve en las coordenadas del pensamiento de Rickert. Fácilmente se reconoce en el concepto de empresa uno de esos conceptos histórico-individuales propios de las ciencias culturales, que le sirve a Wieland para comprender unitariamente la dispersa materia regulada por el Derecho mercantil. Es, en este caso, un valor tomado de la cultura económica que, a través de la referencia teórica del objeto (el Derecho mercantil positivo) a ese valor, le permite a Wieland estructurar una realidad aparentemente disgregada, separar lo esencial de lo no esencial, y encontrar unidad, es decir, una conexión teleológica en una materia a primera vista inconexa.

En las palabras finales de Wieland —«*sólo puede decidir el fenómeno típico general*»— se insinúa ya el concepto-tipo, una construcción conceptual que por aquellos mismos años introdujo en las ciencias sociales Max Weber, quien, por cierto, no es casualidad que estuviera también muy influido en sus comienzos por Rickert. Pero esto es ya otra historia.

⁶⁷ *Handelsrecht*, I, *cit.*, p. 144, atribuyendo, en concreto, Schäffle y Liefmann el mérito de haber esclarecido este concepto, lo que le ha conferido valor para la conceptualización unitaria de la materia mercantil.

⁶⁸ *Handelsrecht*, I, *cit.*, p. 145.

Reconocimiento legal de un derecho de separación adicional y dispositivo en favor del socio minoritario de la sociedad dominante

Nerea Iráculis Arregui

Profesora Agregada de Derecho Mercantil

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)¹

Sumario: I. Introducción.—II. Reconocimiento legal de un derecho de separación adicional. 1. Inicial artículo 348 bis LSC y su dudosa aplicación analógica a la sociedad dominante en situación de grupo. 2. Nuevo artículo 348 bis LSC: su aplicación respecto de los beneficios de la sociedad «isla» y de los beneficios consolidados del grupo.—III. Reconocimiento legal de un derecho de separación dispositivo.

I. INTRODUCCIÓN

En el nuevo artículo 348 bis LSC, modificado a través de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, el apartado cuarto constituye una importante novedad, en la medida en que no se contemplaba en la proposición de reforma de dicho precepto². La regla de dicho apartado supone el reconocimiento legal de un derecho de separación propio a favor del socio minoritario de la sociedad dominante, en caso de falta o insuficiente distribución vía dividendo de los resultados positivos consolidados atribuidos a la sociedad dominante. El ámbito de aplicación de dicha regla aparece delimitado por un conjunto de referencias, de carácter subjetivo y objetivo o material. Por un lado, la sociedad en la que se aplica es la sociedad dominante y el socio de dicha sociedad es el que adquiere el derecho de separación. Por otro, los

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Nuevas tecnologías, transformación de mercados y Derecho de la competencia» (Ref. RTI2018-094201-B-C21), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

² Proposición de Ley para modificar el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, BOCG 1 de diciembre de 2017, págs. 4-5.

resultados positivos, legalmente distribuibles y atribuidos a la sociedad dominante, tal y como figuran en las cuentas anuales consolidadas, son el presupuesto de la obligación de reparto de dividendos por parte de la sociedad dominante, cuyo incumplimiento posibilita el ejercicio del mencionado derecho de separación. El objetivo de este trabajo no son dichas referencias concretas³, sino la finalidad misma de la regla, esencialmente, su vertiente tuitiva, cubriendo la laguna legal de protección del socio minoritario de la sociedad dominante que caracterizó al régimen precedente. En este sentido, se trae a colación el esfuerzo doctrinal realizado en defensa de la aplicación analógica para paliar aquel silencio normativo en situaciones de grupo, lo que encontré, a mi juicio, un relevante obstáculo en la propia norma imperante prevista para la sociedad «isla», de dudosa finalidad tuitiva, más dirigida a establecer una obligación de reparto de beneficios vía dividendo que a evitar la opresión del socio minoritario con la previsión de un derecho de separación. Ahora, la finalidad del nuevo artículo 348 bis LSC es clara, evitar que se prive al socio de su derecho a participar en el reparto de las ganancias sociales con la previsión de un derecho de separación, y en ese marco de regulación garantista el nuevo apartado cuarto de aquel precepto corrige definitivamente la señalada laguna de protección en casos de grupo, garantizando a los socios de la sociedad matriz-dominante su propio derecho de separación, adicional o cumulativo al derecho de separación previsto para la sociedad individual.

En este contexto de regulación legal del derecho de separación como mecanismo directo para la tutela del socio minoritario frente al poder de decisión de la mayoría, también por lo que se refiere al socio minoritario de la sociedad dominante⁴, resulta de interés detenerse en la cuestión de la posibilidad de articular vía estatutaria la supresión del derecho de separación del artículo 348 bis LSC. El primer inciso del apartado primero del artículo 348

³ Vid. el estudio exhaustivo de las mismas realizado por SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.^a, «Primer comentario del artículo 348 bis.4 LSC (Dividendos y derecho de separación del socio de la sociedad dominante)», *LA LEY mercantil*, núm. 55, febrero de 2019, págs. 1-18 (citado por la versión electrónica). Asimismo, FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Derecho de separación ex 348 bis en grupos de sociedades», en el blog jurídico Almacén de Derecho, enero de 2019, <https://almacendederecho.org/derecho-de-separacion-ex-348-bis-en-grupos-de-sociedades/>; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La laguna de tutela del socio externo de la matriz tras una «filialización» y el nuevo derecho de separación del artículo 348 bis.4 de la Ley de Sociedades de Capital», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 312, 2019, págs. 1-36 (citado por la versión electrónica).

⁴ SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.^a, «Primer comentario del artículo 348 bis.4 LSC (Dividendos y derecho de separación del socio de la sociedad dominante)», *op. cit.*, pág. 4 (citado por la versión electrónica), al diferenciar entre contenido formal de la norma y su finalidad, subrayando esta última hacia la protección del socio minoritario, en atención a que el socio mayoritario (o socio de control, en su caso) es el que impone el acuerdo por el que se priva al socio de uno de sus derechos básicos —el de participar en el reparto de las ganancias sociales— [art. 93.a) LSC].

bis LSC resuelve la polémica doctrinal sobre el carácter imperativo o dispositivo de la norma, confirmando expresamente esta última naturaleza, al recoger la expresión «Salvo disposición contraria de los estatutos». Y, además, el apartado segundo de aquel precepto matiza el ámbito de dicha disponibilidad, limitándola a la voluntad de cada uno de los socios y excluyéndola del acuerdo de la mayoría⁵. Así pues, en el apartado primero del artículo 348 bis LSC se reconoce un derecho de separación que puede ser objeto de disposición estatutaria, en virtud de la cual se altere de manera negativa para el socio aquel régimen legal, mediante su supresión o modificación, tal y como se establece en el apartado segundo en referencia a aquel apartado primero⁶. Si, en lo que respecta al socio minoritario de una sociedad «isla», no hay duda de la posibilidad de articular vía estatutaria, por unanimidad, la supresión del derecho de separación del artículo 348 bis.1 LSC, se plantea la duda de si esa supresión podría constituir el contenido de una cláusula estatutaria ex apartado cuarto de aquel precepto, esto es, en situaciones de grupo. La cuestión debe resolverse en sentido afirmativo, habida cuenta de la ratio de dicho apartado, que no es otra que reconocer un derecho de separación adicional en favor del socio de la dominante por falta de (o insuficiente) distribución de dividendos con base en los resultados positivos consolidados atribuidos a la sociedad dominante. Sin embargo, a pesar de afirmar la viabilidad jurídica de aquella supresión estatutaria, la viabilidad práctica de la misma se puede poner en entredicho, no por problemas de validez, sino de cumplimiento del requisito esencial que constituye el consentimiento de todos los socios. En este punto es determinante la importante desprotección en el plano patrimonial del socio minoritario que genera la irrupción del grupo, que deriva de la formación del mismo, a través del ejercicio del poder de dirección. En atención a esta laguna de protección identificada, parece inviable la previsión de una cláusula estatutaria de supresión del derecho de separación propio del socio de la sociedad dominante, por lo que la postura favorable a su admisión debe ser objeto de alguna matización.

⁵ En línea con la doctrina a favor de la posibilidad de admitir la previsión estatutaria del derecho de separación del art. 348 bis LSC, siempre por unanimidad, al tratarse de un derecho de la minoría. *Vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Más sobre el nuevo art. 348 bis LSC y el carácter dispositivo de la legislación societaria», disponible en <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2012/>; ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Una propuesta de redacción alternativa del artículo 348 bis LSC», *LA LEY mercantil*, núm. 33, 2017, pág. 5; CAMPINS VARGAS, A., «Derecho de separación por no reparto de dividendos: ¿es un derecho disponible por los socios?», *Diario La Ley*, núm. 7824, 23 de marzo de 2012, pág. 5 (citado por la versión electrónica).

⁶ El apartado segundo del art. 348 bis LSC comienza con la frase «Para la supresión o modificación de la causa de separación a que se refiere el apartado anterior, (...)».

II. RECONOCIMIENTO LEGAL DE UN DERECHO DE SEPARACIÓN ADICIONAL

Como anteriormente se ha indicado, el nuevo apartado cuarto del artículo 348 bis LSC se limita a ampliar las causas legales por las que el socio de la dominante (aunque formalmente los beneficiarios del derecho de separación son todos los socios de la dominante, incluido el que ejerce el poder de dirección, en atención a la finalidad de la norma dirigida a proteger al socio minoritario frente al abuso de la mayoría o del socio de control en su política de reparto de beneficios, en adelante la referencia es al socio minoritario como beneficiario de aquel derecho) puede separarse por falta de (o insuficiente) reparto de resultados positivos. Así, por un lado, por aplicación del apartado primero del artículo 348 bis LSC, se le reconoce el derecho de separación en el caso de falta de (o insuficientes) dividendos considerados según las cuentas individuales de la sociedad dominante (como sociedad «isla»). Entre los presupuestos que deben concurrir para que surja la posibilidad de ejercitar el derecho de separación, en esta ocasión se hace hincapié en el concepto contable de «beneficio», que aflora en las cuentas anuales individuales de la sociedad. Por otro lado, y con carácter acumulativo (o con carácter alternativo), por aplicación del apartado cuarto del mismo precepto legal, se le reconoce el derecho de separación en el caso de falta de (o insuficientes) dividendos considerados según las cuentas consolidadas aprobadas por la sociedad dominante (cuentas anuales del grupo). Entre los presupuestos objetivos que deben concurrir para poder ejercitar el derecho de separación, también aquí se hace hincapié en el concepto contable de «resultados positivos consolidados» atribuidos a la sociedad dominante, que afloran en las cuentas anuales consolidadas.

Los apartados primero y cuarto del artículo 348 bis LSC se refieren a supuestos autónomos, que propician cada uno el ejercicio del derecho de separación, por lo que la garantía en favor del socio minoritario de la sociedad dominante es máxima. Ello se observa en situaciones de «filialización de actividades» o de conversión de una sociedad operativa en holding. En estos casos, se puede producir la siguiente contingencia: los resultados consolidados son positivos, incluso sobresalientes, y, sin embargo, los resultados que arrojan las cuentas anuales propias de la sociedad holding son negativos, o mediocres. Es decir, todos o una parte notable de los beneficios se retienen en las sociedades dominadas operativas. Esta circunstancia, no necesariamente, pero puede ocultar la intención del socio de control de la sociedad dominante (a través de su órgano de administración) de oprimir financieramente al socio minoritario de dicha sociedad. Si no lucen resultados positivos en las cuentas individuales (o son insuficientes), al faltar un presupuesto objetivo no resulta de aplicación el apartado primero del artículo 348 bis LSC, ni ha lugar al ejercicio del derecho de separación por parte del socio minoritario. Sin embargo, aquí podría entrar en juego el apartado cuarto del citado artículo 348 bis, al

concurrir, al menos, uno de sus presupuestos objetivos, como es la existencia de resultados positivos consolidados atribuidos a la sociedad dominante. Se advierte un tratamiento protector al preverse un derecho de separación alternativo en este caso. Una importante novedad frente al régimen legal precedente, totalmente deficitario en materia de tutela del interés patrimonial del socio minoritario de la sociedad dominante. Resulta de interés exponer aquí, brevemente, la situación a la que abocó aquel régimen anterior, incluido el esfuerzo doctrinal por encontrarle un remedio, todo ello en aras de determinar con ponderación el alcance no sólo del nuevo apartado cuarto del artículo 348 bis LSC, sino también de su nuevo apartado primero.

1. Inicial artículo 348 bis LSC y su dudosa aplicación analógica a la sociedad dominante en situación de grupo

La irrupción del grupo, o empresa unitaria que resulta de la articulación de varias sociedades jurídicamente autónomas bajo el ejercicio de una dirección económica común⁷, en un escenario pensado para una sociedad jurídica y económicamente autónoma, que determina su voluntad en el seno de sus órganos en función de su propio interés social, provoca importantes deficiencias, que se sitúan, principalmente, en el terreno de la protección de los socios externos⁸

⁷ GIRÓN, J., *Tendencias actuales y reforma del Derecho mercantil (Estudios)*, Civitas, Madrid, 1986, pág. 202, se refería al grupo como «organización superempresarial de nuestro tiempo, al combinar autonomías institucionales y sujeción a una dirección única»; EMBID, J. M., *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*, Madrid, 1987, pág. 153, se refiere al grupo como «empresa articulada, que consigue realizar sus fines mediante la integración de diversas sociedades bajo una dirección económica común, o dirección unitaria».

⁸ El artículo 291-15 del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil precisa la noción de «socio externo», refiriéndose a aquel que no tenga participación, directa o indirecta, en el capital de la sociedad dominante. Se trata de una noción que hace hincapié en el detalle de la titularidad del capital. Con esta noción coincide MARTÍNEZ MACHUCA, P., *La protección de los socios externos en los grupos de sociedades*, Real Colegio de España, Bolonia, 1999, pág. 163, al atribuir la consideración de socio externo al socio de la dependiente que no mantiene ningún tipo de relación con la sociedad matriz. Empero, un importante sector doctrinal se aleja de este concepto, refiriéndose a quienes no pertenecen al círculo de poder del grupo, por lo que su interés no consiste en maximizar el beneficio del grupo sino en maximizar el rendimiento de la sociedad en la que están. Véanse, entre otros, EMBID, J. M., «Los grupos de sociedades en la Propuesta de Código Mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 290, 2013, pág. 66; PAZ-ARES, C., «Uniones de empresas y grupos de sociedades», en URÍA, R. y MENÉNDEZ, A. (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, vol. I, Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 1484; GIRÓN, J., *Tendencias actuales...*, *op. cit.*, pág. 203. Desde esta última perspectiva, tienen cabida también en la calificación de «socios externos» los socios de la dominante o matriz que no pertenecen al círculo de poder del grupo, *vid.* EMBID, J. M., «Cuestiones generales sobre la tutela de los socios externos», en AA.VV., *I gruppi di società*, vol. II, Milán, 1996, pág. 1215, por lo que se presentan también necesitados de protección.

y que derivan tanto de la formación del grupo como del funcionamiento del mismo a través del ejercicio del poder de dirección⁹.

Las lagunas de protección se identifican tanto en la creación del grupo como en su funcionamiento. Haciendo hincapié en el primer caso¹⁰, las deficiencias se registran en el núcleo del grupo, esto es, en la sociedad matriz, en la medida en que la formación del grupo conlleva un cambio organizativo importante que se refleja en el régimen de distribución de competencias entre los órganos sociales. Se erosionan las facultades de la Junta general y se incrementan los poderes del órgano de administración, porque es quien concurre a las Juntas generales de las sociedades dominadas en representación de la matriz y a quien se le transfieren las decisiones en relación con esas sociedades. La formación del grupo determina una limitación de las competencias de la Junta general y, por ende, una alteración importante en la posición jurídica de los socios de la sociedad matriz, que ven disminuido el ámbito de influencia que les corresponde, esto es, el de las decisiones soberanas en relación con las sociedades agrupadas. En consecuencia, cuando la sociedad se

⁹ GIRÓN, J., *Tendencias actuales...*, cit., pág. 202, reseñó desde una vertiente negativa el significado del grupo, «los Grupos presentan los graves problemas que en el Derecho de sociedades se derivan del manejo por el poder unitario superempresarial de las supuestas sociedades independientes, lo que afecta a los accionistas externos que soportan la deformación del interés de la sociedad en la que están, por su sometimiento al objeto y al interés de grupo, y a los acreedores de una sociedad determinada que sufra, eventualmente, en su patrimonio los efectos del ejercicio de dicho poder»; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. M.^a, «Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 227, 1998, págs. 5-6 (en la versión electrónica), al abordar el problema de la prueba de la existencia de la dirección unitaria parece decantarse por un planteamiento «cualitativo», en cuya base se encuentra la existencia de un poder de dirección, siendo la dirección unitaria la consecuencia del ejercicio de dicho poder por quien lo detenta. En esta línea, se aparta de aquel planteamiento que, incidiendo aún más en la idea de poder o control, sostiene que la dirección unitaria consiste en el poder de dirección de la sociedad dominante sobre las sociedades dependientes. Ambos conceptos, control o poder de dirección y dirección unitaria, son distintos, en la medida en que la dirección unitaria conlleva que la sociedad dominante ejercite dicha dirección poniendo de relieve la existencia de una unidad empresarial en el plano de las actuaciones económicas. La problemática del grupo que deriva de su funcionamiento se sitúa en este ejercicio del poder de dirección, cuando no revela una situación de unidad o conjunto sino de sometimiento.

¹⁰ Vid. PAZ-ARES, C., «Uniones de empresas y grupos de sociedades», *op. cit.*, págs. 1482-1484; FUENTES NAHARRO, M., «Accionistas externos de grupos de sociedades: una primera aproximación a la necesidad de extender la perspectiva tuitiva a la sociedad matriz», *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, núm. 19, 2008, págs. 12-15 (en la versión electrónica); RAMOS MUÑOZ, D., «El Derecho de grupos que viene. Cuidado con lo que deseas», en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015, pág. 856, señalando que las nuevas reglas proyectadas como régimen jurídico de los grupos en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil no extienden su régimen tuitivo a los socios de la matriz. Ninguna atención específica se presta por parte de la regulación proyectada a los socios de la matriz.

convierte en matriz (v. gr. mediante la fundación de nuevas sociedades o la adquisición de otras preexistentes) se origina el problema de la merma de las competencias de la Junta general, cuyo papel es prácticamente ignorado respecto de las decisiones sobre esas sociedades filiales.

Ante esta circunstancia, se trata de determinar una adecuada tutela de los socios de la matriz, colmando dicha laguna de protección con medidas proporcionales al problema que se quiere atajar. Entre las medidas protectoras se encuentra el reconocimiento a los socios externos de la matriz del derecho de separación. Hay que advertir, sin embargo, que la aplicación de esta medida, con la dificultad que entraña (se trata de una regla de tutela de la minoría de nuestro Derecho de sociedades, pensada para resolver problemas propios de las sociedades independientes¹¹), representa un exceso con respecto al problema que ocasiona la formación del grupo por la vía de la fundación de nuevas sociedades o de la adquisición de sociedades ya existentes con objeto social coincidente con el de la sociedad matriz. La aplicación del derecho de separación requiere un problema que revista especial gravedad¹² y eso no ocurre cuando, a pesar de formarse un grupo, la explotación continúa en manos de la sociedad matriz y, por tanto, su control incumbe a los socios.

En cambio, si la explotación o negocio pasa a ser desarrollado por la sociedad o sociedades de nueva constitución o adquiridas, quedando reducida la sociedad matriz a una pura sociedad holding, la laguna de protección que se registra reviste especial gravedad, puesto que la «filialización» del negocio desapodera a la Junta general de la sociedad matriz en lo concerniente a las decisiones sobre la explotación empresarial transferida. Dichas decisiones pasan a ser de la incumbencia del órgano de administración, que es quien controla directamente el negocio transferido¹³. Esta notable indefensión de los socios de la matriz requiere ser colmada con una medida proporcional al riesgo asociado a esta operación de «filialización» del negocio. A tal efecto, procede considerar el reconocimiento a los socios externos de la matriz del

¹¹ En atención a los supuestos concretos en los que no votar a favor confiere al socio el derecho de separación (art. 346.1 LSC), que reflejan la excepcionalidad del derecho de separación, y sin perjuicio de que se permita, por vía estatutaria, establecer otras causas de separación distintas a las previstas en la Ley (art. 347.1 LSC), aunque en este caso se exige el consentimiento de todos los socios (art. 347.2 LSC).

¹² Las causas para su ejercicio que establece el art. 346.1 LSC son un reflejo de situaciones que presentan un verdadero problema, en la medida en que suponen un falseamiento sustantivo del pacto societario o un cambio estructural que altera el contexto con el que el socio se vinculó, por lo que no tiene por qué seguir soportando dicha relación: la sustitución o modificación sustancial del objeto social, la prórroga o la reactivación de la sociedad, lo referente a prestaciones accesorias, el cambio en el régimen de transmisión de las participaciones sociales, la transformación o el traslado del domicilio al extranjero.

¹³ PAZ-ARES, C., «Uniones de empresas y grupos de sociedades», *op. cit.*, pág. 1483, señalando la pérdida de competencias de la Junta General de la sociedad matriz en referencia a decisiones tan relevantes como la política del capital o la política de dividendos.

derecho de separación¹⁴. No se trataría de una medida excesiva con respecto al problema que ocasiona la filialización, en la medida en que esta supone la reestructuración de una sociedad operativa como sociedad holding, transformándose la actividad de explotación industrial en actividad de administración de participaciones. La dificultad para su aplicación radicaría en el encaje de la operación de «filialización» del negocio (y de su consecuencia) en alguna de las causas legales determinantes del derecho de separación del socio¹⁵, en concreto, en la sustitución o modificación sustancial del objeto social¹⁶.

Pero, si bien la laguna de protección del socio externo de la sociedad matriz se identifica en la creación del grupo, precisamente en la vertiente organizativa, al modificarse el sistema de distribución de competencias entre los órganos sociales, con aumento de poder del órgano de administración y disminución del ámbito de influencia y de control del órgano de los socios,

¹⁴ Se trata de una garantía extraordinaria, junto con otra medida también singular consistente en implicar a la Junta General en la adopción de la decisión de filialización de la actividad. Como indica PAZ-ARES, C., «Uniones de empresas y grupos de sociedades», *op. cit.*, pág. 1483, «la filialización, que implica una segregación de activos sustanciales de la explotación, es un acto de reorganización empresarial y, siendo así, las más elementales exigencias de la razón jurídica claman porque sea la Junta general el órgano competente para aprobarlo, máxime si se tienen en cuenta sus consecuencias limitativas de los derechos y poderes de los accionistas»; FUENTES NAHARRO, M., *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, núm. 19, 2008, págs. 21-25 (en la versión electrónica), apuntando la doctrina alemana y española favorables al reconocimiento a la Junta general de la matriz del derecho a decidir sobre la segregación o aportación de activos esenciales que constituye la operación de «filialización» de la actividad social; RECALDE, A., «Artículo 160. Competencia de la junta», en JUSTE MENCÍA, J. (coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, Aranzadi, Navarra, 2015, pág. 43, en referencia a los supuestos en los que la junta es competente para decidir sobre operaciones relativas a activos esenciales concluye que, «lo razonable es promover una interpretación estricta, que conduzca a que solo en casos indiscutibles se deba exigir el acuerdo de la junta», como sería en aquellas operaciones relativas a activos esenciales que conducen a la modificación *de facto* del objeto social, a la disolución de la sociedad o que suponen una modificación estructural de la sociedad.

¹⁵ Al margen de estos supuestos legales en los que la no votación a favor confiere al socio el derecho de separación (art. 346 LSC), cabe que los estatutos establezcan otras causas de separación distintas a las previstas en la Ley, aunque se exige que concurra el consentimiento de todos los socios (art. 347 LSC). En este sentido, parece indudable la posibilidad de establecer en los estatutos una causa de separación derivada de la adopción de un acuerdo de filialización de la actividad social.

¹⁶ *Vid.* sobre los escasos pronunciamientos judiciales y los esfuerzos de la doctrina científica que, aunque no es coincidente, ha aportado interesantes reflexiones en esta construcción tuitiva, IRACULIS ARREGUI, N., «Derecho de separación del socio externo de la sociedad matriz y de la filial: controvertida construcción de este mecanismo de protección», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 308, 2018, págs. 1-34 (citado por la versión electrónica); FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La laguna de tutela del socio externo de la matriz tras una “filialización” y el nuevo derecho de separación del artículo 348 bis.4 de la Ley de Sociedades de Capital», *op. cit.*, págs. 1-10.

también en el plano patrimonial se puede registrar una relevante laguna de protección. El perjuicio patrimonial tendría su origen en la mencionada alteración del sistema de distribución de competencias entre los órganos de la sociedad matriz, en atención a que el debilitamiento de la Junta general supondría el hecho de que decisiones patrimoniales relevantes, en torno al capital o a la aplicación de resultados, se tomarían en las sociedades filiales, siendo sustraídas a la Junta general y reservadas al órgano de administración. En efecto, cuando la sociedad matriz se convierte en una pura sociedad holding, es decir, cuando tiene lugar una operación de filialización, el riesgo patrimonial asociado a esta operación es manifiesto, ya que la política de dividendos se decide en las sociedades operativas, quedando la decisión en manos de los administradores, en su papel de encargados de gestionar la participación de la sociedad matriz. Si la sociedad holding y entidad de dirección del grupo pretende no distribuir dividendo, puede decidir, como socio de control o socio único en las sociedades filiales, reservar en las filiales todos sus beneficios, de tal manera que en las cuentas individuales de la sociedad holding no se reflejen beneficios o luzcan, incluso, pérdidas. En estos casos, al no figurar en el balance individual beneficios, no cabe proceder a su distribución, viéndose los socios privados de su facultad de aplicar el resultado. Se observa, indudablemente, una notable laguna de protección¹⁷ del socio externo de la sociedad holding, ante la pérdida del derecho a participar en las ganancias sociales, al tomarse la decisión relativa al reparto de los resultados sociales de las filiales en las mismas filiales.

Esta señalada laguna de protección del socio externo de la sociedad matriz pura holding, en el plano patrimonial, requiere ser colmada con medidas que respondan a la idea de contrarrestar la desventajosa situación patrimonial en que queda aquel sujeto. Tales medidas son las ofrecidas por el Derecho de sociedades para la protección de la minoría, en concreto, cabe hacer hincapié en el reconocimiento del derecho de separación de la sociedad ante actuaciones de la mayoría dirigidas a limitar los ingresos de los socios minoritarios. Puesto que el perjuicio patrimonial que se puede registrar para el socio externo de la sociedad holding constituye la falta de distribución de dividendo, el problema ha de ser llevado a esa sede que no puede ser otra que la aplicación de los resultados sociales. En su redacción originaria, el artículo 348 bis LSC, en su apartado primero, decía así: «A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el registro mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejerci-

¹⁷ En la que hace hincapié PAZ-ARES, C., «Uniones de empresas y grupos de sociedades», *op. cit.*, pág. 1483.

cio anterior, que sean legalmente repartibles». En virtud de aquel precepto, el hecho de no destinar una parte mínima de los beneficios sociales a dividiendo de forma regular (de forma anual a partir del quinto ejercicio desde la constitución de la sociedad), era una causa de separación, ya que este comportamiento hacía ilusorio el primordial propósito del socio al ingresar en la sociedad, esto es, obtener unos beneficios de su inversión, esencialmente a través de los dividendos. Se configuró un derecho al dividendo en la sociedad «isla» y, en consecuencia, quedó al descubierto la cuestión relativa a si aquella configuración legal, que determinaba la existencia de un derecho subjetivo del socio a reclamar, en cada ejercicio, su participación en las ganancias sociales, que se tutelaba con el reconocimiento del derecho de separación en caso de exclusión de aquel reparto anual, podría tomarse en consideración como mecanismo aplicable para servir a la tutela del socio externo de la sociedad matriz pura holding. Esta cuestión no se planteaba en el caso del socio externo de la sociedad filial o dominada, en el caso de que lo hubiere, siendo inequívoca la aplicación directa de aquel artículo 348 bis.1 LSC, pudiendo ejercer el derecho de separación si no recibía el dividendo correspondiente al reparto de, al menos, un tercio de los beneficios repartibles reflejados en el balance individual.

Lo cierto es que, en una situación de grupo en la que la matriz queda reducida a la condición de holding, nos encontramos ante un comportamiento idóneo para hacer opresiva la relación societaria, porque, al igual que sucede en la sociedad «isla», la falta de distribución como dividendo de una parte mínima de los beneficios de la sociedad filial a la sociedad matriz holding hace ficticia la participación del socio en el reparto de las ganancias sociales, habida cuenta de que dichas ganancias no lucirán en el balance individual de la matriz holding, sino en el balance individual de la sociedad filial. La doctrina científica¹⁸ planteó la posible aplicación analógica de la norma, de manera que el socio de la matriz tuviera derecho de separación en caso de no repartir dividendos que representaran un tercio del conjunto de los beneficios del grupo. Uno de los requisitos para aquella aplicación en el que se hizo hincapié era la necesaria identidad de razón entre los dos supuestos. Y, a efectos de prueba, el apoyo doctrinal se basó en la finalidad de aquel artículo 348 bis.1 LSC, observado como un precepto garantista del derecho del socio al «retorno económico»¹⁹, en aras de evitar la opresión del minoritario. En este sentido finalista, a efectos de oprimir al minoritario, no había diferencias entre atesorar los beneficios en la matriz o en una o varias sociedades filiales o dominadas. En los dos supuestos concurría dicha opresión, por lo

¹⁸ Vid., por todos, ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «Derecho de separación por falta de reparto de dividendos: el art. 348 bis», en EMPARANZA SOBEJANO, A. (dir.), *Los intentos de reforzamiento del poder de la junta y de los socios en los grupos de sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 2018, págs. 151-155.

¹⁹ *Ibidem*. pág. 162.

que quedaba justificada, según la doctrina, la aplicación de aquella norma, a efectos de evitar que se privara al socio de uno de sus derechos básicos —«el del rendimiento económico»²⁰.

Sin embargo, un juicio de valor no es suficiente para probar la identidad de razón, siendo necesario un estudio de las circunstancias del supuesto concreto cuya identidad con el supuesto legal se postula. En este sentido, si se afirma que la finalidad de la norma es evitar una situación de opresión del socio minoritario (supuestamente, la prevista en el apartado primero del originario art. 348 bis LSC), aquellas circunstancias del supuesto concreto deberán también revelar que existe una situación de opresión del socio minoritario. Así, puede suceder que la falta de distribución de dividendo en la sociedad matriz holding no presuponga una situación de opresión de la mayoría frente a la minoría (por ejemplo, porque la ausencia de reparto sigue a un ciclo positivo de reparto), en cuyo caso no procede el reconocimiento del derecho de separación.

Entiendo que la aplicación analógica del artículo 348 bis.1 LSC resultaba dudosa, con base en la propia finalidad del precepto legal, de hacer innecesaria la prueba determinante de la existencia de una situación de opresión del socio minoritario por injustificada retención de beneficios. En virtud de aquella redacción originaria, se trataba de una norma singular que estaba al servicio del socio minoritario, otorgándole el derecho a reclamar en cada ejercicio su participación en las ganancias sociales. Se configuraba un derecho al dividendo en la sociedad «isla», integrante de la condición de socio²¹. En los supuestos de filialización, cuando la sociedad matriz queda reducida a una sociedad holding, la aplicación analógica del citado artículo 348 bis suponía afirmar la existencia de un derecho individual del socio de la matriz al reparto como dividendo de un mínimo anual de los beneficios de las filiales. Sin embargo, esta posición planteaba dudas si atendemos a la característica de la operación de filialización y a sus efectos. La filialización o transferencia de la explotación del objeto social a las filiales desapodera a la Junta general de la sociedad matriz de las decisiones que afecten al mismo, en tanto que este deja de estar bajo la esfera de su influencia, quedando la competencia para decidir en manos de los administradores que son quienes concurren a las Juntas generales de las filiales en representación de la matriz. La sociedad aportante-segregante (la matriz) es la titular de la participación, lo que supone que los socios, inevitablemente, dejan de tener control directo sobre esa actividad empresarial que ha sido transferida a las beneficiarias, pasando

²⁰ *Ibidem*, pág. 153.

²¹ CAMPINS VARGAS, A., «Derecho de separación por no reparto de dividendos: ¿es un derecho disponible por los socios?», *op. cit.*, pág. 4, al señalar que, «una interpretación del art. 348 bis como la apuntada puede acabar por terminar consagrando un derecho del socio a un dividendo mínimo anual».

a ostentarlo el órgano de administración que será quien ejercite los derechos inherentes a las acciones o participaciones recibidas en contraprestación de la segregación efectuada. La aplicación del resultado obtenido en las sociedades filiales no se decide en la sociedad matriz sino en las propias filiales. Como consecuencia literal de esta aseveración, no cabría hablar de un derecho individual del socio de la sociedad matriz holding a la percepción regular del dividendo mínimo en caso de que luzcan beneficios en la filial, con independencia de los resultados negativos que se reflejen en la sociedad matriz holding. Así, en el supuesto de que existieran beneficios en las sociedades filiales y estas no los destinaran en su totalidad o en parte a dividendos, sino que los reservaran en su totalidad, la cuestión de si el socio externo de la sociedad matriz holding podía ejercitar el derecho de separación merecía una primera respuesta negativa.

Pero, y sin perjuicio de la caracterización de la operación de filialización y sus efectos, no debemos perder de vista que aquel artículo 348 bis.1 LSC originario tenía como fundamento la necesidad de evitar la opresión del socio minoritario y que, por ende, su ratio legis era una situación concreta de opresión, tal como la falta de reparto regular y mínimo de beneficios sociales vía dividendo, cuyo concurso posibilitaba automáticamente el ejercicio del derecho de separación por el socio que veía frustrado el reparto por él pretendido. Lo cierto es que detrás de aquella ausencia de reparto podía asomarse una situación de opresión del socio minoritario, pero también, al contrario, una situación que la justificaba. Si la interpretación de la finalidad tuitiva del originario 348 bis.1 LSC no admitía ninguna matización, por lo que la falta de reparto en aquellas circunstancias generales presuponía en todo caso una situación de opresión del socio minoritario, podía resultar aceptable la aplicación analógica del precepto, de manera que el socio de la sociedad matriz holding pudiera ejercitar el derecho de separación en el supuesto de no repartir vía dividendo los beneficios que representaran una tercera parte de los beneficios consolidados del grupo²². Sin embargo, la interpretación de la finalidad tuitiva del originario 348 bis.1 LSC debía ser objeto de matización y la situación de opresión debía ser objeto de matización, por lo que el derecho de separación requería el concurso de unas circunstancias específicas significativas de la opresión. En consecuencia, a la vista de esta última interpretación, el recurso a la aplicación analógica en situaciones de grupo resultaba muy discutible.

²² Frente al problema que podía suponer la consideración de los beneficios del grupo, obligando a las filiales a pasar sus beneficios a la matriz en forma de dividendos, la doctrina favorable a la aplicación analógica lo moderaba justificando la obligación de «subir» a la matriz la cantidad correspondiente a un tercio de los beneficios del grupo. *Vid.* ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «Derecho de separación por falta de reparto de dividendos: el art. 348 bis», *op. cit.*, pág. 155.

Así, ante un supuesto de injustificada aplicación del resultado positivo obtenido por las filiales, la tutela del socio externo de la sociedad matriz holding se apoyaría en una decisión abusiva de dicha sociedad al decidir en torno a la explotación transferida, en particular, respecto a la política de dividendos en las sociedades beneficiarias. Ello requeriría el esfuerzo probatorio de la falta de justificación de la decisión de atesorar todos los beneficios en las sociedades filiales, como decisión que no sirve al interés del grupo, sino que tiene por finalidad perjudicar al socio externo de la sociedad holding. Ciertamente, el socio externo de la sociedad holding que no deseara permanecer en la sociedad no podría recuperar la inversión separándose de la sociedad. No obstante, cuando hablamos de abuso de la mayoría, es indudable que hacemos referencia a un criterio que objetiva la inexigibilidad de la permanencia del socio en la sociedad. Y una aplicación concreta sobre cómo la mayoría abusa del socio minoritario la encontramos en el injustificado no reparto de dividendos entre los socios, lo que puede observarse tanto en una sociedad «isla» (de manera inmediata, con ocasión del acuerdo social adoptado en la misma sociedad) como en una sociedad holding (de manera mediata, con ocasión del acuerdo social adoptado en la sociedad filial), cuando el socio afectado queda en una situación económica cuya continuidad le es inexigible. En este sentido, cuando hablamos de opresión de la mayoría, concurre un justo motivo que hace inexigible la permanencia del socio en la sociedad y, por ende, una causa de separación. La justa causa como causa de separación serviría para asegurar al socio externo la razonable posibilidad de salir de la sociedad, para que no quede convertido en una suerte de «prisionero de sus participaciones». Sin embargo, este modelo no fue recogido en nuestro ordenamiento²³, sino el de la privación del dividendo con exclusión de su reparto mínimo anual, alterando la concepción abstracta del derecho económico previsto en el artículo 93.a) de la Ley de Sociedades de Capital²⁴.

²³ MARTÍNEZ SANZ, F., «Causas de separación del socio en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 6, 1996, pág. 45, postulando la necesidad de una cláusula general que permitiera acudir a los Tribunales solicitando la separación siempre que concurriera «justa causa». Asimismo, ALFARO, J., «Conflictos intrasocietarios (los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 222, 1996, págs. 1107 y ss. Por el contrario, no comparten la opinión favorable a la inclusión en nuestro ordenamiento jurídico positivo de la regla de reconocimiento del derecho de separación por «justos motivos», ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. y FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «Una propuesta de redacción alternativa del artículo 348 bis LSC», *op. cit.*, pág. 7.

²⁴ *Vid.* STS núm. 873/2011 de 7 de diciembre (RJ 2012\3521), que distingue el derecho abstracto al dividendo («que es indiscutible») y el derecho concreto al mismo («que no se obtiene sino desde que hay un acuerdo de la Junta general de accionistas») (FD 2.º).

2. Nuevo artículo 348 bis LSC: su aplicación respecto de los beneficios de la sociedad «isla» y de los beneficios consolidados del grupo

Mientras el artículo 348 bis LSC, en su redacción originaria, guardaba silencio en cuanto al reconocimiento del derecho de separación para evitar la opresión del socio minoritario en situaciones de grupo que residiera en la falta de distribución del dividendo, en su nueva redacción reconoce dicha salida en favor no sólo del socio de la sociedad «isla», sino también del socio de la dominante y, además, se circunscribe a una situación de opresión en la que concurren no circunstancias generales, sino circunstancias específicas significativas de la opresión. Aunque la atención se centra en el nuevo apartado cuarto y en el derecho de separación alternativo por ausencia de reparto de dividendos que reconoce, el núcleo se encuentra en el nuevo apartado primero de aquel precepto, con el cual se asocia el indicado derecho de separación alternativo.

En síntesis, cabe afirmar que el vigente artículo 348 bis, apartado primero, tiene como *ratio legis* una justificada situación de opresión, lo que convierte al derecho de separación que prevé en un instrumento para la tutela del interés del socio frente al poder de decisión de la mayoría. La referencia para el ejercicio del derecho de separación no es solamente la falta de reparto del dividendo anual mínimo, sino también la obtención de beneficios durante los tres ejercicios anteriores y la no obtención de un dividendo mínimo quinquenal. Con estos requisitos, el legislador reconoce al socio un derecho de separación cuando la ausencia de reparto presupone una situación de opresión y el acuerdo de no reparto resulta injustificado. Aquí, certeramente se puede afirmar que el artículo 348 bis.1 LSC tiene como finalidad evitar la opresión del minoritario, no estableciendo una obligación de reparto de dividendos, sino la regulación del ejercicio del derecho de separación.

En la aplicación práctica del primitivo artículo 348 bis LSC, constituyó una cuestión relevante y, al mismo tiempo, problemática, la aplicación analógica de aquel precepto como remedio a la situación de desprotección del socio de la sociedad dominante. En el régimen vigente, aquella laguna legal de protección ha quedado cubierta mediante la extensión de lo prescrito para la sociedad «isla» a las situaciones de grupo. La solución de la extensión nos acerca al remedio de la aplicación analógica postulado en el régimen precedente, aunque, en esta ocasión, no para excluirla, sino para admitirla. En este sentido, merece detenerse, siquiera de manera sucinta, en la inclusión de la norma pensada para las sociedades «isla» en relación con las situaciones de grupo en que la matriz tiene la condición de holding y los beneficios afloran en las filiales operativas. En esta dirección favorable a la admisión de la aplicación del artículo 348 bis LSC, nuevo apartado primero, respecto de los beneficios de las filiales, nos encontraríamos primeramente con el mismo problema apuntado con anterioridad, esto es, la caracterización de la operación

misma de filialización y sus efectos, lo que se traduce en la exclusión de los socios de la dominante de la decisión de aplicar el resultado obtenido en las sociedades filiales; dicha decisión no se toma en la sociedad matriz, sino en las propias filiales operativas. Sin embargo, a diferencia de lo prescrito en el primitivo artículo 348 bis.1 LSC, nos encontraríamos con una norma cuya *ratio legis* es una situación concreta de opresión que convierte la ausencia de reparto del dividendo en una circunstancia que hace inexigible al socio continuar en la sociedad. Si detrás de una ausencia de reparto, se asoma una situación de opresión del socio minoritario como la que prevé el vigente artículo 348 bis.1 LSC, sería admisible sin duda la aplicación analógica²⁵.

En fin, habiéndose corregido aquella laguna legal de protección del socio externo de la dominante mediante la extensión de la tutela prescrita para la sociedad «isla» en el apartado primero del artículo 348 bis LSC a las situaciones de grupo, tal y como prescribe el apartado cuarto de dicho precepto legal²⁶, cabe hablar del reconocimiento legal de un derecho de separación propio en favor del socio de la dominante, como una modalidad cumulativa del derecho de separación por falta de reparto de dividendos ex apartado primero. El carácter cumulativo o adicional se desprende de la diferente formulación del presupuesto de hecho para el concurso de la causa legal de separación. Así, el presupuesto objetivo de la causa de separación ex apartado primero del artículo 348 bis LSC se formula como beneficios de la sociedad «isla» (de ahí que el socio objeto de tutela no fuera el socio de la filial operativa, ya que éste se encontraba en todo momento protegido por lo prescrito para las sociedades «isla»). En cambio, el presupuesto objetivo de la causa de separación ex apartado cuarto del artículo 348 bis LSC se formula como beneficios consolidados atribuidos a la sociedad dominante. Si se cumplen dichos requisitos objetivos, frente a una falta de distribución de dividendos en la sociedad dominante, el socio de la dominante puede ejercitar el derecho de separación tanto del apartado primero como del apartado cuarto. Se trata de un derecho de separación adicional a favor del socio de la dominante.

²⁵ Y tendrían sentido las palabras de la doctrina, al señalar que, «a efectos de opresión del minoritario, lo mismo da que los beneficios se queden en la matriz que en una o varias de sus filiales o subfiliales. (...): la diferencia es meramente formal y derivada de la estructura societaria», vid. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «Derecho de separación por falta de reparto de dividendos: el art. 348 bis», *op. cit.*, pág. 153.

²⁶ Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La laguna de tutela del socio externo de la matriz tras una “filialización” y el nuevo derecho de separación del artículo 348 bis.4 de la Ley de Sociedades de Capital», *op. cit.*, pág. 12, al señalar no sólo la identidad derivada de aquella extensión en cuanto a la finalidad de ambas normas, como es evitar el abuso de la mayoría mediante la retención injustificada de beneficios, sino también la singularidad ex nuevo apartado cuarto del art. 348 bis LSC, en cuanto que el socio objeto de tutela y al que se le atribuye el derecho de separación es solo el que lo sea de sociedad dominante y que la situación de opresión consistente en la retención injustificada de beneficios se refiere a una decisión tomada en la filial o filiales.

Empero, si dentro de las situaciones de grupo se hace hincapié en las situaciones de filialización de actividades (o de conversión de una sociedad operativa en holding), difícilmente cabe hablar de un derecho de separación adicional, ante la imposibilidad de que concurren los requisitos del apartado primero. Efectivamente, lo que puede ocurrir en el seno de una sociedad matriz holding es que se cumplan los requisitos del apartado cuarto del artículo 348 bis LSC, de tal manera que los resultados consolidados sean positivos e, incluso, excelentes, de manera reiterada (un ciclo provechoso trianual, esto es, durante los tres ejercicios anteriores) y los resultados individuales de la sociedad holding sean escasos e, incluso negativos, habiéndose tomado la decisión de retener en la sociedad filial o filiales operativas, evitando el reparto de dividendo en la sociedad holding (o la decisión de distribuir dividendo insuficiente en un ciclo quinquenal, esto es, durante los últimos cinco años²⁷). En esta situación de grupo, en que la matriz queda reducida a la condición de holding, es preferible hablar de un derecho de separación alternativo, al no poder disponer el socio de la sociedad matriz holding del derecho de separación del actual apartado primero por la simple falta del presupuesto objetivo para el concurso de aquella causa legal de separación.

III. RECONOCIMIENTO LEGAL DE UN DERECHO DE SEPARACIÓN DISPOSITIVO

Al reconocimiento legal de un derecho de separación propio y adicional en favor del socio de la dominante (alternativo al derecho de separación con base en los resultados individuales en aquella situación en que la matriz tiene la condición de holding), se añade el reconocimiento de un dere-

²⁷ En el apartado cuarto del art. 348 bis LSC no se contempla la excepción a la regla que se prevé en el inciso final del apartado primero de aquel precepto legal. En sede de resultados individuales, se enerva el derecho de separación cuando lo repartido durante los últimos cinco años alcanza o supera el umbral del 25% de los resultados individuales registrados en dicho periodo. En sede de resultados consolidados, la laguna legal puede corregirse con el remedio de la aplicación analógica, siempre y cuando exista identidad de razón. Para determinar la existencia de identidad de razón es concluyente la finalidad de la norma aplicable, en este caso, evitar el abuso o la opresión del socio minoritario y la práctica del reparto exiguo de dividendos durante los últimos cinco años también constituye una situación de abuso en sede de resultados positivos consolidados. Adaptando las palabras de la doctrina a esta sede, cabría afirmar que, a efectos de opresión o abuso del socio minoritario, se produce igual si el reparto exiguo se produce respecto de los beneficios individuales registrados en el último quinquenio o respecto de los beneficios consolidados registrados en el último quinquenio. *Vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La laguna de tutela del socio externo de la matriz tras una “filialización” y el nuevo derecho de separación del artículo 348 bis.4 de la Ley de Sociedades de Capital», *op. cit.*, págs. 20-21, al proponer la cobertura legal de dicha laguna con la mención expresa de aquella causa de enervación (en base consolidada) en el apartado cuarto del art. 348 bis LSC.

cho dispositivo. Ciertamente el apartado primero del artículo 348 bis LSC, en su primer inciso, es el que establece el carácter dispositivo de aquel derecho de separación por falta de reparto de dividendos, con la expresión «Salvo disposición contraria de los estatutos». Y es el apartado segundo de dicho precepto legal el que establece el contenido de dicha disposición estatutaria, bien suprimiendo el derecho de separación o modificándolo, pero en todo caso, alterando de manera negativa el régimen legal, que se prevé favorable a su acogida en una situación de opresión del socio, como es la falta de distribución de dividendos en las circunstancias concretas que hacen inexigible para él la continuación en la sociedad. Como es el apartado primero del artículo 348 bis LSC el que determina el carácter dispositivo del derecho de separación por falta de reparto de beneficios vía dividendo y el apartado segundo se refiere solo al primero, «Para la supresión o modificación de la causa de separación a que se refiere el apartado anterior...», puede surgir la duda de si es posible la previsión estatutaria del derecho de separación ex apartado cuarto del artículo 348 bis LSC. Tal y como se ha señalado anteriormente, el apartado cuarto se limita a cubrir la laguna de protección del socio de la dominante, acabando con el tratamiento dispar de protección de los socios externos en las situaciones de grupo²⁸, con el reconocimiento de un derecho de separación adicional (alternativo, cuando la sociedad matriz tiene la condición de holding). Así pues, la duda debe resolverse en sentido afirmativo, por lo que cabe cláusula estatutaria de supresión o modificación del derecho de separación ex apartado cuarto, donde tiene cabida también la autonomía de la voluntad.

De ello se desprende el posible contenido diferente de la disposición estatutaria según se refiera al apartado primero o al cuarto o a ambos, precisamente por su carácter autónomo. Así, en los estatutos de la sociedad dominante puede expresarse una disposición que suprima o modifique el derecho de separación con base en los resultados individuales de la sociedad o una cláusula que suprima o modifique el derecho de separación con base en los resultados consolidados del grupo, o una cláusula que no se refiera de manera individualizada a una de las modalidades, sino que comprenda ambas. Con la particularidad de los estatutos de la sociedad holding, donde sólo puede constar una cláusula estatutaria referente al derecho de separación con base en los resultados consolidados atribuidos a la sociedad matriz.

²⁸ Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La laguna de tutela del socio externo de la matriz tras una «filialización» y el nuevo derecho de separación del artículo 348 bis.4 de la Ley de Sociedades de Capital», *op. cit.*, pág. 13, al señalar el tratamiento legal de tutela de los socios externos como incoherente, disponiendo los de la filial del derecho de separación del actual apartado primero en caso de no reparto de beneficios de la filial y faltándoles a los de la matriz, aunque sistemáticamente se evite el reparto en la filial y el lucimiento de beneficios en la matriz.

Por último, hay que destacar la matización que establece el apartado segundo del artículo 348 bis LSC respecto de la disposición estatutaria del derecho de separación por falta de reparto de dividendos, y que se extiende al derecho de separación del apartado cuarto. Para suprimir o modificar el derecho de separación (en sus dos modalidades) se requiere el consentimiento de todos los socios, salvo que se reconozca el derecho a separarse de la sociedad al socio discrepante. En este sentido, la sociedad no puede acordar por mayoría la supresión o modificación del régimen de los apartados primero y cuarto del artículo 348 bis LSC, ya que en ambas modalidades el derecho de separación es un derecho individual del socio. Ni tampoco puede disponer de él el órgano de administración²⁹. El derecho de separación reconocido por la Ley está fuera del ámbito de decisión tanto de la mayoría como del órgano de administración. Un aspecto, especialmente delicado, es la presión que puede ejercer la mayoría en la sociedad dominante sobre el socio externo para imponer la supresión o modificación del artículo 348 bis.4 LSC. Según lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 348 bis LSC, al socio externo no le quedaría más remedio que aceptar la alteración del régimen legal o separarse de la sociedad, aunque en unas condiciones beneficiosas para la sociedad dominante y desfavorables para aquel en cuanto al precio de la separación. Este problema podría manifestarse en el seno de la sociedad holding, ante la debilidad del socio de la matriz respecto de las decisiones que se adoptan en la filial o filiales por parte de los administradores en nombre de la matriz, y pondría en duda la efectividad del requisito de la unanimidad para evitar abusos de la mayoría.

²⁹ Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., «La laguna de tutela del socio externo de la matriz tras una «filialización» y el nuevo derecho de separación del artículo 348 bis.4 de la Ley de Sociedades de Capital», *op. cit.*, pág. 15, en referencia al pacto o «covenant» de no distribución de dividendos por un determinado espacio de tiempo.

Análisis comparativo de la articulación jurídica de la igualdad de género en los órganos de decisión de empresas y organizaciones sin ánimo de lucro que actúan en el tráfico económico

Elena Leñena Mendizabal

Profesora Agregada de Derecho Mercantil

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)¹

Sumario: 1. Introducción.—2. Igualdad de género en las sociedades mercantiles. 2.1. La igualdad de género en el ámbito privado empresarial de la Unión Europea. 2.2. Articulación de la igualdad de género en los órganos de decisión de las empresas. 2.3. Medidas de promoción de la igualdad de género en las empresas. 2.3.1. Planes de igualdad en las empresas. 2.3.2. Ventajas de las empresas igualitarias.—3. Igualdad de género en organizaciones sin ánimo de lucro: fundaciones de sociedad. 3.1. Las fundaciones como instrumento de gestión de la responsabilidad social corporativa. 3.2. Algunos datos significativos acerca de la participación de las mujeres en los patronatos de las fundaciones. 3.3. El vínculo entre las grandes corporaciones y las fundaciones de sociedad.—4. Implementación de criterios programáticos corporativos en las fundaciones de sociedad.

1. INTRODUCCIÓN

El tráfico económico y la globalización de hoy en día tienen como principal motor e instrumento de desarrollo a las organizaciones empresariales, grandes y pequeñas, así como a otras entidades que, si bien su último objetivo no es el lucro, requieren generar y gestionar recursos para poder abordar objetivos de interés común o general y, en consecuencia, interactuar en la economía.

¹ El trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación, financiado por el Gobierno Vasco: «La ética empresarial en diversas manifestaciones del Derecho Mercantil» (Ref. IT1146-16), cuyo investigador principal es el Doctor Alberto Emparanza Sobejano.

Además de esos dos grandes grupos de organizaciones, en el mercado confluye asimismo otra tipología de modelos empresariales, cuya finalidad es la colaborativa entre los socios y socias que los integran. Nos estamos refiriendo a las cooperativas e, incluso, a otros tipos jurídicos de Economía social (sociedades laborales) que interesa tener en cuenta, con objeto de focalizar nuestro estudio, aunque por razones de extensión no profundicemos en su análisis.

A ese respecto, en este trabajo pretendemos realizar un análisis comparativo breve pero preciso del tratamiento jurídico de la igualdad de género en los órganos de decisión de algunas de esas organizaciones. Y para ello iniciaremos el estudio con las referencias al marco normativo que articula esta cuestión en nuestro entorno. Esto es, comenzaremos refiriéndonos a la normativa europea, para continuar con la regulación transversal de la igualdad de género en España, en la vigente Ley Orgánica de Igualdad (LOI), así como con la referencia a las leyes de igualdad de alguna comunidad autónoma². El análisis jurídico obliga, igualmente, a tomar en consideración los códigos de buen gobierno (*soft law*) de las grandes compañías cotizadas, normativa que vincula a estas corporaciones en relación a la cuestión de género.

Por consiguiente y tratando de ordenar el análisis, examinaremos, en primer lugar, la estructura normativa de la igualdad de género en los órganos de administración de las sociedades mercantiles españolas, como principales sujetos activos de desarrollo económico y creación de riqueza. Y, en segundo lugar, abordaremos la cuestión de género en los órganos de decisión de determinadas fundaciones, esto es, en los patronatos de las fundaciones de sociedad, entidades que, a pesar de carecer de ánimo de lucro, actúan en la economía con la finalidad de generar y gestionar sus recursos para destinarlos al interés general.

Concluiremos el análisis con unas concisas propuestas sobre la cuestión.

2. IGUALDAD DE GÉNERO EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES

Antes de entrar en materia, ha de hacerse mención a la circunstancia de que la realidad histórica y cultural ha fundamentado que sean los hombres los que ostenten el poder económico y de decisión en la economía y en la empresa. En este sentido, a mayor poder económico y de decisión en la empresa, la mujer ha tenido y tiene mayor dificultad de acceso a la categoría jerárquica, esto es, a los órganos de alta dirección, de administración y, en particular, a los consejos de administración de las grandes compañías (*ceiling glass*). Los datos estadísticos demuestran que, a pesar de que las mujeres en la actualidad superan la cifra del 47% de egresados frente al 35% de

² Haremos una referencia específica a la Ley de Igualdad de Mujeres y Hombres del País Vasco (2005).

los hombres, ese porcentaje se reduce drásticamente a medida que la mujer accede a los puestos relevantes y decisorios de estas organizaciones³.

2.1. *La igualdad de género en el ámbito privado empresarial de la Unión Europea*

Esa situación, similar, aunque con matices, en todos los países del Espacio Económico Europeo, hizo que la Unión Europea y algunos Estados miembros adoptasen determinadas soluciones normativas con la finalidad de romper la barrera de cristal que afecta a las mujeres en el acceso al poder de decisión. Soluciones normativas que han afectado transversalmente a distintos ámbitos de la estructura empresarial y pública. Así, por una parte, se han adoptado cuotas de representación paritaria en diversas instituciones de la Unión⁴ y, por otra, se han estipulado medidas que impulsan la participación de la mujer en el ámbito privado, como es en la alta dirección empresarial y en los órganos de administración y decisión de las empresas⁵.

³ La participación de mujeres en los consejos de administración de las empresas del IBEX35 fue del 22% en 2017, por debajo de la media europea, según datos del Instituto Europeo de Género. Por el contrario, en las pequeñas y medianas empresas, que constituyen más del 95% del tejido empresarial español, alrededor del 26% de ellas cuenta con más de un 40% de mujeres en sus consejos de administración. Informe «Iniciativa más mujeres, mejores empresas», Instituto de la mujer y para la igualdad de oportunidades, pp. 1-2. (Disponible en: http://www.igualdadenaempresa.es/redEmpresas/compromIgualdad/docs/7_CONTEXTO.pdf)

En este sentido, LEIÑENA MENDIZABAL, Elena, «La participación de la mujer en los consejos de administración de las sociedades corporativas», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 278, 2010, pp. 1233-1290, conforme a las cifras publicadas en la Guía de la Dirección de Igualdad de la UPV/EHU: «Mujeres y hombres en la UPV/EHU. Año 2011». (Disponible en: <https://www.ehu.es/es/web/berdintasuna-direccionparalaigualdad>)

⁴ En 2012 la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo, sobre la representación de las mujeres en los procesos de toma de decisiones políticas: calidad e igualdad, el Parlamento felicitó a los Estados miembros que habían establecido cuotas de género en la toma de decisiones políticas. (Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2012-0070+0+DOC+XML+V0//ES>)

En 2019, nueve países de la Unión Europea, entre ellos España, incluyeron cuotas mínimas obligatorias de mujeres en las listas electorales para los comicios europeos del 26 de mayo. (Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/spain/es/prensa/communicados_de_prensa/pr-2019/04-2019/09042019.html)

Conforme a los datos de 2019 del Instituto Europeo de Género (EIGE), la Comisión Europea está integrada por un 44,4% de mujeres y un 55,6% de hombres, y el Parlamento por un 40,6% de mujeres y un 59,4% hombres. (Disponible en: https://eige.europa.eu/gender-statistics/dgs/indicator/wmidm_pol_gov_wmid_ec)

⁵ «Plan Estratégico Europa 2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» (*Comunicación COM (2010) 2020 final*). En ese marco, la Estrategia 2016-2019 para la igualdad entre mujeres y hombres se ratifica en la concertada para 2010-2015, en la que la Comisión priorizó cinco áreas clave de acción: Igual independencia económica para mujeres y hombres; Salario igual a trabajo igual y trabajo de igual valor; Igualdad en la toma de decisiones; Dignidad, integridad y fin de la violencia sexista; e Igualdad en la acción exterior.

En relación a esas medidas establecidas en el ámbito privado, son dos las acciones positivas que la Comisión ha promovido y promueve y que interesa destacar. En primer lugar, el apoyo a la Propuesta de Directiva de 2012 [COM (2012) 614]⁶ para la mejora del equilibrio de género entre los directores o consejeros no ejecutivos de las empresas que cotizan en bolsa, que formulaba la cifra del 40%, como mínimo, para el sexo menos representado en los consejos de administración de las sociedades cotizadas entre los administradores no ejecutivos (independientes y dominicales), objetivo que estaba previsto se alcanzase antes del 1 de enero de 2020 y del 1 de enero de 2018 cuando esas empresas fuesen públicas. A pesar de que la Directiva no se aprobó, la acción de la Comisión consiste en seguir apoyando su sanción.

En segundo lugar, la acción a destacar de la Comisión es la relativa a la recopilación y difusión de datos sobre la representación de mujeres y hombres en altos cargos de toma de decisión, en estrecha cooperación con el Instituto Europeo de la Igualdad de Género – *European Institute for Gender Equality* (EIGE). Esta acción es fundamental para la adopción de decisiones relacionadas con la reducción de una representación excesiva de los hombres en la toma de decisión de todas las organizaciones, sean éstas económicas, institucionales o sociales⁷.

Los esfuerzos de la Unión Europea están, en todo caso, apoyados por decisiones favorables a la imposición de cuotas que han sido ya adoptadas por algunos de los Estados miembros en sus legislaciones internas, así como por la experiencia de determinados países europeos no comunitarios que, en su momento, adoptaron cuotas imperativas. Así, por ejemplo, Noruega que estableció una cuota imperativa del 40% en 2006, considerándose un país pionero en el tratamiento de la igualdad entre mujeres y hombres en las empresas. Otros países, entre los que cabe destacar Islandia (50%), también tienen cuotas. Entre los países comunitarios, Francia instauró en 2011 una cuota del 40% a implementarse en un plazo de 6 años en las sociedades cotizadas y de 9 en las no cotizadas, y Alemania, que implantó la cuota del 30% en 2015 para las grandes empresas, fijando el plazo de 2017 para su implementación⁸.

⁶ 2012/0299 (COD) (Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0614:FIN:es:PDF>)

⁷ *Strategie Engagement for Gender Equality 2016-2019*, European Union, 2016, pp. 1-52, 14

⁸ MATEU DE ROS, Rafael, «El principio jurídico de igualdad de género», *Gobierno corporativo e igualdad de género. Realidad y tendencias regulatorias actuales* (Campuzano Laguillo, A.B.-Pérez Troya, A. (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 83-95, 90.

2.2. Articulación de la igualdad de género en los órganos de decisión de las empresas

Si bien España no ha adoptado cuotas de participación de la mujer en los órganos de administración de las grandes compañías, la igualdad de género en el ámbito decisorio empresarial tuvo un importante impulso con la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOI). Esta Ley supuso, en el momento de su aprobación, un decidido paso en favor de la igualdad efectiva en España.

La norma se apoyó en el principio constitucional del derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo de la Constitución (art. 14 CE), y consagró la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (art. 9.2 CE).

El mencionado impulso de la LOI se focalizó, no obstante, en el marco de la Responsabilidad Social de las Empresas (en adelante RSE), articulando la participación en equilibrio de la mujer en los consejos de administración de las empresas en una norma de naturaleza voluntaria (art. 75 LOI), así: «Las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada procurarán incluir en su Consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley.»⁹

Completa la anterior previsión, la Disposición adicional primera de la Ley que delimita el concepto de presencia equilibrada de mujeres y hombres. A este respecto, recoge como composición equilibrada: «la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento.»

Conforme a su formulación, el ámbito de aplicación del artículo 75 LOI afectaba y afecta fundamentalmente a las sociedades cotizadas, en la medida que éstas son grandes compañías y todas ellas están obligadas a elaborar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada. Por consiguiente, la norma excluye *de facto* a las empresas de tamaño medio o pequeño, las cuales pueden elaborar una cuenta de pérdidas y ganancias abreviada¹⁰. A este respecto, no

⁹ La naturaleza voluntaria de la norma incorporada a través del término: «procurarán» es sustituida por un mandato de naturaleza semi imperativa («observarán») para los casos en que la sociedad mercantil esté participada mayoritariamente por capital público (art. 54 LOI).

¹⁰ Conforme al artículo 42 ss. del Código de comercio, la legislación societaria dispone dos modelos diferentes para la llevanza de la contabilidad y las cuentas anuales. Así, el ar-

se puede obviar que la formulación de la norma excluye en España a la mayoría de las sociedades y empresas de tamaño medio o pequeño que, sin embargo, configuran la mayoría del tejido económico e industrial¹¹. Todas esas empresas, además de las no mercantiles (cooperativas), quedan prácticamente excluidas del ámbito subjetivo de la norma.

Ahora bien, de lo que no hay duda es de que, conforme a la configuración del artículo 75 LOI, su aplicación afecta, como se ha adelantado, a las sociedades cotizadas, en la medida que son grandes compañías y todas ellas están obligadas a elaborar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada. En este sentido, se ha de mencionar el avance que ha supuesto la reforma del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital por Ley 31/2014, de 3 de diciembre, para la mejora del gobierno corporativo, norma que introdujo ciertas mejoras y avances, de naturaleza programática, en relación a la participación de la mujer en los consejos de administración de las sociedades cotizadas.

Así, la primera demanda de gobierno corporativo, como principio programático, es la de que en los procedimientos de selección de los miembros del consejo de administración se aseguren procesos sin sesgo de género, de manera que se favorezca la diversidad de género, de experiencias y de conocimientos y se facilite la selección de consejeras (art. 529 *bis* LSC). Con ese objetivo, la comisión de nombramientos y retribuciones, ha de establecer un objetivo de representación para el sexo menos representado en el consejo de administración, así como elaborar las orientaciones sobre cómo alcanzar dicho objetivo (art. 529 *quince* 3.b LSC).

Para el caso de que no se haya aplicado una política de ese tipo, se deberá de recoger una explicación al respecto (*comply or explain*). Obligación que se complementa con la exigencia de trasladar al informe anual de gobierno corporativo el grado de seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo, o de la explicación de su falta de seguimiento (art. 540.4.c.6.º y g LSC). En definitiva, el informe anual procurará información relevante sobre la participación de la mujer en el órgano de administración de la sociedad, información que, a su vez, será objeto de comunicación

título 258 LSC dispone qué sociedades podrán formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, en relación al número de trabajadores, cifra de negocio o cifra de ventas. Idéntico criterio se sigue, en general, por las pequeñas y medianas empresas habilitadas para la llevanza de la contabilidad según el modelo establecido por el Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas y los criterios contables específicos para microempresas (BOE-A-2007-19966).

¹¹ Porcentajes de empresas por tamaño: grandes empresas con más de 250 trabajadores/as (0,2%); PYMES (6,2%); microempresas (39,6%) y autónomos (54,0%). Fuente Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social (2019). (Disponible en: <http://www.ipyme.org/es-ES/ApWeb/EstadisticasPYME/Documents/CifrasPYME-enero2019.pdf>)

a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) y susceptible de publicación como hecho relevante (art. 540.2 y 3 LSC)¹².

2.3. Medidas de promoción de la igualdad de género en las empresas

La articulación de la incorporación de la mujer en los órganos de decisión de las grandes compañías en España, recurriendo a una norma de naturaleza dispositiva (art. 75 LOI), no impide, en ningún caso, la implementación de políticas de promoción de la mujer de acceso al empleo, así como de planes que faciliten su acceso a los puestos directivos, planes por otra parte necesarios. Y es que la realidad avala que la preparación y el desempeño profesional del sexo femenino no implica la lógica asunción de responsabilidades en cargos directivos que, a su vez, permiten acceder al órgano de administración y decisión, en particular, a los consejos de administración de las grandes empresas.

Si bien es cierto que la participación de mujeres en los órganos de decisión de las empresas depende en gran medida del sector empresarial, en general, su presencia a alto nivel en España es escasa y esta exigua presencia se debe a la persistencia de importantes barreras de acceso y permanencia de mujeres en puestos de responsabilidad en las empresas, obstáculos que están directamente relacionados con el desigual reparto de las responsabilidades familiares y las dificultades para conciliar la vida personal con la profesional. Todo ello sin obviar otras dificultades derivadas de la escasa presencia en las redes profesionales y en la escasa visibilidad en los procesos de acceso y promoción, los cuales adolecen de criterios poco objetivos¹³.

2.3.1. Planes de igualdad en las empresas

Precisamente, con objeto de facilitar y promover el acceso al empleo en igualdad de oportunidades, el artículo 45 LOI insta a las empresas con más de 50 trabajadores a elaborar y ejecutar planes y políticas de igualdad de género que faciliten la incorporación laboral y profesional de las mujeres en to-

¹² En relación a esta cuestión, se ha de destacar que la Guía Técnica 1/2019 sobre comisiones de nombramientos y retribuciones, elaborada por la CNMV, adolece de gran imprecisión en relación a la cuestión de género, puesto que en las referencias al funcionamiento de la Comisión de Nombramientos y Retribuciones (CNR), las referencias a la diversidad de género son mínimas y no aporta ningún principio, recomendación de buena práctica ni criterio alguno sobre cómo ha de proceder a este respecto la CNR. (Disponible en: https://www.cnmv.es/DocPortal/Legislacion/Guias-Tecnicas/Guiatecnica_2019_1.pdf)

¹³ Conforme al informe «Iniciativa más mujeres, mejores empresas» del Instituto de la mujer y para la igualdad de oportunidades, p. 2.

dos sus departamentos y secciones¹⁴. La elaboración y ejecución de los mencionados planes requerirá de una consulta previa a la representación legal de las trabajadoras y trabajadores y será objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral (arts. 45.3. y 4 LOI). El diseño e implantación de los planes de igualdad será voluntario para las demás empresas (art. 45.5 LOI).

Por su parte, el artículo 73 LOI, configurador de la estructura de responsabilidad social de las empresas¹⁵, enuncia entre las acciones para alcanzar la igualdad todas aquellas que promuevan la igualdad entre las mujeres y los hombres, en materia económica, comercial, laboral, asistencial o de otra naturaleza¹⁶. Desde esa perspectiva, entre las medidas de igualdad a adoptar, es de interés mencionar todas aquellas que integran el acceso al empleo y la igualdad de oportunidades, como son los planes de igualdad que pasamos a detallar seguidamente.

La implementación de esas políticas se ha reforzado con la promulgación del Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación¹⁷.

A través de esa norma, los planes de igualdad en las empresas pasan a conformar en la actualidad uno de los instrumentos normativos que puede resultar más eficaz para la promoción de la igualdad efectiva en las empresas. En este sentido, bajo el mandato del artículo 45 LOI, modificado por el Real Decreto-Ley 6/2019, se han incorporado al ordenamiento nuevas medidas para fomentar el acceso al empleo en igualdad. Así, la exigencia de elaborar e implementar planes de igualdad en las empresas, antes de la reforma obli-

¹⁴ La Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres de Euskadi (BOPV n.º 3217) también recoge esta previsión sobre los planes de igualdad (arts. 38, 40 y 42).

¹⁵ El artículo 73 LOI, en concreto, permite incorporar otras medidas que promuevan esa presencia equilibrada entre mujeres y hombres en las empresas, sin que llegue a especificar ninguna, actuando en la praxis como una cláusula general que permite incluir acciones positivas en defensa de la igualdad efectiva de género en las sociedades mercantiles en general.

¹⁶ CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén, «La igualdad de género en el acceso a los puestos de responsabilidad en las sociedades de capital», *Gobierno corporativo e igualdad de género. Realidad y tendencias regulatorias actuales*, CAMPUZANO LAGUILLO, A.B.-PÉREZ TROYA, A. (dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 26-82, 45, destaca que la Exposición de Motivos de la LOI recoge expresamente la aclaración acerca de la finalidad de esta medida que promueve la presencia equilibrada. En ese sentido, recoge que la promoción o el favorecimiento no se produce por el género o el sexo, sino por los méritos profesionales, y que se trata de una medida que persigue romper barreras o eliminar obstáculos, en pos de la mejora del gobierno corporativo.

¹⁷ Esta norma se desarrolla y completa en dos recientes normas: Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro (BOE-A-2020-12214) y Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres (BOE-A-2020-12215).

gatorios para empresas con más de 250 trabajadores, se ha visto modificada con la exigencia de disponer de un plan de igualdad a empresas con 50 o más trabajadores. En relación a esta cuestión, los plazos que estipula el mencionado Real Decreto en relación a la elaboración y aprobación de los planes, desde su promulgación, son los siguientes:

- Un año para las empresas de 151 a 250 trabajadores.
- Dos años para las empresas de 101 a 150 trabajadores.
- Tres años para las empresas de 50 a 150 trabajadores.

Esos planes de igualdad son de obligada inscripción en el Registro de Planes de Igualdad de empresas de la Dirección General de Trabajo y de las autoridades laborales de las Comunidades Autónomas (artículo 46.5 LOI). Tomando en consideración las materias que han de recoger los planes de igualdad (art. 46.2 LOI) y, con objeto de garantizar que no exista discriminación, los planes estarán ajustados a los análisis previamente realizados en relación a los potenciales sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones, siguiendo sobre esta cuestión lo estipulado en el artículo 22.3 del Estatuto de los Trabajadores¹⁸ (en adelante, ET).

Igualmente, la empresa tendrá la obligación de tener un registro que incorpore los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extra salariales, registro en el que esa información ha de estar desagregada por sexo y distribuida por grupos profesionales, categorías o puestos de trabajo iguales o de igual valor (art. 28.2 ET)¹⁹.

La importancia que, a nuestro juicio, tiene esta nueva normativa deriva de la potencial sanción que puede recaer en la empresa o sociedad por no cumplir las obligaciones que, en materia de planes de igualdad, se establecen en el ET y en los convenios colectivos²⁰.

Otro efecto del incumplimiento, a nuestro juicio significativamente relevante, es la pérdida automática de ayudas, bonificaciones y, en general, de los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con

¹⁸ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁹ El trabajador o trabajadora tiene derecho a acceder al Registro a través de la representación legal de las personas trabajadoras. Asimismo, cuando la empresa tenga más de 50 trabajadores y/o trabajadoras, ha de justificar la no discriminación, cuando ocurra que las diferencias en el promedio de retribución entre sexos sean del 25% o superiores (art. 28.3 ET).

²⁰ Así, el ET prevé las infracciones, sanciones y responsabilidades empresariales específicas en materia de igualdad, por incumplimiento, que pueden alcanzar sanciones económicas, con multas entre 626€ y 6.250€ (art. 7 ss. Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social —LISOS—).

efectos desde la fecha en que se cometió la infracción y la exclusión automática del acceso a tales beneficios durante seis meses.

2.3.2. *Ventajas de las empresas igualitarias*

Una vez examinado el marco jurídico de la adopción de medidas para la promoción e igualdad de oportunidades de la mujer en el acceso al empleo, procede hacer mención al valor que genera en la empresa la adopción de esas medidas que, por otra parte, inciden directamente en las relaciones laborales que surgen y que, en todo caso, han de respetar el Derecho del Trabajo que las regula.

En ese orden de cosas, es de interés destacar que esas medidas de promoción de la igualdad de género en las empresas, han de venir acompañadas por otras, como su consideración en las condiciones y en el clausulado de los contratos que las administraciones públicas diseñen con objeto de su adjudicación en el tráfico económico (arts. 33 y 34 LOI)²¹.

Asimismo, las administraciones públicas tendrán en cuenta esas medidas de promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en las bases reguladoras de las subvenciones públicas, en particular, en aquellas situaciones en las que exista una situación de desigualdad de oportunidades entre mujeres en las empresas. A esos efectos, el artículo 35 LOI *in fine* prevé que podrán valorarse, entre otras, las medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, de responsabilidad social de la empresa, o la obtención del distintivo empresarial en materia de igualdad regulado en la propia Ley.

Desde la perspectiva pública y social, la inclusión de este tipo de cláusulas que promueven la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en los pliegos administrativos, es un incentivo para las empresas, con objeto de resultar mejor valoradas en los concursos para la obtención de las mencionadas ayudas²².

Independientemente de esas medidas de promoción de la igualdad entre mujeres y hombres que se articulan en el entorno del Derecho laboral y, sin perjuicio de la incidencia que tienen en la creación de una estructura de alta dirección más sólida desde la perspectiva de género, así como de su deriva positiva para que la mujer alcance el poder de decisión en las empresas, la

²¹ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE-A-2017-12902) (arts. 127, 129 y 157.5).

²² Conforme al principio de igualdad del artículo 8 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (BOE-A-2003-20977).

LOI dispone de otras normas de naturaleza mercantil, directamente relacionadas con la consolidación del poder de decisión en las grandes empresas en clave de género y que coadyuvan a consolidar la buena imagen y el prestigio de las compañías, así como de sus marcas y signos distintivos (arts. 54 y 73 a 75 LOI). De ahí que la propia Ley facilite y ponga a disposición de las empresas la posibilidad de difundir sus acciones de responsabilidad social corporativa en materia de igualdad a través de la publicidad (art. 74 LOI)²³, además de la creación de un distintivo empresarial en materia de igualdad, para su utilización en el tráfico comercial de la empresa y con fines publicitarios (art. 50 LOI)²⁴.

Para la concesión de este distintivo se tendrán en cuenta, entre otros criterios, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección y en los distintos grupos y categorías profesionales de la empresa, la adopción de planes de igualdad u otras medidas innovadoras de fomento de la igualdad, así como la publicidad no sexista de los productos o servicios de la empresa (art. 50.4 LOI). Por consiguiente, su concesión está ligada a un criterio valorativo que integra la presencia de mujeres en los diferentes ámbitos de toma de decisiones en la empresa²⁵. De ahí que el distintivo pueda asignarse a toda sociedad o empresa (incluidas las PYMES) que cuente con la presencia equilibrada de mujeres y hombres también en su órgano de administración²⁶.

La habilitación de las empresas para que hagan uso publicitario de sus acciones de responsabilidad en materia de igualdad, no obstante, ha de ser conforme a las condiciones estipuladas en la Ley General de Publicidad

²³ EMBID IRUJO, José Miguel, *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, SALA FRANCO, T.-BALLESTER PASTOR, M.A.-BAÑO LEÓN, J.M.-EMBID IRUJO, J.M.-GOERLICH PESET, J.M., (coords.), LaLey-Grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 269-354, 315-316, añade que, aun en el supuesto de que la Ley no integre el mencionado precepto, cabría la difusión de las acciones de responsabilidad social sujetas al marco jurídico publicitario; LEIÑENA MENDIZABAL, Elena, «La participación de la mujer en los consejos de administración...», *op. cit.*, p. 1269.

²⁴ CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén, «La igualdad de género en el acceso a los puestos de responsabilidad en las sociedades de capital», *op. cit.*, p. 48 y LEIÑENA MENDIZABAL, Elena, «La transposición jurídica de los criterios de buen gobierno relativos a la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los consejos de administración de las sociedades cotizadas a los patronatos de las fundaciones de sociedad», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 301, 2016, pp. 253-299, 268, destacan el distintivo empresarial de «Igualdad en la Empresa» (DIE), cuya concesión y utilización se regulan en el Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, por el que se regula la concesión y utilización del distintivo «Igualdad en la Empresa» (BOE-A-2009-17432).

²⁵ Art. 10.2 del Real Decreto 1615/2009.

²⁶ LEIÑENA MENDIZABAL, Elena, «La participación de la mujer en los consejos de administración...», *op. cit.*, p. 1274, destaca que fue iniciativa de *Emakunde*-Instituto Vasco de la Mujer, la creación en 1994 de un distintivo, pionero en el Estado, cuya finalidad era reconocer a las empresas y entidades el hecho de que hubieran asumido el compromiso de avanzar en la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el seno de su empresa u organización.

(art. 74 LOI), esto es, no cabría una difusión publicitaria que conculque el artículo 3.a de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad (LGP)²⁷, que protege a las personas de los mensajes publicitarios ilícitos (arts. 3 a 5)²⁸. Igualmente, para el caso de que se trate de una empresa con representación pública en su órgano de administración, la difusión publicitaria estará condicionada por la legislación general de publicidad y de publicidad y comunicación institucional (art. 41 LOI).

La difusión de las acciones de responsabilidad social que promuevan la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, a través de la publicidad, quedará sujeta en el ámbito privado, además de a la LGP, a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD)²⁹, con objeto de que la competencia en el tráfico económico sea lícita (art. 18).

En relación a la difusión publicitaria de las acciones de responsabilidad social en materia de igualdad, la LOI habilita al Instituto de la Mujer, así como a los equivalentes de las CCAA, para ejercer la acción de cesación cuando la mencionada publicidad sea de carácter engañoso (art. 74.2). En este sentido, la LGP (art. 6) remite expresamente a la LCD (arts. 32 y 33) que regula la legitimación para interponer la acción de rectificación contra una práctica desleal en el mercado.

3. IGUALDAD DE GÉNERO EN ORGANIZACIONES SIN ÁNIMO DE LUCRO: FUNDACIONES DE SOCIEDAD

Se ha adelantado que, en relación a la tipología jurídica de empresa, ha existido un velado debate acerca de si la previsión del artículo 75 LOI afectaba o afecta a otras organizaciones que también actúan en el tráfico económico como son las cooperativas³⁰, u otras entidades sin ánimo de lucro como las fundaciones-empresa, fundaciones-bancarias, sociedades civi-

²⁷ BOE-A-1988-26156.

²⁸ El artículo 3.1 LGP considera ilícita: «a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4.

Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.»

²⁹ (BOE-A-1991-628). Modificada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre.

³⁰ Entendemos que la moderna Ley de Cooperativas vasca de 2019, formula un modelo de integración de la igualdad de género en este modelo de Economía social, extrapolable a otras regulaciones.

les, asociaciones, colegios profesionales, etc. Sin embargo, la doctrina mayoritaria ha defendido que la voluntad del legislador fue la aplicación de la norma a los consejos de administración exclusivamente de las sociedades mercantiles³¹.

En cualquier caso, en este apartado, nos introduciremos en el estudio de la articulación normativa de la participación de las mujeres en los órganos de decisión de una determinada tipología de entidades sin ánimo de lucro (ESAL)³², esto es, en las fundaciones, centrándonos en una modalidad específica como son las fundaciones de sociedad. La razón descansa en que esta clase de organizaciones son las que habitualmente canalizan las acciones de responsabilidad social corporativa de las grandes sociedades cotizadas que las crean, con objeto de mejorar su imagen corporativa.

Atendiendo a esa finalidad, el estudio de la igualdad de género en los órganos de decisión de las fundaciones (patronatos y dirección) abordará, en primer lugar, el análisis de la importancia que tienen este tipo de fundaciones como instrumento de desarrollo de la responsabilidad social corporativa de las grandes corporaciones. En segundo lugar, se presentarán algunos datos ilustrativos acerca de esa realidad. Y en último lugar, se expondrá la conexión entre la fundación de sociedad y la gran corporación que las crea, formulándose una propuesta jurídica a incorporar en la normativa fundacional, partiendo de la programática mercantil vigente.

3.1. Las fundaciones como instrumento de gestión de la responsabilidad social corporativa

La responsabilidad social de las grandes empresas, articulada en el marco de la responsabilidad social corporativa (en adelante RSC), se define como la inversión que las compañías desarrollan en activos generadores de confianza, los cuales contribuyen, a su vez, a construir una estructura óptima que concurre con los intereses de sus grupos de interés y, por consiguiente, mejoran la posición de las compañías en relación a los competidores vía reputacional atrayendo a los inversores. Hoy en día las políticas de las grandes compañías

³¹ EMBID IRUJO, José Miguel, *Comentarios a la Ley Orgánica...*, *op. cit.*, p. 330; HUERTA VIESCA, M.^a Isabel, *Las Mujeres en la Nueva Regulación de los consejos de administración de las Sociedades Mercantiles Españolas. Artículo 75 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Aranzadi-Thomson Company, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 289, 292-293; LEIÑENA MENDIZABAL, Elena, «La participación de la mujer en los consejos de administración...», *op. cit.*, p. 1245.

³² Desde la perspectiva jurídica y económica, el universo de las entidades sin ánimo de lucro lo integra una tipología de organizaciones diversa, abarcando desde las fundaciones, hasta las asociaciones y colegios profesionales.

en cuestiones sociales, medioambientales y de buen gobierno constituyen además indicadores de la calidad de los modelos de gobierno y gestión de las empresas³³.

Señalada la relevancia que la responsabilidad social corporativa está adquiriendo en el marco de las grandes corporaciones, corresponde aproximarnos al instituto jurídico al que, con cierta habitualidad, recurren estas compañías para implementar y desarrollar acciones de responsabilidad social, esto es, al instituto de la fundación. A través de la creación de una entidad de esta naturaleza, las grandes empresas desarrollan políticas medioambientales, sociales y de interés general que refuerzan su buena imagen corporativa y garantizan su sostenibilidad.

Las fundaciones, reguladas por Ley 50/2002, de Fundaciones, de 26 de diciembre (en adelante LF), tienen como características fundamentales la ausencia de lucro y el interés común en el desarrollo de su actividad³⁴ constituyendo, además, un sector relevante en el tráfico económico³⁵. Es decir, la ausencia de lucro de esas entidades no implica que no puedan desarrollar actividades económicas significativas. Y desde esta perspectiva, esas entidades, junto a las asociaciones y colegios profesionales, integran lo que hoy en día se denomina el *Tercer Sector*, el cual ha alcanzado una importancia vital por la elevada cifra económica que mueve su actividad y el número de beneficiarios a los que alcanza³⁶.

La razón del éxito del instituto de la fundación como instrumento gestor de la responsabilidad social corporativa radica en que, además tratarse de

³³ BLASCO VÁZQUEZ, José Luis, «Novedades del Código de Buen Gobierno de las empresas cotizadas en materia de Responsabilidad Social Corporativa», *Buen gobierno de las fundaciones*, Martínez Garrido (dir.), La Ley, Madrid, 2015, pp. 325-342, 331.

³⁴ Las fundaciones son entidades constituidas sin ánimo de lucro por voluntad de las personas fundadoras, definiéndose como entidades que tienen adscrito un patrimonio de forma duradera a la consecución de un interés general (art. 2 LF).

³⁵ Conforme a las cifras recogidas por la Asociación Española de Fundaciones (AEF), en España existen en la actualidad 8.900 fundaciones, que se dedican a diversas actividades de interés general (social, educativo, medioambiental, de investigación, cultural), de las cuales alrededor de un millar son fundaciones empresariales. El sector de las fundaciones genera un gasto superior a los 8.000 millones de euros y emplea a 256.867 trabajadores. De ahí la importancia de su impacto económico y social. (Disponible en: <http://www.fundaciones.org/es/inicio>)

³⁶ En concreto, el sector integrado por las fundaciones en España, en el periodo 2008-2014, llegó a estar conformado por 14.120 entidades y llegó a beneficiar en 2014 a 35,62 millones de personas, según los datos aportados por el Estudio: «El Sector Fundacional en España. Atributos fundamentales (2008-2014). Tercer informe», pp. 15 y 30. (Disponible en: http://www.fundaciones.org/EPORTAL_DOCS/GENERAL/AEF/DOC-cw585d042d56ecf/Aefsectorfundacional3erInforme3.pdf)

DE LORENZO GARCÍA, Rafael, «Estudio de la naturaleza jurídica de la ONCE», *Estudios Régimen jurídico de la ONCE*, [Aranzadi], 2014, [BIB 2014\13], pp. 1-44, 2, 6-7 y 29, destaca la relevancia actual del *Tercer Sector* en España.

un «patrimonio adscrito a un fin», en la actualidad es también una organización susceptible de ejercer las actividades más diversas (sociales, educativas, medioambientales, investigadoras, culturales), muchas de las cuales son de gran relevancia económica al servicio del fin que ha motivado su constitución (arts. 2 y 3 LF). Y esa actividad económica o empresarial, que se desarrolla bajo la supervisión de un protectorado³⁷, es susceptible de transformarse en una de las principales fuentes de recursos para alcanzar los fines de interés general³⁸.

En ese sentido, el artículo 24.1 de la Ley 50/2002 faculta a las fundaciones a «desarrollar actividades económicas cuyo objeto esté relacionado con los fines fundacionales o sean complementarias o accesorias de las mismas». De esta manera, la norma supera ciertas reticencias anteriores en torno al lucro e incorpora la oportunidad de obtenerlo a resultados de su actividad económica, como elemento instrumental para la satisfacción del interés general³⁹.

Por lo tanto, la fundación de sociedad deviene objeto de atención en este trabajo por tratarse, precisamente, desde la perspectiva instrumental, de un mecanismo apropiado para atender la prestación de servicios sociales, educativos, de investigación, medioambientales, deportivos y culturales, deviniendo además en determinados supuestos en un sujeto activo y eficaz para el desarrollo de la responsabilidad social corporativa de las grandes empresas y corporaciones, como se ha señalado más arriba. De ahí que nos fijemos en esas fundaciones que han sido creadas por las grandes sociedades cotizadas o las grandes corporaciones para tratar la cuestión de la igualdad en sus patronatos y en su dirección ejecutiva⁴⁰.

Es de interés advertir, no obstante, que la articulación normativa de las entidades fundacionales es, en cierta manera, compleja, dado que está integrada en un marco jurídico construido bajo la singular organización del Estado en comunidades autónomas con competencias para legislar, además de su integración en un entramado supranacional, como es la Unión Europea, que dicta recomendaciones y normas al respecto, sin perjuicio del carácter público o privado de las entidades fundacionales. Así, además de la Ley 50/2002, de Fundaciones, las comunidades autónomas tienen sus pro-

³⁷ Instituto público que vigila el cumplimiento de la voluntad de la institución fundadora

³⁸ EMBID IRUJO, J.M., «Introducción general al curso. La fundación como modelo para la colaboración público-privada», *El gobierno y la gestión de las entidades no lucrativas público-privadas*, Embid Irujo-Emparanza Sobejano (dirs.), Marcial Pons, 2012, Madrid, pp. 27-69, 42-44.

³⁹ HERNANDO CEBRIÁ, Luis, «Relaciones de la fundación con el mercado y la empresa: de la sociedad de fundación a la fundación de sociedad», *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 26, 2011, pp. 71-97; LEIÑENA, Elena, «Financiación y gestión de la actividad económica y empresarial de las fundaciones afinidades y singularidades respecto a las sociedades de capital», *Revista de Derecho Patrimonial*, n.º 35, 2014, pp. 49-115, 62.

⁴⁰ A modo de ejemplo, la Fundación Iberdrola o la Fundación BBVA.

pias normas fundacionales que afectan a las entidades registradas en su ámbito competencial⁴¹.

El marco legal de las fundaciones se perfecciona con un marco estatutario específico y vinculante para sus miembros, que resulta de gran interés como vía para integrar la cuestión de género en los órganos de decisión de estas entidades. Igualmente, el instrumento autorregulatorio, a través de los códigos de buen gobierno y buenas prácticas, supone un mecanismo de *soft law* importante para la incorporación equilibrada de la mujer en los órganos de dirección de las fundaciones⁴².

3.2. Algunos datos significativos acerca de la participación de las mujeres en los patronatos de las fundaciones

De la información extraída de algunas webs corporativas de grandes y conocidas fundaciones de sociedad⁴³ se observa que, a pesar de que las grandes corporaciones mercantiles de las sociedades cotizadas pueden tener en sus consejos de administración cifras de participación de mujeres que superan el 22%-23% de consejeras⁴⁴, en los patronatos de las fundaciones de estas mismas sociedades cotizadas del IBEX35 esas cifras descienden hasta 14%.

En cualquier caso, los datos que se presentan en este apartado, no sólo se hayan condicionados por el tamaño de las entidades fundacionales, sino que se hayan condicionados también por otras variables que responden al tipo y a la naturaleza de la actividad desarrollada por esas fundaciones. En este sentido, si tomamos en consideración el sector fundacional al completo y atendemos a la actividad que desarrollan, se observa que, en las fundaciones dedicadas a tareas de desarrollo educativo, asistencial y a la salud, la mujer participa mayoritariamente en los órganos de decisión. Por consiguiente, en

⁴¹ Ley Foral Navarra (1996), Ley de Fundaciones de la CA de Madrid (1998), de Castilla y León (2002), Andalucía (2005), Galicia (2006), La Rioja (2007), Valencia (Ley 1998 y Decreto 2011), Cataluña (Ley 2012 modificadora del Código civil de 2008) y País Vasco (2016).

⁴² GARCÍA ÁLVAREZ, Belén, «Los códigos de buen gobierno corporativo en las entidades sin ánimo de lucro: en especial en las fundaciones», *Oñati Socio-legal Series* [online], [2012], n.º 2 (3), pgs. 24-52. (Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2043112>), destaca que los códigos de buen de buen gobierno voluntarios matizan el funcionamiento y la gobernanza estipulada por la Ley y los estatutos de las fundaciones.

⁴³ En concreto se examinaron las webs corporativas de las siguientes fundaciones: Iberdrola, Repsol, Botín, BBVA, Obra La Caixa y Mapfre.

⁴⁴ «Estadísticas: Consejos de Administración de las empresas del IBEX35». (Disponible en: <http://www.inmujer.gob.es/MujerCifras/PoderDecisiones/PoderEconomico.htm>)

«Nuevo estudio WOMENCEO mujeres en consejos de administración y comités de dirección de las empresas del IBEX35 en 2017». (Disponible en: <https://www.google.com/search?q=%E9porcentaje+de+consejeras+en+el+ibex+35&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b#>)

ese tipo de organizaciones se invierte la participación de la mujer en la dirección hasta alcanzar el 70%⁴⁵.

En relación a esta última cuestión, vinculada con la importancia de la naturaleza de la actividad y el tamaño de las fundaciones en relación a la cuestión de género, es oportuno mencionar algunas conclusiones recogidas en el informe presentado por el Gobierno Vasco en noviembre de 2017⁴⁶, correspondientes a la participación de la mujer en los órganos de gestión y dirección de fundaciones y asociaciones de utilidad pública de la CAPV.

Una de las conclusiones que se desprendió de ese informe, deduciendo que la situación es, con toda probabilidad, similar en el resto del Estado, fue que hay más mujeres en las entidades más democráticas y asamblearias (asociaciones) y más hombres en las fundaciones en las que hay más órganos de gobierno como los patronatos⁴⁷.

Esa desigualdad es, además, tanto horizontal como vertical. Esto es, las mujeres se concentran más en unos sectores que en otros, resultando que, a medida que aumenta el poder de decisión, aumenta la desigualdad. Así, hay más mujeres (43%) en las juntas directivas de las asociaciones de utilidad pública y más hombres (71%) en los órganos de decisión de las fundaciones.

Otras conclusiones del mencionado informe fueron, igualmente, incontestables y descansaban sobre tres elementos. La primera de ellas, es que se constató que la brecha de género aumenta en la medida en que la entidad es más relevante económicamente⁴⁸. La segunda conclusión fue que los hombres se concentran en entidades de roles masculinos típicos como actividades financieras, deportivas y profesionales y de investigación científica⁴⁹.

⁴⁵ *Gender equality in non-governmental organisations*, [Eurofound], 2012 (<https://www.eurofound.europa.eu/publications/article/2012/gender-equality-in-non-governmental-organisations>).

CARRILLO, Elena-SILVA, Tamara, «Responsabilidad social de las fundaciones, y el género en sus patronatos», *HOLOS*, [DOI: 10.15628/holos.2016.2703], pp. 414-431, 422.

⁴⁶ Presentación del informe en la Jornada: «Participan las mujeres en los órganos de decisión de las entidades sin ánimo de lucro», celebrada en Bilbao, el día 22 de noviembre de 2017. El informe se realizó con datos correspondientes a 2014 en el ámbito de la CAPV. (Disponible en: http://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/jusap_ooee_igualdad/es_nprensa/Fundaciones_2014_cas_2.pdf)

⁴⁷ De 544 fundaciones y asociaciones de utilidad pública de Euskadi, el capítulo VI del informe presentado analizó 182 *asociaciones de utilidad pública* (de 231, el 78,8% del total) y 362 *fundaciones* (de 639, el 57% del total), conforme a la información presentada por sus juntas directivas, que proporcionaron la información desagregada por sexos.

⁴⁸ Entre las que se consideran relevantes económicamente, solo hay presencia femenina en torno al 28% y 38%.

⁴⁹ Los datos relativos a las organizaciones sin ánimo de lucro, en función de las actividades que desarrollan son los siguientes: entidades bancarias y financieras (73% hombres), deportivas (74% hombres), profesionales y de investigación científica (74% hombres) etc., mientras que las mujeres se concentran en entidades de roles femeninos tradicionales como el *Tercer Sector*, educación, cooperación al desarrollo, cuidado (57%), salud y asistencial (46%).

En tercer lugar, el estudio concluyó que hay brecha de género en función de la relevancia económica y tamaño del gasto de la entidad. Así, a mayor poder económico, menor presencia de mujeres en los órganos de decisión y dirección, prácticamente integrado por hombres y conformando un sector del todo masculinizado. Por el contrario, las mujeres integraban un sector básicamente feminizado en las entidades micros y pequeñas, donde se alcanzaba la cifra de 31% y 29% respectivamente en la configuración del órgano de decisión.

Hemos avanzado que los datos expuestos apenas varían de los obtenidos por otros estudios realizados en el Estado⁵⁰ y en Europa⁵¹. Además, las cifras que arrojan estudios más globales acerca de la composición de los órganos de dirección en las entidades sin ánimo de lucro, concluyen que en todas aquellas entidades relacionadas con la temática empresarial, profesional, o incluso la vinculada a los grupos empresariales, la presencia femenina en la dirección es más bien escasa⁵². Mientras que los estudios relativos a las buenas prácticas del sector, concluyen que aquellas entidades cuya actividad no está relacionada con la obtención de un lucro *per se*, las mujeres integran un porcentaje significativo de las juntas directivas o patronatos⁵³.

⁵⁰ *El sector fundacional en España. Atributos fundamentales (2008-2014) Tercer informe* (Disponible en: <http://www.fundaciones.org/es/sector-fundacional/inaef/el-sector-fundacional-en-espana-atributos-fundamentales-2008-2014>, pg. 48).

La Fundación Lealtad, institución sin ánimo de lucro que tiene como misión fomentar la confianza de la sociedad en las ONG para lograr un incremento de las donaciones, así como de cualquier otro tipo de colaboración, proporciona diversos datos al respecto y uno de ellos es que las pequeñas ONGs tienen un 53% de mujeres de miembros, pero esta cifra se reduce al 40% en sus órganos de gobierno y a un 37% en los patronatos de sus fundaciones. (Disponible en: <https://www.fundacionlealtad.org/sobre-fundacion-lealtad/>)

⁵¹ *Gender equality in non-governmental organisations* [Eurofound], 2012 (<https://www.eurofound.europa.eu/publications/article/2012/gender-equality-in-non-governmental-organisations>).

⁵² Así, por ejemplo, los datos recopilados acerca de la participación de las mujeres en los órganos de dirección y decisión de los colegios profesionales pone en evidencia que la desigualdad de género también afecta a los colegios profesionales, donde se constata que en las actividades profesionales, científicas y técnicas, sin entrar en cargos directivos, se alcanza prácticamente la paridad (49,68% mujeres), mientras que la presencia de mujeres en los consejos generales de los colegios profesionales aún es insuficiente con sólo un 12%.

Datos extraídos de la Jornada de Mundo Empresarial celebrada en Barcelona en marzo 2017, cuya fuente es el Instituto de la Mujer y para la igualdad de oportunidades. (Disponible en: <http://www.monempresarial.com/es/2017/03/27/iv-jornada-mundo-empresarial-las-mujeres-en-colegios-profesionales-impulsemos-juntos-el-cambio/>)

PEREZ CARRILLO, Elena, «La gestión del patronato de las fundaciones y la responsabilidad social corporativa», EMPARANZA SOBEJANO, A. (dir.) *Nuevas orientaciones en la organización y estructura jurídica de las fundaciones*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 77-109.

⁵³ CARRILLO, Elena-SILVA, Tamara., *HOLOS*, op. cit., p. 422, se refieren al estudio de la Guía de la Transparencia y las Buenas Prácticas elaborada por la Fundación Lealtad en 2012 en el que se analizaron 167 directivas de ONGs.

Los datos presentados ponen de manifiesto que estas entidades sin ánimo de lucro reproducen miméticamente las situaciones de las empresas y sociedades mercantiles en sus órganos de decisión. Y es que, al igual que el techo de cristal afecta fundamentalmente a las grandes corporaciones y menos a las PYMES, las grandes fundaciones de sociedad, ligadas a una actividad económica relevante, están dirigidas principalmente por hombres.

3.3. El vínculo entre las grandes corporaciones y las fundaciones de sociedad

Al perfilar la cuestión de la igualdad de género en los órganos de decisión de las fundaciones de sociedad (patronatos y dirección ejecutiva), se han de destacar los dos motivos por los cuales se ha focalizado el estudio en este tipo jurídico concreto de fundación de sociedad. El primer motivo, es la equivalencia organizativa e identidad ligada a la actividad económico-empresarial que desarrollan estas fundaciones que dependen de grandes corporaciones. Y, el segundo, por el carácter eminentemente privado de las mencionadas fundaciones, circunstancia que define y condiciona las relaciones entre la fundación y la sociedad que la ha constituido y en las que se impone el principio de autonomía de la voluntad del fundador (de la sociedad fundadora)⁵⁴.

Este último motivo incide directamente en la dependencia económica de la fundación con respecto a la sociedad mercantil que la ha constituido, dado que es esta última la que procura la dotación (inicial y posterior) de la fundación. En todo caso, la fundación queda supeditada económicamente a la compañía o empresa de la que percibe los fondos económicos para desarrollar su actividad fundacional.

En definitiva, en el ámbito fundacional corporativo, partimos de una realidad incontestable y es que la configuración de los patronatos de las grandes fundaciones de sociedad dista mucho de ser calificada de equilibrada, puesto que las mujeres conforman exclusivamente el 13% o 14% de los patronatos de esas fundaciones. Además, en la mayoría de ellos la presidencia del patronato de la fundación está ocupada por un hombre, e incluso la dirección ejecutiva de la organización sigue estando, en la mayoría de las oportunidades, dirigida por un varón. La razón descansa en que es habitual que los miembros del patronato sean personas vinculadas al consejo de administración de la sociedad fundadora, mayoritariamente integrada por hombres. Es fre-

⁵⁴ Esa autonomía contrasta con la rigidez del marco en el que actúan las fundaciones públicas, cuya dotación y posteriores aportaciones derivan de los organismos públicos o de la Administración, constreñidas por una ingente normativa administrativa de naturaleza imperativa.

cuenta que esos patronatos estén integrados por ex consejeros o ex altos directivos de la compañía (*interlocking directorates*)⁵⁵.

Asimismo, apoyándonos en los datos más arriba presentados, cabe deducir que el sector fundacional no destaca por las buenas prácticas en relación a la igualdad de género en la representación y participación de la mujer en sus órganos decisorios, ni siquiera parece que exista propiamente un debate en relación a la igualdad de género en sus órganos de decisión y gobierno. Cabe deducir, por consiguiente, que en España falta sensibilidad al respecto, sobre todo, cuando nos adentramos en las grandes fundaciones constituidas a partir de las grandes compañías cotizadas⁵⁶.

Esa realidad conlleva a que nos planteemos necesariamente una reflexión acerca de esa cuestión. Y es la de que los estereotipos de las grandes corporaciones mercantiles se trasladan miméticamente a esas fundaciones y patronatos que surgen de ellas, aparcando la diversidad y desaprovechando, de nuevo, el talento y el rendimiento profesional del 51% de las personas.

4. IMPLEMENTACIÓN DE CRITERIOS PROGRAMÁTICOS CORPORATIVOS EN LAS FUNDACIONES DE SOCIEDAD

La escasa atención prestada a la cuestión de la participación de la mujer en los órganos de decisión de las entidades sin ánimo de lucro en general y de las fundaciones en particular, sin embargo, empieza a corregirse, si atendemos a la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, de 1 de octubre (LRJSP)⁵⁷. A través de este texto legal, la Administración dispone de un instrumento fundamental en los procesos de elección de los miembros que la representan en los patronatos de las fundaciones públicas, así como en aquellas privadas en las que está representada en el patronato (conforme a los arts. 51 a 54 LOI). A nuestro juicio, si el sector público no atiende a esta cuestión, difícilmente tendrá autoridad moral al requerir que se eleve la proporción de mujeres en los patronatos de estas entidades en el sector privado.

Ante una situación como la referida en el ámbito fundacional y, en concreto, en las fundaciones de sociedad, una breve referencia al interés general del artículo 3 apartado 1 de la Ley 50/2002, de Fundaciones, es suficiente para fundamentar la necesaria intervención normativa y facilitar así la incorporación de las mujeres en los órganos de decisión de estas entidades.

⁵⁵ HERNANDO CEBRIÁ, Luis, «Relaciones de la fundación...», pp. 92-93; LEIÑENA, E., «La transposición jurídica de los criterios de buen gobierno...», *op. cit.*, p. 260.

⁵⁶ CARRILLO, Elena-SILVA, Tamara, *HOLOS*, *op. cit.*, p. 416; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., «La transposición jurídica de los criterios de buen gobierno...», *op. cit.*, p. 261.

⁵⁷ BOE-A-2015-10566.

En ese sentido, en esta oportunidad se plantea la incorporación de los criterios programáticos en relación a la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los consejos de administración de las sociedades corporativas (art. 529 *bis*, 529 *quindecies* 3.b y 540.c.6.º y g LSC) y las recomendaciones de *corporate governance* del Código de Buen Gobierno de 2015 (Recomendación 14), a los textos legales, así como a los estatutos fundacionales y a los códigos de autorregulación de las fundaciones de sociedad, favoreciendo de esta manera la presencia equilibrada entre mujeres y hombres también en esas organizaciones fundacionales corporativas.

Entendemos que cabría incorporar, igualmente, criterios que promuevan la igualdad y presencia proporcional de la mujer en los patronatos y en la dirección ejecutiva en toda la normativa fundacional general. En ese sentido, defendemos la inclusión en esa articulación de los siguientes criterios: estipulación de *flexi-cuotas* y plazos para alcanzar la participación igualitaria de la mujer (30%-40%) en los patronatos⁵⁸, adopción de medidas y planes para promover la igualdad en los órganos directivos, formación, focalización de indicadores de género en la memoria, inclusión del lenguaje inclusivo y difusión de modelos estatutarios y códigos de buenas prácticas a través de la asociación española de fundaciones, así como de las notarías e instituciones⁵⁹.

⁵⁸ PÉREZ TROYA, Adoración, «La incorporación de la perspectiva de género en el Derecho Mercantil», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 288, 2013 (BIB 2013\1036), pp. 27-88, 72, defendió esta iniciativa intermedia, que pasaba por obligar a las empresas en el ámbito privado a fijarse unos objetivos (*flexi-cuotas*), en relación a los administradores ejecutivos, formulándola como vía de salida a la rémora que supuso que no se aprobase el Proyecto de Directiva de Igualdad de 2012.

⁵⁹ CARRILLO, Elena-SILVA, Tamara, *HOLOS*, *op. cit.*, p. 429.

Some questions of liability in the Rotterdam Rules¹

José Manuel Martín Osante

Profesor Titular de Derecho Mercantil

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)²

Summary: I. Liability in the event of: loss, damage and delay.—II. Period of liability: 1. The general rule. 2. Freedom of contract and minimum period of liability.—III. Basis of liability.—IV. Distribution of the burden of proof.—V. Liability of the carrier through its own actions and those of third parties.—VI. Liability of the maritime and non-maritime performing parties.—VII. Joint and several liability.—VIII. Minimum mandatory nature of the carrier's liability regulation.—IX. Application of the Rules regardless of the claim procedure used.

I. LIABILITY IN THE EVENT OF: LOSS, DAMAGE AND DELAY

The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods, Wholly or Partly by Sea, known as the “Rotterdam Rules”³

¹ Este trabajo está destinado a ser publicado en el Libro Homenaje al Prof. José María de Eizaguirre, a quien siempre estaré profundamente agradecido por haberme enseñado lo que realmente es la Universidad y por haberme transmitido su vocación por la investigación rigurosa. Por supuesto, le agradezco, igualmente, que me guiase durante mis primeros pasos en la Facultad de Derecho de Donostia-San Sebastián, su querida Facultad, dirigiendo mi Tesis Doctoral, y su apoyo posterior. Asimismo, resulta inevitable recordar el enorme cariño que tenía por sus Jornadas de Derecho Marítimo de Donostia-San Sebastián, cita anual ineludible para los especialistas del sector, y en las que fue fraguando mi interés por esta materia y que continúa en la actualidad, como muestra el trabajo que ahora se presenta en su memoria. Y me permito finalizar estas líneas recordando unas palabras del Prof. Eizaguirre, que sigo teniendo muy presentes, en las que me indicaba que en la investigación hay que tener «curiosidad», que la curiosidad en otros ámbitos puede ser inadecuada, pero en la investigación es algo imprescindible.

² Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación «El transporte ante el desarrollo tecnológico y la globalización: nuevos desafíos jurídicos del sector marítimo y portuario», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional —MICINN/FEDER/UE— (Ref. PID2019-107204GB-C32).

³ This Convention was approved by the General Assembly of the United Nations during its 67th plenary session, on 11th December: 2008A/RES/63/122, 2.2.2009 (www.uncitral.org).

(hereinafter, RR), regulates the liability of the carrier in articles 17 et following. This is a contractual liability, derived from the failure to comply with the goods transport contract⁴. Specifically, art. 17.1 RR establishes that the events or circumstances of non-compliance that entail the responsibility of the carrier are those of loss, damage and delay in the delivery. Precisely, this express mention of a delay as one of the circumstances of responsibility is a new improvement of the Rotterdam Rules with respect to the Hague-Visby Rules, as the latter do not establish a specific regime for delivery delays, unlike the Hamburg Rules that do contemplate delays among the circumstances that lead to the responsibility of the carrier (art. 5)⁵.

Loss of and damage to the goods are not defined in the Convention, as opposed to what happens with a delay the concept of which is contemplated in art. 21 RR. Despite this silence of the Rotterdam Rules as regards the concepts of loss and damage, *loss* can be defined as failure to deliver at the destination all (total) or part (partial) of the goods. This loss constitutes a definitive impossibility of delivering the goods. On the other hand, *damage* (the average) consists of an alteration of the goods (oxidation, mould, breakage, scratches, etc.) which causes a decrease in its value. The carrier delivers the goods transported, but with damage.

A *delay* is conceived as a failure to deliver the goods within the time agreed (art. 21 RR): “Delay in delivery occurs when the goods are not delivered at the place of destination provided for in the contract of carriage within the time agreed”. Therefore, the existence of a “time agreed” to carry out the carriage is an essential requirement for the delay to occur. The Convention does not establish the subsidiary criterion of *reasonable time* for delivery, in the absence of an agreement, to determine the occurrence of a delayed delivery, a criterion that other Conventions, such as the Hamburg Rules, do adopt (art. 5.2) or the CMR (art. 19). Nor do the Rotterdam Rules set maximum delivery deadlines. In this respect, the concept of delay in the Rotterdam Rules is, as has been rightly criticised, restrictive, as it does not anticipate the above mentioned subsidiary criterion of reasonable time⁶ and because in

⁴ See, DELEBECQUE, “Obligations and Liability Exemptions of the Carrier”, *EJCCL*, 2010-1/2, p. 89.

⁵ More details in BERLINGIERI, “A comparative analysis of the Hague-Visby Rules, the Hamburg Rules and the Rotterdam Rules”, in: www.comitemaritime.org/draft/pdf/Comparative_analysis.pdf, p. 6.

⁶ In this sense, RUIZ SOROA, «La responsabilidad del transportista marítimo de mercancías en las Reglas de Rotterdam. Una guía de urgencia», *Revista de Derecho del Transporte*, 2010, n. 4, pp. 25-26; GÓRRIZ, «Contrato de transporte marítimo internacional bajo conocimiento de embarque. (Reglas de La Haya, Reglas de Hamburgo y Reglas de Rotterdam)», *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XXVI, 2010, p. 54; and RECALDE, “Reflexiones sobre la significación de las Reglas de Rotterdam en la ordenación del contrato de transporte marítimo de mercancías”, in *XVII Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián*, Vitoria, 2011,

practice delivery times are not usually agreed⁷. However, in a different issue to that of responsibility, such as Chapter 9 —dedicated to the “delivery of the goods”—, the Rotterdam Rules do contemplate a reasonable delivery time, as a criterion to obligate the consignee to accept the delivery of the goods (art. 43 RR), which could lead to the admission by the courts of the claims of responsibility of delay protected by reasonable period of delivery.

The agreement on the period can be explicit or implicit, it may be in written form —in the contract of carriage or in another document or electronic medium— or simply be verbal⁸, with the resulting problem of proving its existence.

Finally, it must be noted that notice of loss due to delay (within twenty-one consecutive days after the delivery) is essential to be able to carry out the appropriate compensation action (art. 23.4 RR), as opposed to what happens in the event of loss or damage, in which the notice of loss (within seven working days after the delivery, for loss or non-apparent damage) is not entirely necessary, as its omission will not affect the right to claim compensation (art. 23.2 RR)⁹.

II. PERIOD OF LIABILITY

1. The general rule

The carrier will be responsible for the loss, damage or delay in the delivery of the goods, but provided that such events, or that the fact or circumstance that caused it or contributed to causing it, take place within the so-called *period of responsibility* of the carrier (art. 17.1 RR). This period is the space of time, defined by the actual Convention, during which the carrier responds for the damages and losses that their failure to comply with the contract of carriage causes.

p. 110. Against this point of view, BERLINGIERI/DELEBECQUE/ILLESCAS and others, “The Rotterdam Rules. An attempt to clarify certain concerns that have emerged”, p. 6 (in www.comitemaritime.org/draft/pdf/5RRULES.pdf), p. 10.

⁷ Compare, THOMAS, “An appraisal of the liability regime established under the new UN Convention”, *JIML*, 2008, vol. 14, p. 501; and VON ZIEGLER, “Liability of the Carrier for Loss, Damage and Delay”, in VON ZIEGLER/SCHELIN/ZUNARELLI (Eds.), *The Rotterdam Rules 2008. Commentary to the United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, Austin, 2010, p. 122.

⁸ TSIMPLIS, “Liability of the carrier for loss, damage or delay”, in *The Rotterdam Rules: A Practical Annotation*, London, 2009, p. 67.

⁹ VON ZIEGLER, “Compensation for damage: the Rotterdam Rules Appraised”, *EJCCL*, 2010-1/2, p. 60; and ZURIMENDI ISLA, “Reclamaciones: aviso previo y plazo de su ejercicio”, in EMPARANZA (Dir.), *La Reglas de Rotterdam. La regulación del contrato de transporte internacional de mercancías por mar*, Madrid, 2010, pp. 306-307.

The general rule regarding the temporal definition of the period of responsibility of the carrier due to loss, damage or delay is outlined in art. 12.1 RR. According to this art. 12.1 RR, said period of responsibility “begins when the carrier or a performing party receives the goods for carriage and ends when the goods are delivered”. This provision is in keeping with the concept of transport in the Rotterdam Rules as a “maritime plus”, that is, as a *door to door* transport that goes beyond the strictly maritime stage to include the land or air stages preceding or following transport by sea¹⁰. Thus, port operations such as loading, unloading, stowage, unstowage, storage, non-maritime transport within the port (and outside it) are included in the period of responsibility, provided they take place after the receipt of the goods and before their delivery, that is, while the goods are in the possession of the carrier —or a performing party— and the obligation of their custody lies with them.

With this limitation of the period of responsibility there is an extension of it that exceeds the temporal stage of responsibility described in the Hague-Visby Rules and in the Hamburg Rules¹¹. This is so as in the Hague-Visby Rules the period of responsibility of the carrier covers the period “from the time when the goods are loaded on to the time they are discharged from the ship” [art. 1.e)]. According to this provision, the Hague-Visby Rules are only applied to the strictly maritime stage of the carriage that occurs between the loading and discharge (period represented with the well-known expressions *tackle to tackle*), which leaves out of its scope the non-maritime stages of the carriage during which the carrier is in charge of the goods before loading and after their discharge. This exclusion from the scope of the Convention of the non-maritime stages of the carriage led to the so-called sectioning of the legal framework for the carriage, in reference to the fact that the maritime stage is subject to the Convention while the non-maritime stage is governed by its specific internal or international regulations.

Distancing itself from the Hague-Visby Rules, in the Hamburg Rules the temporal period of the carrier’s responsibility covers “the period during which the carrier is in charge of the goods at the port of loading, during the carriage and at the port of discharge” (art. 4.1), where the port operations are included in the period of responsibility, in which is known as *port to port* transport, but leaving out the non-port and non-maritime stages of the carriage.

¹⁰ ILLESCAS ORTIZ, “What Changes in International Transport Law after the Rotterdam Rules?”, *Uniform Law Review*, vol. XIV, 2009, p. 893; and ILLESCAS ORTIZ, “L’Espagne ratifie les règles de Rotterdam: ce qui change au niveau de droit du transport international suite à ces règles”, *Droit Maritime Français*, n. 728, 2011, p. 696.

¹¹ See, STURLEY, “Transport law for the twenty-first century: an introduction to the preparation, philosophy, and potential impact of the Rotterdam Rules”, *JIML*, 2008, vol. 14, p. 480; and TSIMPLIS, “Obligations of the carrier”, *cit.*, p. 35.

The inclusion in the Rotterdam Rules of a period of responsibility longer than that in the Hague-Visby Rules and in the Hamburg Rules, as has been pointed out, it extends to the port and non-port stages of the carriage (prior to and after the maritime carriage) it is one of its main advantages with respect to its predecessors¹².

2. Freedom of contract and minimum period of liability

The general rule mentioned, included in art. 12.1 RR, which extends the period of responsibility of the carrier from its receipt of the goods to their delivery, presents a limitedly non-mandatory nature. Effectively, art. 12.3 RR allows the parties that agree on the time and location of the receipt and delivery of the goods, provided that such agreements respect the limits adopted in said precept, as the clauses that establish the time of receipt of the goods as posterior to the start of the initial loading operation or the time of delivery as one prior to the end of the final discharging operation will be void.

Faced with the admission by art. 12.3 RR of a limited margin for freedom of contract in the limitation of the responsibility period, the following appreciations could be made:

- 1st. In “door to door” carriages (multimodal) the period of responsibility covers from the start of the initial loading, that is, from the start of the loading of the first vehicle or means of transport (ship, truck, train, etc.) until the completion of the discharge to the last vehicle or means of transport, while neither party can agree on a shorter period of responsibility, otherwise under penalty of annulment, which offers adequate protection for shippers and consignees¹³. Thus, in “door to door” transport contracts, in which the maritime stage follows or precedes the transport by other means (over land by road or rail, air transport, etc.) the operations of handling the goods at the port will be included within the carrier’s period of responsibility: intra-port transport, storage, loading onto the ship, unloading from the ship, stowage, unstowage, etc.
- 2nd. In exclusively “port to port” transports (from the port of origin to the port of destination), the parties may agree, under art. 12.3 RR, that receipt of the goods coincides with the start of the loading operations of the same on board the ship and the delivery with the completion of the discharge operations from the ship. As a result, the port op-

¹² STURLEY, “Transport law...”, *cit.*, p. 482; and RUIZ SOROA, “La responsabilidad del transportista marítimo...”, *cit.*, p. 26.

¹³ Compare, DELEBECQUE, *op. cit.*, pp. 88-89.

- erations (storage, stacking, transport within the port, etc.) prior to the start of the loading from the ship's dock at the port of origin and those following the completion of the unloading from the ship to the dock at the port of destination would be excluded from the carrier's period of responsibility, to which the corresponding national regulations should be applied, different, therefore, to the Rotterdam Rules, leading to the undesired sectioning of the regulation of the contract of carriage¹⁴.
- 3rd. The limited margin for action that is recognised for freedom of contract, in art. 12.3 RR, in order to limit the carrier's period of responsibility clashes with the content of certain standard clauses such as FIO, FIOS, FIOST or similar. By means of the FIO (*free in and out*) clauses the parties in the contract of carriage agree that the loading and discharge of the goods is to be carried out by the shipper or by the consignee, considering them to be received by the carrier once loaded onto the ship and understood to be delivered to the consignee at the moment the discharge from the ship starts to take place.

The Rotterdam Rules have chosen to recognise the validity of said standard clauses, as is deduced, particularly, from the content of its arts. 13.2 and 17.3.i). However, although the FIOS and similar clauses do not modify the minimum period of responsibility, they can be used by the carrier as circumstances of reversal of the burden of proof, under art. 17.3.i) RR, in those cases in which the shipper and the carrier agree that the loading, unloading, stowing or handling of the goods will be carried out by the shipper, the documentary shipper or the consignee. This approach distances itself from the position that continental case-law has maintained concerning these clauses, opposed to considering them as causes for the exoneration of the carrier's responsibility for the damages derived from the operations of loading, unloading..., as it understands that the monitoring and supervision of these is the responsibility of the carrier¹⁵.

In any event, the FIOS and similar clauses cannot be used as circumstances of reversal of the burden of proof when the loading, unloading, etc. is carried out by the carrier *on behalf of* the shipper, the documentary shipper or the consignee, as the Rotterdam Rules expressly refer to this exclusion in art. 17.3.i). This exception is fully justified, as the admission of these

¹⁴ TETLEY/RAMBERG and others, "A response to the attempt to clarify certain concerns over the Rotterdam Rules published 5 August 2009", in: www.iidmaritimo.org/doctrina.html, p. 3.

¹⁵ See, RUIZ SOROA, "La responsabilidad del transportista marítimo...", *cit.*, p. 31; ARIAS VARONA, "La delimitación del período de responsabilidad y las operaciones de carga y descarga", in EMPARANZA (Dir.), *La Reglas de Rotterdam...*, *cit.*, pp. 59-60; and GARCÍA ÁLVAREZ, *La carga y descarga en el contrato de transporte de mercancías*, Madrid, 2011, p. 60.

agreements for action by the carrier *on behalf* of the shipper or the consignee would be a cause of insurmountable exoneration for the latter, as they would not have access to the events that actually took place and, therefore, they would be unable to attest to the negligence of the carrier which had materially carried out or supervised such actions, although formally they had done so *on behalf* of the shipper or the consignee¹⁶.

III. BASIS OF LIABILITY

The Rotterdam Rules contemplate a framework of liability through presumed fault, by virtue of which the carrier will be considered responsible for the damage, loss or delay caused during the period of responsibility, except when it can prove that the cause of the damage, loss or delay cannot be attributable to their fault or to that of their dependent or auxiliary parties.

The arguments used to reject the adoption of a stricter basis for the carrier's responsibility have been diverse. Among them we can point out the statement that a more severe system would not be possible nor convenient as it would raise transportation prices¹⁷. But possibly, the reason for such a rejection lies in that the inclusion in the Rotterdam Rules of a stricter system of responsibility for the carrier would not be supported by shipping companies nor, therefore, by countries with shipping interests, meaning that the Convention would run the risk of failing, as happened with the Hamburg Rules.

IV. DISTRIBUTION OF THE BURDEN OF PROOF

Art. 17 RR establishes a type of guide which details the different steps that, regarding the matter of the burden of proof, should be followed by the claimant and defendant so that the resolution of the litigation — in judicial or arbitral proceedings — is favourable to their interests, leading either to the declaration of the carrier's responsibility or absence of responsibility, if there is any cause for their exoneration or a lack of proof offered by the claimant. The description in the Convention of the steps to be taken regarding proof and counter-proof (like a "tennis match"), which can be up to four, is particularly complex, until the several stages are completed. However, it will not always be necessary to complete the four stages of the process, as depending on the specific circumstance dealt with and on the gathering of evidence

¹⁶ In this sense, A/CN.9/WG.III/WP.21/Add.1. Annex II, 6.2.2002, pr. 61.

¹⁷ BERLINGIERI/DELEBECQUE/ILLESCAS and others, "The Rotterdam Rules. An attempt to clarify certain concerns that have emerged", p. 6 (in www.comitemaritime.org/draft/pdf/5RRULES.pdf).

carried out by the carrier and shipper, it is possible that the, second, third or fourth stage are not reached¹⁸.

The four stages included in art. 17 RR, through which the burden of proof among the carrier and claimant are distributed, are the following¹⁹:

1st stage

The burden of proof initially falls on whoever claims the appropriate compensation for damage, loss or delay. Specifically, the claimant must prove, on the one hand, the reality of the damage, loss or delay, and on the other, either that these circumstances have taken place during the period of responsibility of the carrier, or that the event or circumstance that caused it or contributed to cause it took place within this period (1st par. art. 17 RR).

The claimant is not required to prove the specific cause of the damage, loss or delay, but it is enough that they prove the reality of the damage and that it has been produced during the period of responsibility²⁰. As an alternative (or second option), the claimant is permitted to prove that the cause of the damage has taken place during the period of responsibility (in addition to the reality of the damage), thinking of cases in which the damage is manifested after the period of responsibility, but the cause of the same (humidity...) occurs within such a period. However, if the claimant chooses this second alternative of ascertaining the cause of the damage and the result is that several causes have contributed to causing the damage, said claimant will only need to prove that at least one of the causes that have contributed to producing the damage took place during the period of responsibility. This can be deduced from par. 1 of art. 17 RR when it refers to the proof of the event or circumstance that “caused or *contributed*” to cause the damage, loss or delay²¹.

That the loss, damage or delay was produced during the period of responsibility can be ascertained by the formulation of the appropriate claim

¹⁸ STURLEY, “The carrier’s liability under the Rotterdam Rules: the “well-balanced compromise” of article 17”, in *Scritti in onore di Francesco Berlingieri*, Vol. II, *Dir. Mar.*, 2010, p. 986.

¹⁹ BERLINGIERI in BERLINGIERI/ZUNARELLI/ALVISI, “La nuova Convenzione Unicitral sul trasporto internazionale di merci “wholly or partly by sea” (Regole di Rotterdam)”, *Il Diritto Marittimo*, 2008-IV, pp. 1176-1178; and ILLESCAS ORTIZ, “Obligaciones y responsabilidad del porteador”, in ILLESCAS ORTIZ/ALBA FERNÁNDEZ (Dirs.), *Las Reglas de Rotterdam y la práctica comercial internacional*, Navarra, 2012, pp. 177-185.

²⁰ ALBA FERNÁNDEZ, “Las obligaciones y responsabilidad del porteador en las Reglas de Rotterdam”, in ILLESCAS ORTIZ/ALBA FERNÁNDEZ (Dirs.), *Las Reglas de Rotterdam desde la perspectiva del contrato de seguro*, Cuadernos SEAIDA, 5, Madrid, 2011, p. 24.

²¹ STURLEY, “The carrier’s liability...”, *cit.*, p. 987.

(“notice”) by the consignee, under art. 23 RR. This claim manages to undermine the presumption that the carrier has delivered the goods in a correct state. In this respect, the recognition by the carrier that the damages occurred during the period of responsibility can also be used to consider that such a circumstance has been ascertained²². Likewise, other ways to ascertain the reality of the damage and that it has occurred during the period of responsibility are the joint inspection of the goods between the carrier and the consignee (inspection of art. 23.3 RR), expert evidence, etc.

If according to the proof provided by the claimant or by the carrier the damage, loss or delay has occurred outside the period of the carrier’s responsibility, the latter shall be free from liability as none of the necessary circumstances are present (stated in art. 17.1 RR) to attribute this responsibility to the carrier.

2nd stage

Once the damage, loss or delay has been proved and that they have occurred during the period of responsibility, the burden of proof is then transferred to the carrier, who in order to be exonerated of the responsibility must prove any of the following two circumstances [a) or b)]:

- a) That the cause or one of the causes of the loss, damage or delay is not due to its fault, nor to the fault of any of the persons that it responds for (persons indicated in art. 18 RR).
Proof by the carrier that the event that caused the damage is not attributable to its fault may consist of either “negative” evidence, that is, aimed at ascertaining its lack of fault, for having acted with due diligence, without specifying, therefore, whether there is any fault in the causation of the damage and without attributing fault to anyone; or “positive” evidence aimed at ascertaining the cause of the damage and attributing it to another specific party (shipper, consignee...). Tribunals will possibly be reluctant to admit the first modality of proof, as it is very complicated to ascertain an absence of fault —diligence— when the goods have been damaged during the period of custody and because to admit that evidence as a way to exonerate the carrier of any responsibility means that it would be exonerated in the circumstances of damages whose real causes are unknown, as the responsibility is not attributed to any party²³.

²² SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de transporte marítimo de mercancías. Reglas de La Haya-Visby, Hamburgo y Rotterdam*, 2.^a ed., Cizur Menor, 2010, p. 727.

²³ In this sense, STURLEY, “The carrier’s liability...”, *cit.*, p. 988.

- b) That the cause of the damage lies, totally or partially, in one or more of the “excepted perils” of the list included in art. 17.3 RR, comprising fifteen letters that contain events or circumstances of non-fault, fault of other parties other than the carrier (shipper, consignee...), etc.

The Rotterdam Rules maintain the legislative technique of the list of the “excepted perils”, which is a step backwards with respect to the Hamburg Rules where such a list was abandoned. However, the new catalogue presents differences with respect to the traditional list of the Hague-Visby Rules. The main differences between both catalogues lie, first of all, in that the Rotterdam Rules remove the exoneration due to “error in navigation” (“nautical fault”) in art. 4.2.a) RHV²⁴ (exoneration that has never been justified, meaning that its removal is a significant move forward). And secondly, in that the new Convention modifies the regime of exoneration due to fire in art. 4.2.b) RHV (in which the fortuitous nature of the fire is presumed, and on the other hand, it requires the existence of fault of the actual carrier, meaning that a fire caused by the crew or any other persons other than the carrier are a cause for exoneration), as the carrier shall be responsible for the damage, loss or delay derived from a fire caused through their own fault, or the fault of the captain, crew, performing party or any other person mentioned in art. 18 RR, giving fire the same treatment as the rest of the “excepted perils” [art. 17.3.f) RR]²⁵.

Despite the differences mentioned between the current list of “excepted perils” of the Rotterdam Rules and the traditional catalogue included in the Hague-Visby Rules, and although the authors of the Convention consider that the events or circumstances in the list constitute cases of reversal of the burden of proof²⁶, and no causes for exoneration, the truth is that from a legal and equitable point of view the resurgence of the list of excepted perils that takes place with the Rotterdam Rules is unjustifiable²⁷. The distribution of the burden of proof cannot be considered equitable when it is the shipper who must ascertain the causes of the fire on board the ship (for example, at high sea), in the event that the carrier simply proves that the goods were

²⁴ Compare, THOMAS, “An appraisal...”, *cit.*, p. 505; VON ZIEGLER, “Liability of the Carrier for Loss, Damage and Delay”, in VON ZIEGLER/SCHELIN/ZUNARELLI (Eds.), *The Rotterdam Rules 2008...*, *cit.*, pp. 102-103; and RECALDE, “Reflexiones...”, *cit.*, p. 114.

²⁵ GIRVIN, “Exclusions and limitation of liability”, *JIML*, 2008, vol. 14, p. 528; and STURLEY/FUJITA/VAN DER ZIEL, *The Rotterdam Rules. The UN Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, London, 2010, p. 105.

²⁶ BERLINGIERI, “The discipline in the Rotterdam Rules of the obligations of the carrier and of his liability”, in ILLESCAS ORTIZ/ALBA FERNÁNDEZ (Dirs.), *Las Reglas de Rotterdam: una nueva era en el Derecho uniforme del transporte*, Madrid, 2012, p. 229; and ILLESCAS ORTIZ, “Obligaciones y responsabilidad del porteador”, in *Las Reglas de Rotterdam y la práctica comercial...*, *cit.*, p. 182.

²⁷ See, DIAMOND, “The Rotterdam Rules”, *LMCLQ*, 2009-4, p. 491.

damaged by fire. The claimant has no access to the facts, so how can the claimant prove the cause of the fire if the carrier does not collaborate? The claimant will find it particularly difficult to prove that the fire was the fault of the carrier. And from a legal point of view, the responsibility due to custody related to the contract of carriage is incompatible with attributing to the claimant, instead of the carrier, the burden of proof of the cause of the damage.

3rd stage

Proof given by the carrier of an event or circumstance in the list of art. 17.3 RR as the cause of the damage does not automatically exonerate it of its responsibility, but rather leads to the presumption of absence of fault of the carrier or its auxiliary or dependent parties, thus reversing the burden of proof. This presumption can, therefore, be defeated through three different alternatives that art. 17 RR offers the claimant and which consist of the latter proving any of the following events:

- a) That the fault of the carrier or of any of the persons it must respond for (mentioned in art. 18 RR) totally or partially caused the “excepted peril” (of those listed in par. 3 art. 17 RR) alleged by the claimant in order to be relieved of their responsibility [art. 17.4.a) RR]. In this case, the proof process would end, as the carrier has no additional mechanisms for their defence, and the responsibility for the loss, damage or delay of said carrier must be declared²⁸.
- b) That an event or circumstance different to the “excepted perils” from the list of par. 3 art. 17 RR, is the cause or at least the concurrent cause of the loss, damage or delay [art. 17.4.b) RR]. The catalogue of “excepted perils” of art. 17.3 RR is broad, but in no event does it exhaust the possible causes of the damage, loss or delay, meaning that their origin may lie —totally or partially— in other events not listed. Under the above mentioned art. 17.4.b) RR the claimant can prove, in order to make the carrier responsible, that another event or circumstance not listed in par. 3 has caused the damage. The claimant does not have to prove the fault of the carrier in producing said event, it is enough to ascertain that that event led to the damage. It will be the carrier who must prove that that event or circumstance not listed is not its fault nor the fault of any of the persons it must respond for.

²⁸ BERLINGIERI, “The Rotterdam Rules: The “The Maritime Plus” Approach to Uniformity”, *EJCL*, 2009-2, p. 53.

- c) That the loss, damage or delay was or was probably caused, totally or partially by (“caused by or contributed to by”) a failure to comply with any of the specific obligations that art. 14 RR imposes on the carrier. Specifically, the claimant must ascertain that the *cause or probable cause* of the damage (wholly or in part) was: “i) the unseaworthiness of the ship; ii) the improper crewing, equipping and supplying of the ship; or iii) the fact that the holds or other parts of the ship in which the goods are carried, or any containers supplied by the carrier in or upon which the goods are carried, were not fit and safe for reception, carriage, and preservation of the goods” [art. 17.5.a) RR].

The burden of proof of the claimant regarding unseaworthiness is less than that contemplated for the events or circumstances examined above, as it is enough to ascertain that the unseaworthiness is *probably* the cause of the damage²⁹. The claimant is not required to ascertain that the unseaworthiness is the *cause* but the *probable cause* of the damage. In this respect, to prove the *probable cause* it must be understood that it is enough to ascertain the mere probability or plausibility³⁰. However, this proof will not simply consist of claiming the circumstance of unseaworthiness, nor of theoretical speculation unrelated to the specific case, but it cannot be compared to the proof of the relationship between the unseaworthiness and the damage either.

As has already been rightly claimed, it is unjustifiable that it must be the claimant who must ascertain that unseaworthiness is the cause or the probable cause of the damage, loss or delay³¹. Attributing this burden of proof to the claimant contradicts the principles of ease of proof and responsibility due to custody, in addition to not responding to an equitable distribution of the risks, as proof is required from the party with the most difficulties to provide it and from who does not have the goods in their charge. The shipper loses control over the goods once they are given to the carrier, the latter

²⁹ ALBA FERNÁNDEZ, “Las obligaciones y responsabilidad del porteador...”, *cit.*, p. 31.

³⁰ VON ZIEGLER, “Liability of the Carrier for Loss, Damage and Delay”, in VON ZIEGLER/SHELIN/ZUNARELLI (Eds.), *The Rotterdam Rules 2008*, *cit.*, p. 107; and ALBA FERNÁNDEZ, “Las Reglas de Rotterdam: tercera vía e instrumento para la modernización del régimen del contrato de transporte internacional de mercancías”, in *XVII Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián*, Vitoria, 2011, p. 31.

³¹ In this sense, RAMBERG, “UN Convention on contracts for international carriage of goods wholly or partly by sea”, en *CMI Yearbook 2009*, Antwerp, 2009, pp. 278-279 (www.comitemaritime.org/year/2009/pdf/files/YBK_2009.pdf); and RAMBERG//TETLEY and others, “Particular concerns with regard to the Rotterdam Rules”, in: www.iidmaritimo.org/doctrina.html, p. 3. Against this approach, BERLINGIERI in BERLINGIERI/ZUNARELLI/ALVISI, “La nuova Convenzione Uncitral...”, *cit.*, pp. 1177-1178.

being who goes on to possess and control such goods, meaning that they assume the responsibility of their custody. As a result, if any damage occurs to them during the carriage it will be the carrier who can more easily determine the specific cause of the damage, as they know the circumstances in which said carriage took place (qualifications of the crew employed to carry out the carriage, characteristics of the ship or the holds, of the container provided by the shipper, state of the goods, etc.) or, at least, they assume the legal obligation of knowing how it has been carried out (art. 14 RR).

4th stage

- a) When the claimant has chosen the path of proof of art. 17.4.b) RR, that is, when it has proved that the damage has been caused totally or partially by an event or circumstance not included in the list of “excepted perils”, then the carrier may prove in their defence that this unlisted event or circumstance is not attributable to their fault nor to the fault of any of the persons it must respond for, as stated in art. 17.4.b) RR.
- b) When the claimant has chosen the path of proof of art. 17.5.a) RR, that is, when it has proved that the unseaworthiness, or the deficient equipping, supplying, etc. is the cause or the probable cause of the damage, then the carrier must prove, under art. 17.5.b) RR, in their defence i) that the unseaworthiness, or the inadequate equipping, etc. were not the cause of the damage (for this purpose they must prove that the ship was in a seaworthy state) or ii) which, despite the unseaworthiness or inadequate equipping, etc. being the cause of the damage, it exercised due diligence to maintain the ship in an adequate seaworthy state and to carry out the rest of their specific obligations in art. 14 RR.

V. LIABILITY OF THE CARRIER THROUGH ITS OWN ACTIONS AND THOSE OF THIRD PARTIES

The liability of the carrier through its own actions is included under the generic declaration of liability of the carrier due to loss, damage or delay of art. 17 RR. This regime, as we have already pointed out, is based on the presumed fault of said carrier, understood as such any person that enters into a contract of carriage with a shipper (art. 1.5 RR). Therefore, any person that contracts a carriage with a shipper will be a carrier, regardless of whether they carry it out themselves or entrust it to a different person, as happens with agencies, freight forwarders, etc. To facilitate the task of iden-

tifying the carrier, art. 37.1 RR establishes that when the carrier is identified by name in the contract particulars, any identification clause of the carrier will be void when it does not coincide with said identity included in the contract. If from the contract particulars it were not possible to identify the carrier, art. 37.2 RR presumes *iuris tantum* that the carrier will be the registered owner or, in the event of a bareboat charter, the charterer, except if the registered owner or the charterer identify and indicate the address of the true carrier³². In any event, the claimant may prove that the carrier is a different person to that identified in the contract particulars or in accordance with section 2 of art. 37.

However, the carriage of the goods by the different transport companies is carried out in practice by resorting to different persons —dependent and independent auxiliary parties— who collaborate with said task (carriage, loading, unloading, handling the goods, etc.). In this respect, the content of the Rotterdam Rules regarding the liability of the carrier through its dependent and auxiliary parties is highly relevant. In this respect, art. 18 RR establishes the liability of the carrier due to actions by third parties, making a broad definition of the persons they must respond for, in the event that their actions or omissions lead to a failure to comply with any obligation imposed by the Convention on said carrier. Specifically, the carrier will be responsible for the actions or omissions of four categories of persons: a) any performing party, b) the master or any member of the ship's crew, c) the employees of the carrier or of a performing party, or d) any other person that performs or who undertakes to perform any of the carrier's obligations under the contract.

- a) “Any performing party”. According to art. 1.6.a) RR the term “performing party” means a person, other than the carrier, “that performs or undertakes to perform any of the carrier's obligations under a contract of carriage with respect to the receipt, loading, handling, stowage, carriage, care, unloading or delivery of the goods, to the extent that such person acts, either directly or indirectly, at the carrier's request or under the carrier's supervision or control”³³. Later, art. 1.7 RR states, under the category of the performing parties, what is understood as “maritime performing party”, to distinguish it from the “non-maritime performing party”. However, section a) of art. 18 RR refers to “any performing party”, for which reason all the performing

³² LORENZON, “Transport documents and electronic transport records”, in *The Rotterdam Rules: A Practical Annotation*, London, 2009, p. 110.

³³ See, PULIDO BEGINES, “Elementos personales del contrato de transporte total o parcialmente marítimo de mercancías: porteador, cargador, parte ejecutante, y destinatario”, in *Las Reglas de Rotterdam y la práctica comercial...*, cit., pp. 84 and following.

parties, maritime and non-maritime, are included under the collective of persons that lead to the liability of the carrier due to actions by third parties.

One of the most significant advances of the Rotterdam Rules with respect to its predecessors is, precisely, the figure of the “performing party”³⁴. The problems concerning interpretation posed by the Hague-Visby Rules and the Hamburg Rules regarding the performance of all or part of the carriage by a person other than the carrier who has contracted the carriage with the shipper, is solved by the new category of “performing party”, thus overcoming the more restricted conception of the distinction between the “contractual carrier” and the “actual carrier” of the Hamburg Rules (art. 10). Included under the category of “performing party” are all the persons subcontracted by the contractual carrier to materially perform any of the obligations required of said carrier by virtue of the contract of carriage³⁵. As a result, not only will the actual carrier be part of this new category but also the dependent or independent auxiliary parties that perform any other of the carrier’s obligations derived from the contract of carriage. Then, the performing parties may be described as the companies of loading, unloading, stowage, storage, depositing or any other handling of goods, intra-port carriers³⁶, loading terminals, logistics companies, tug vessels³⁷, dock pilots, etc. On the other hand those who only perform activities indirectly related to the carriage will not be considered performing parties, such as, for example, ship repair or goods repair companies, crewing agencies, etc.

- b) “The master or crew of the ship”. The express mention of the captain and the rest of the ship’s crew members is made due to the possibility that they are not considered as employees of the carrier, which can occur in cases where the (contractual) carrier is the ship’s time charterer³⁸, as in time chartering the master and the rest of the crew are dependent on the charterer.
- c) “Employees of the carrier or a performing party”. Given that section a) of art. 18 RR refers to the subcontractors and other external auxiliary parties of the carrier, section c) complements the category of the persons the carrier must respond for, extending it to its own employ-

³⁴ RUIZ SOROA, “La responsabilidad del transportista marítimo...”, *cit.*, p. 22.

³⁵ BERLINGIERI in BERLINGIERI/ZUNARELLI/ALVISI, “La nuova Convenzione Uncitral...”, *cit.*, p. 1180.

³⁶ THOMAS, “An appraisal...”, *cit.*, p. 498.

³⁷ SMEELE, “The Maritime Performing Party in the Rotterdam Rules 2009”, *EJCL*, 2010-1/2, p. 81.

³⁸ BERLINGIERI, “The Rotterdam Rules: The “The Maritime Plus”...”, *cit.*, p. 54.

ees and to the employees of the performing parties (maritime and non-maritime).

- d) “Any other person that performs or undertakes to perform any of the carrier’s obligations”. This group of persons is included in art. 18 RR, as a “closing” generic clause, so that any dependent party (to the extent that they act under the “supervision or control” of the carrier) or independent auxiliary party (by simply acting “at the carrier’s request” but not under their dependence) of the carrier that cannot be included in the three previous categories [sections a), b) or c)], also leads to the liability of the carrier due to actions by third parties. This would be the case, for example, of a company that ships, stows or handles goods contracted by the shipper but which acts under the supervision or control of the carrier³⁹, or that of an unloading company contracted by the consignee that performs its functions under the supervision of the carrier.

VI. LIABILITY OF THE MARITIME AND NON-MARITIME PERFORMING PARTIES

The framework of liability of the performing parties established in the Rotterdam Rules is different depending on whether it is a maritime or non-maritime performing party. In the case of *maritime performing parties* the same liability framework envisaged in the Convention for the carrier is applied, remaining, therefore, subject to the obligations and responsibilities set in the Convention for the carrier, but benefiting from the exceptions and limited liabilities established in the Rules for said carrier (art. 19.1 RR). Therefore, the new Convention is applied to the maritime performing parties, with the advantage that the shipper or the consignee can claim compensation directly from the maritime performing parties⁴⁰, under the above mentioned art. 19 and 20 RR, that declares as joint and several the plural liability of the carrier and one or more maritime performing parties.

The liability of the maritime performing party extends both to its own failure to fulfil the obligations that the Convention imposes on it and to the failure of any person that the maritime performing party has entrusted to fulfil any of the obligations that correspond to the carrier in compliance with the contract of carriage (art. 19.3 RR). As a result, the maritime performing parties will respond for the actions and omissions of their dependent and independent auxiliary parties, provided they act upon request

³⁹ TSIMPLIS, “Liability of the carrier...”, *cit.*, p. 63.

⁴⁰ SMEELE, “The Maritime Performing Party...”, *cit.*, p. 83.

of the maritime performing party to performance any of the carrier's obligations.

Unlike what happens with the maritime performing parties, the liability regime described in the Rotterdam Rules is not applied to the *non-maritime performing parties*⁴¹. This is deduced from an *a contrario sensu* interpretation of art. 19.1 RR, in which the liability framework described in the Convention for the carrier only extends to the maritime performing parties. A systematic interpretation of, among others, arts. 4.1, 19.1, 20.1, 23.3, 24 and 79.1 RR, where there is an exclusive reference to the carrier and to the maritime performing party as those liable or as the beneficiaries of the exonerations and limitations of liability established in the Convention, leads to the same conclusion. The current exclusion in the Rotterdam Rules of the non-maritime performing parties is inadequate. This is due to the fact that if one of the aims of the Convention is to harmonise the "door to door" international carriage of goods by sea, a performing party of this carriage, such as the non-maritime performing party, cannot be left out. We are referring to those events or circumstances in which the non-maritime stages that follow or precede the maritime stage are subject to national regulations, as the International Conventions on the matter are not applicable (CMR, CIM, Montreal Convention). In these cases, the liability of the carrier will be subject to the Rotterdam Rules and the responsibility of the non-maritime performing party will be subject to a different internal regulation. The avoidance of conflicts that the inclusion would have generated with the regulations of the non-maritime stages of the carriage does not seem argument enough for the exclusion of non-maritime performing parties⁴².

VII. JOINT AND SEVERAL LIABILITY

When the carrier and one or more maritime performing parties are responsible for the damage, loss or delay, said responsibility will be considered joint and several, although only up to the quantitative limits set in the actual Convention (art. 20.1 RR). To know the specific scope of this precept it will be necessary to resort to the content of the internal/national Law concerning joint and several liability (*lex fori*)⁴³. In this respect, the claimant

⁴¹ In this sense, BERLINGIERI in BERLINGIERI/ZUNARELLI/ALVISI, "La nuova Convenzione Uncitral...", *cit.*, p. 1181; and LÓPEZ RUEDA, "Noción de contrato de transporte y aplicación del Convenio a los contratos de transporte por más de un modo" in *Las Reglas de Rotterdam y la práctica comercial...*, *cit.*, p. 55.

⁴² In favour of the exclusion of the non-maritime performing parties, BERLINGIERI, "The Rotterdam Rules: The "The Maritime Plus"...", *cit.*, p. 55.

⁴³ See, THOMAS, "An appraisal...", *cit.*, p. 505.

may take reparatory action directly against the maritime performing party, under arts. 19 and 20 RR.

The Rotterdam Rules (art. 20) establish joint and several liability only for events or circumstances in which the carrier and one or more maritime performing parties are responsible for the damage to the goods. As a result, it must be understood that in the rest of the cases with many responsible parties (for example, carrier and non-maritime performing parties) the liability will not be joint and several, interpreting art. 20 RR *a contrario sensu*.

VIII. MINIMUM MANDATORY NATURE OF THE CARRIER'S LIABILITY REGULATION

The new Convention establishes two different mandatory levels of the obligations and of the liability included in the same, depending on whether they are those envisaged, on the one hand, for the carrier or a maritime performing party; or, on the other, for the shipper, consignee, controlling party, holder or documentary shipper:

1st

As regards the *carrier and the maritime performing party* the obligations and the responsibility cannot be excluded or limited, directly or indirectly, by means of clauses or agreements between the parties of the contract of carriage, as such agreements or clauses would be void [art. 79.1.a) and b) RR]. Therefore, the responsibility imposed on the carrier and on the maritime performing party in the Rotterdam Rules presents a minimum mandatory nature, in such a way that the clauses inserted in the contracts of carriage that envisage an exclusion or a reduction of the levels of responsibility under this minimum would be void⁴⁴.

Art. 79 RR omits any mention concerning the clauses in which the responsibility of the non-maritime performing party is excluded or limited. This precept must be interpreted alongside art. 19 RR, a precept that excludes the non-maritime performing parties from the responsibility framework imposed on the carrier, in such a way that they will not enjoy the exonerations and limitations that the Convention recognises for the carrier. Given that the responsibility of the non-maritime performing party is not governed by the Convention, as we have pointed out above, art. 79 of this Convention does not say anything about the validity or not of the clauses on the respon-

⁴⁴ Compare, ASARIOTIS, "The Rotterdam Rules...", *cit.*, p. 121.

sibility of such a non-maritime performing party, as it will be the internal/national regulations or international regulations (CMR, CIM...) regulating such responsibility which will determine whether they are valid or not.

2nd

As regards the *shipper, consignee, controlling party, holder or documentary shipper*, the responsibility and the obligations contemplated in the Convention cannot be modified by the parties (art. 79.2 RR)⁴⁵.

As an exception to this general rule of mandatory nature, the Rotterdam Rules enshrine the primacy of “freedom of contract” with regard to volume contracts (art. 80 RR), the transport of live animals [art. 81.a) RR] and the transport of “special goods” [art. 81.b) RR]⁴⁶.

IX. APPLICATION OF THE RULES REGARDLESS OF THE CLAIM PROCEDURE USED

The Rotterdam Rules (art. 4), along the same lines as the Hague-Visby Rules (art. 4 bis) and the Hamburg Rules (art. 7), guarantee that the carrier’s regime of liability, with its exonerations and limitations, will be applied in any legal (commercial, social, administrative, civil, criminal, etc.) or arbitral proceeding used by the claimant and regardless of the legal bases used for the claim due to damage, loss or delay⁴⁷.

Likewise, the framework of responsibility of the carrier contemplated in the Rotterdam Rules will be applied if the claim is made against the actual carrier, or against a maritime performing party, the captain, a crew member, any other person that provides services on board the ship or the employees of the carrier or of a maritime performing party (art. 4.1 RR).

However, the solution provided by arts. 4.1, 19.1 and 79.1 RR is unsatisfactory, as it leaves the non-maritime performing party out of the list of sub-

⁴⁵ In this sense, STURLEY/FUJITA/VAN DER ZIEL, *The Rotterdam Rules...*, cit., p. 371.

⁴⁶ See, BERLINGIERI in BERLINGIERI/ZUNARELLI/ALVISI, “La nuova Convenzione Uncitral...”, cit., pp. 1223-1226; DIAMOND, “The Rotterdam Rules”, cit., pp. 485-489; HONKA, “Validity of Contractual Terms”, in VON ZIEGLER/SCHLIN/ZUNARELLI (Eds.), *The Rotterdam Rules 2008...*, cit., pp. 337 and following; THOMAS, “An appraisal...”, cit., pp. 509-511; and LÓPEZ SANTANA, “Ámbito de aplicación del Convenio”, in EMPARANZA (Dir.), *La Reglas de Rotterdam...*, cit., pp. 44-47.

⁴⁷ Compare, DEBATTISTA, “General Provisions”, in *The Rotterdam Rules: A Practical Annotation*, London, 2009, pp. 12 y 13.

jects that benefit from the exonerations and limitations of liability recognised by the Convention. As a result, the non-maritime performing parties (road carriers that perform activities outside the port area, air carriers, etc., that are not employees of the carrier, in short, non-employee auxiliary or dependent parties) cannot make use of the exonerations and limitations that are applied to the carrier in the Rotterdam Rules⁴⁸. This exclusion is contrary to the harmony of the legal framework of the door to door international carriage of goods sought by its authors.

⁴⁸ STURLEY/FUJITA/VAN DER ZIEL, *The Rotterdam Rules...*, cit., p. 150.

Las cuentas en participación¹

Arantza Martínez Balmaseda

Profesora Agregada de Derecho Mercantil

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)

Sumario: I. Introducción.—II. Concepto y forma.—III. Naturaleza jurídica.—IV. Mercantilidad.—V. Cuentas en participación y atipicidad.—VI. Función económica.—VII. Elementos personales.—VIII. Contenido del contrato: relaciones jurídicas internas. 8.1. Planteamiento. 8.2. La participación en las ganancias y pérdidas de la actividad. A. Contenido. B. Determinación del momento de participación en los resultados. 8.3. El derecho de información. 8.4. El derecho de gestión.—IX. Relaciones jurídicas externas.—9.1. Planteamiento. 9.2. La responsabilidad del partícipe frente a terceros.—X. Extinción.

I. INTRODUCCIÓN

Las cuentas en participación, reguladas en los artículos 239 y siguientes del Código de Comercio, suponen, en términos generales, una fórmula jurídica de financiación empresarial mediante la cual un sujeto (partícipe) aporta capital para interesarse en las operaciones que el gestor desarrolla enteramente en su nombre a cambio de participar en los resultados de la actividad.

Suponen una institución tradicional en el ámbito del Derecho Mercantil, con origen en la *commenda* medieval, manteniendo hoy en día una presencia importante en el tráfico jurídico gracias a su flexibilidad que le ha permitido adaptarse a las circunstancias cambiantes del tráfico económico².

¹ Este trabajo ha sido elaborado dentro del Proyecto de Investigación «Nuevas tecnologías, transformación de mercados y Derecho de la Competencia», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (Ref. RTI2018-094201-B-C21).

² Más ampliamente sobre la función originaria de las cuentas así como las nuevas funciones a las que se ha ido adaptando, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de Sociedades*, vol. I, Valencia, 2010, p. 122 y ss; ÍDEM, «Las cuentas en participación: un ensayo de caracterización dogmática y funcional», *Estudios de Derecho Mercantil homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, vol. I, Valladolid, 1998, p. 273 y ss; ÍDEM, «Escritura de cons-

La vertiente exclusivamente interna que presenta la figura, de acuerdo a su calificación como sociedad interna, hace que la autonomía de la voluntad opere como en el resto de contratos sometida únicamente a los límites generales del art. 1255 CC lo que confiere a esta figura grandes posibilidades de adaptación a situaciones que se vayan presentando en el tráfico económico.

Partiendo de las anteriores consideraciones, el objetivo del presente trabajo es acercarnos a la figura en cuestión para analizar las características que presenta, tanto en su modelo legal como en las distintas configuraciones atípicas que puedan producirse, y arrojar luz sobre cuestiones sobre las que tradicionalmente la doctrina no ha prestado demasiada atención.

II. CONCEPTO Y FORMA

Las cuentas en participación están reguladas en el Código de Comercio, en los artículos 239 y ss, como un medio de financiación del empresario donde un sujeto al que se denomina partícipe se interesa en operaciones concretas que el gestor desarrolla en su nombre aportando para ello capital (dinero o bienes) a cambio de participar en los resultados prósperos o adversos de la actividad pero sin participar en la gestión del negocio.

La aportación que realiza el partícipe pasa a la propiedad del gestor sin que, por tanto, se cree un patrimonio común a ambos. Esta aportación va a permanecer en propiedad del gestor hasta que finalice la relación y, en ese momento, el partícipe tendrá derecho a la restitución de la misma aminorada o aumentada en función de los resultados prósperos o adversos que arroje la actividad pero no tendrá derecho a la devolución íntegra de la aportación. Desde esta perspectiva, las cuentas en participación presentan una posición cercana al préstamo pero se diferencian de ella en que no hay devolución del capital aportado al finalizar la relación, como acontece en el préstamo, sino

titud de una sociedad de cuentas en participación: modelo «standard» y fórmulas atípicas, *RdS*, n.º 10, 1998, p. 243-256; FERRÉ/LEÓN, «Las cuentas en participación y el concurso», *ADCo*, n.º 15, p. 40; PAZ-ARES en, en PAZ-ARES, DÍEZ-PICAZO, BERCOVITZ y SALVADOR (dirs.), *Comentario del Código Civil*, art. 1678, p. 1396 y ss; GARRIGUES, *Contratos bancarios*, 2.ª edición, Madrid, 1975, p. 665; CANO RICO, *Manual práctico de contratación mercantil*, tomo I, Madrid, 1999, p. 227 y ss; K.SCHMIDT, «Die Kreditfunktion der stillen Einlage», *ZHR*, 140 (1976), p. 475 y ss; PAULICK/BLAUROCK, *Handbuch der stillen Gesellschaft, Systematische Darstellung in handelsrechtlicher, steuerrechtlicher und betriebswirtschaftlicher Sicht*, 4. Aufl., Köln, 1988, p. 64 y ss; NOTARI, M., *Derecho Italiano de Sociedades (Manual Breve)*, Valencia, 2008, p. 184 y 185, 232 y 248; GIANNELLI en ABRIANI et alii, en AA.VV., *Derecho Italiano de Sociedades (Manual Breve)*, op. cit., p. 236 y 244; STAUB/ZUTT, *Gosskommentar zum Handelsgesetzbuch*, 4. Aufl., Berlin, 2004, 230 Rdn. 1-5.

que el partícipe participa en los beneficios o pérdidas del negocio y asume, por tanto, el riesgo de la empresa³.

El modelo legal parte de que la gestión del negocio corresponde enteramente al gestor, sin perjuicio del derecho de información que le asiste al partícipe para informarse sobre la marcha del negocio. Ello sin perjuicio de que puedan darse configuraciones atípicas donde sea posible la intervención del partícipe en la gestión con distinto alcance y contenido⁴.

El art. 239 del Código de Comercio parte del supuesto típico de la utilización de la figura para la financiación de operaciones concretas que vaya a llevar a cabo el gestor dentro de su actividad pero resulta posible, también, su utilización para financiar la totalidad de la empresa del gestor o una rama determinada de la actividad⁵.

Se caracterizan por la libertad de forma en su constitución porque de acuerdo al art. 240 CCom no presentan ningún requisito especial de forma⁶. Por tanto, de acuerdo a la regla general en Derecho, resulta suficiente el consentimiento de las partes para la perfección del contrato si bien resulta habitual que la misma se celebre por escrito a efectos de prueba.

³ Vid. GIRÓN, *Derecho de Sociedades*, I, Madrid, 1976, págs. 77-79; PAZ-ARES en , «Comentario de los artículo 1665-1708» en PAZ-ARES, Díez-PICAZO, BERCOVITZ y SALVADOR (dirs.), *Comentario del Código Civil*, II, Madrid, 1991; ÍDEM, Voz «Sociedad interna», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, pág. 6332; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Las cuentas en participación: un ensayo de caracterización dogmática y funcional», *Estudios de Derecho Mercantil homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, vol. I, Valladolid, 1998, pág. 259 y ss; ÍDEM, «Escritura de constitución de una sociedad de cuentas en participación: modelo standard y fórmulas atípicas», *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 10, pág.271; LEÓN SANZ, «Las cuentas en participación» en JIMÉNEZ SÁNCHEZ/ DÍAZ MORENO (coords.), *Derecho Mercantil*, vol. 3, Marcial Pons, 2013, págs. 112 y ss; EIZAGUIRRE, *Derecho de Sociedades*, Madrid, 2001, pág. 85; MARTÍNEZ BALMA-SEDA, *Las cuentas en participación y su vertiente interna*, Comares, 2011; ALFARO ÁGUILA-REAL, «Las cuentas en participación», Recuperado de <http://almacenederecho.org/lascuentas-participacion/> el 24 de marzo de 2020; GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo III, 1, Madrid, 1964, págs. 189 y 190; LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil Español*, tomo III, Barcelona, 1959, pág. 329 y ss; FERNÁNDEZ NOVOA, «Las notas distintivas de las cuentas en participación (Comentario a la sentencia de 3 de mayo de 1960)», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 83, 1962, pág. 230 y ss.; MARTÍ EIXALA, *Instituciones de Derecho mercantil*, Barcelona, 1875, pág. 273; SERRA MALLOL, *El contrato de cuentas en participación y otras formas asociativas mercantiles*, Barcelona, 1991, pág. 691 y ss. En la doctrina alemana, BAUMBACH/HOPT, *Handelsgesetzbuch*, München, 2008, parágrafo 230, Rdn. 2; STAUB/ ZUTT, *Grosskommentar zum HGB*, Berlín, 1990, parágrafo 230, Rdn.6 y 8.

⁴ Vid. apartado 8 de este mismo trabajo.

⁵ BAUMBACH/HOPT, HGB, 230, Rdn.1; SÁNCHEZ CALERO/ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, p. 282.

⁶ De acuerdo a este precepto «...las cuentas en participación no estarán sujetas en su formación a ninguna solemnidad, pudiendo contraerse privadamente de palabra o por escrito, y probándose su existencia por cualquiera de los medios reconocidos en Derecho conforme a lo dispuesto en el artículo 51».

III. NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza jurídica de la figura ha sido tradicionalmente una de las cuestiones más debatidas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia⁷. A diferencia del Código de Comercio de 1829 que regulaba a las cuentas en participación como «sociedad accidental o cuentas en participación», el Código de Comercio de 1885 no se pronuncia expresamente acerca de su naturaleza jurídica sino que regula la figura en el Título II del Libro I, a caballo entre la regulación que dedica a las compañías mercantiles y la que dedica a la comisión dejando abierta la cuestión de la naturaleza jurídica.

De esta manera, la discusión se ha centrado en considerarlo bien como una sociedad o como un contrato de colaboración. Sin entrar en toda la polémica que se ha generado en torno a su naturaleza, podemos decir que hoy en día la doctrina considera, de manera mayoritaria, a las cuentas como una sociedad al estar presentes en ella las notas características del concepto de sociedad⁸, de

⁷ Teniendo en cuenta que los artículos 239 y ss del CCom no regulan muchos aspectos de régimen jurídico interno la importancia de determinar la naturaleza jurídica radica en el hecho de que ésta nos proporciona el régimen jurídico supletorio en ausencia de previsión expresa de las partes en el contrato.

⁸ De esta manera, las cuentas se enmarcan dentro del concepto de sociedad al apreciar los requisitos mínimos que este concepto de sociedad exige. Por una parte la existencia de un fin común, a saber, que el interés de ambos se encamina en la misma dirección pero además este fin común, es también promovido en común tanto por el gestor como por el partícipe; ambos contribuyen conjuntamente a promoverlo a través de la obligación de aportación así como del deber de ambos de contribuir a los resultados, tanto favorables como adversos, del negocio (art. 239 CCom): La ausencia de patrimonio común y la falta de personalidad jurídica no constituyen argumentos para negar naturaleza societaria al fenómeno, toda vez que no se presentan como elementos consustanciales al concepto de sociedad. De esta manera, las cuentas en participación encajan en el supuesto más básico o primario de sociedad. *Vid.* GIRÓN, *Derecho de Sociedades*, I, Madrid, 1976, p. 77-79; PAZ-ARES en , «Comentario de los artículo 1665-1708» en PAZ-ARES, Díez-PICAZO, BERCOVITZ y SALVADOR (dirs.), *Comentario del Código Civil*, II, Madrid, 1991; ÍDEM en URÍA/MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I, 2.ª edición, Madrid, 2006, p. 604; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Las cuentas en participación: un ensayo de caracterización dogmática y funcional», *op. cit.*, p. 259 y ss; ÍDEM, «Escritura de constitución de una sociedad de cuentas en participación: modelo *standard* y fórmulas atípicas», *RdS*, n.º 10, p. 271; LEÓN SANZ, F.J., «Las cuentas en participación» en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J/ DÍAZ MORENO (coords.), *Derecho Mercantil*, vol. 3, Marcial Pons, 2013, pp. 112 y ss; EIZAGUIRRE, *Derecho de Sociedades*, Madrid, 2001, p. 85; MARTÍNEZ BALMASEDA, A., «Las cuentas en participación y su vertiente interna», *Comares*, 2011; ALFARO ÁGUILA-REAL, «Las cuentas en participación», Recuperado de <http://almacenederecho.org/las-cuentas-participacion/> el 24 de marzo de 2020. En el mismo sentido en la doctrina alemana, BAUMBACH/HOPT, *Handelsgesetzbuch*, München, 2008, parágrafo 230, Rdn. 2; STAUB/ ZUTT, *Grosskommentar zum HGB*, Berlín, 1990, parágrafo 230, Rdn.6 y 8. No obstante, tampoco falta alguna postura doctrinal que niega este carácter societario y sitúa a las cuentas en el ámbito contractual. En la actualidad defiende el carácter contractual, VICENT CHULIÁ, «El contrato de cuentas en participación no es un contrato de sociedad», *La notaría*, n.º 2-3, 2016, pp.48-72; ÍDEM: *Introducción al Derecho Mercantil*, 22.ª edición, Valencia, 2010, p. 1283 y ss; también han mantenido esta posición GARRI-

acuerdo a su concepto amplio⁹. Las cuentas en participación tienen un origen negocial y están presente en ellas el fin común (obtención de ganancias mediante la explotación del negocio del gestor) y la contribución en común (el partícipe mediante la aportación y el gestor mediante la gestión que realice del negocio) necesarias del concepto de sociedad. Concepción societaria mayoritaria puesta en entredicho por la Propuesta de Nuevo Código Mercantil que regula el contrato de participación dentro de los contratos de colaboración en el capítulo VII del Libro V dedicado a los contratos (arts. 547-1 a 5). No obstante lo anterior, la exposición de motivos establece que «la regulación del contrato de participación coincide en lo esencial con la figura de las cuentas en participación que excluye cualquier pronunciamiento legal sobre su naturaleza jurídica».

Además, al constatar que las cuentas en participación constituyen una relación exclusivamente interna entre las partes, sin personalidad jurídica, podemos también afirmar que vienen a encajar en la estructura y los caracteres de una sociedad interna (art.1669 CC)¹⁰. Son por tanto, la sociedad interna que regula el Derecho Mercantil¹¹. De esta manera, se suele afirmar, que

GUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, tomo III, 1, Madrid,1964., p 189 y 190; LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil Español*, tomo III, Barcelona, 1959, p. 329 y ss; FERNÁNDEZ NOVOA, «Las notas distintivas de las cuentas en participación (Comentario a la sentencia de 3 de mayo de 1960)», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 83, 1962, p. 230 y ss.; MARTÍ EIXALA, *Instituciones de Derecho mercantil*, Barcelona, 1875, p. 273; SERRA MALLOL, *El contrato de cuentas en participación y otras formas asociativas mercantiles*, Barcelona, 1991, p. 691 y ss. No obstante, aquella parte de la doctrina que niega carácter societario a las cuentas en participación, estima la normativa societaria la más acorde para solucionar las lagunas de régimen jurídico que se presentan.

⁹ Frente a esta concepción doctrinal mayoritaria, la jurisprudencia, más apegada al concepto tradicional de sociedad ha considerado tradicionalmente a las cuentas como un contrato de colaboración si bien se observa que cada vez son más los pronunciamientos judiciales que consideran a dicha figura como una sociedad a la luz del concepto amplio al que se van sumando.

¹⁰ Vid., LEÓN SANZ, F.J., «Las cuentas en participación» en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J/ DÍAZ MORENO (coords.), *Derecho Mercantil*, vol. 3, Marcial Pons, 2013, pp. 115 y ss; GIRÓN, *Derecho de Sociedades*, op. cit., p. 77-79; PAZ-ARES, *Comentario del Código Civil*, art. 1665.VIII, op. cit., p. 1318 ; ÍDEM, Voz «Sociedad interna», EJB, op. cit., p. 6332; ÍDEM en URÍA/MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, op. cit., p. 606 ; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Las cuentas en participación: un ensayo de caracterización dogmática y funcional», op. cit., p. 259 y ss; ÍDEM, «Escritura de constitución», op. cit., p.271; ALFARO-ÁGUILA REAL, J., «Las cuentas en participación». Recuperado de <https://almacenederecho.org/las-cuentas-participacion/> el día 24 de marzo de 2020; EIZAGUIRRE, *Derecho de Sociedades*, op. cit., p. 85; GUAL DALMAU, *Las cuentas en participación*, Madrid, 2003, 187 y ss; K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4.Aufl.,Köln, Berlin, Bonn, München,2002, p. 1837; MÜNCHKOMM/K. SCHMIDT, HGB, 230, Rdn. 7 y 8; STAUB/ ZUTT, HGB, 230, Rdn. 8 y 9; PULGAR EZQUERRA, *La declaración del concurso de acreedores*, Madrid, 2005, p. 212.

¹¹ Para esta cuestión es especialmente recomendable la lectura de MÜNCHKOMM/K. SCHMIDT, HGB, 230, Rdn. 6; MÜNCHKOMM/ ULMER, BGB, 705, Rdn. 236; STAUB/ ZUTT, HGB, 230, Rdn. 7; GIRÓN, *Derecho de Sociedades*, op. cit., p. 79; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Un ensayo de caracterización dogmática y funcional», op. cit., p. 271.

nuestro ordenamiento jurídico nos ofrece dos modelos de sociedad interna¹²; junto a la sociedad interna del Código Civil (artículo 1669 CC), el Código de Comercio regula también su sociedad interna en la figura de las cuentas en participación de los artículos 239 y siguientes¹³.

Esta calificación de las cuentas como sociedad interna determina que la normativa subsidiaria a aplicar, en defecto de previsión contractual, sea la societaria¹⁴. Además, su encuadramiento en el ámbito de las sociedades personalistas nos ayuda a concretar la que será esta normativa subsidiaria concreta en la tarea de integración de lagunas. De esta manera, en primer lugar, deberemos acudir a la teoría general de las sociedades personalistas. En concreto, se estima que debe tomarse en consideración la regulación de la sociedad colectiva, por ser una sociedad de estructura personalista y base de la parte general del Derecho de Sociedades. Junto a ella también ha de tenerse en cuenta la regulación de la sociedad comanditaria por la semejanza entre la posición jurídica del partícipe y la del comanditario, en cuanto al componente capitalista similar que presentan ambas figuras¹⁵. Y en tercer lugar, ha de tenerse en consideración la normativa de la sociedad civil (artículos 1665 y ss CC) en su función de sociedad general¹⁶.

¹² COLINO MEDIAVILLA, «Extinción de cuentas en participación con cláusulas atípicas (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1995)», *RdS*, n.º 7, 1996, p. 305.

¹³ No obstante, las cuentas en participación como sociedad interna presentan una particularidad en su estructura frente a la sociedad civil interna del artículo 1669 CC. A diferencia de lo que se prevé en este último artículo respecto de la sociedad civil interna, donde cada socio contrata «en su propio nombre con los terceros», las cuentas en participación nos presentan una sociedad interna con una estructura diferente. En efecto, éstas se caracterizan por la existencia de una relación bilateral de dos categorías de socios, el gestor y el partícipe, que ostentan diferentes posiciones y características jurídicas en la relación. El gestor es el único socio que participa en el tráfico mercantil y que actúa frente a los terceros en su nombre y bajo su exclusiva responsabilidad, mientras el partícipe, que puede ser único o puede haber varios, es el socio que participa en el negocio del gestor y que permanece ajeno a esta actuación exterior. Así lo establecen los artículos 239 y 241 del Código de Comercio al referirse a ellos, convirtiéndose de esta manera, en una característica que determina la estructura jurídica propia de las cuentas en participación. De esta manera, las cuentas en participación suponen una variante de sociedad interna en el ámbito mercantil. Siendo ambas sociedades, a la luz del concepto de sociedad aquí definido, no se observan por ello diferencias conceptuales, salvo el elemento mencionado que hace referencia más a la estructura de la sociedad que al propio concepto. STAUB/ ZUTT, HGB, 230, Rdn. 34; FERRÉ/ LEÓN, «Las cuentas en participación y el concurso», *op. cit.*, p. 5; COLINO MEDIAVILLA, «Extinción de cuentas en participación con cláusulas atípicas», *op. cit.*, p. 309.

¹⁴ En este sentido se manifiestan SÁNCHEZ PACHÓN, «Comentario a la sentencia de 30 de mayo de 2008», *CCJC*, n.º 80, 2009, p. 562; COLINO MEDIAVILLA, «Extinción de las cuentas en participación con cláusulas atípicas», *op. cit.*, p. 308; EIZAGUIRRE, *Derecho de Sociedades*, *op. cit.*, 229.

¹⁵ Así, GUAL DALMAU, *Las cuentas en participación*, *op. cit.*, p. 231; PIÑOL AGUADE, «Comaditarios y cuenta-participes», *RGD*, marzo 1990, p. 1102.

¹⁶ Así, PAZ-ARES, *Comentario del Código Civil*, art. 1665, *op. cit.*, p. 1300; EIZAGUIRRE, *Derecho de Sociedades*, *op. cit.*, p. 231.

Esta aplicación subsidiaria de la normativa societaria¹⁷ se realizará teniendo en cuenta que tanto las reglas del Código Civil como las del Código de Comercio están pensadas para sociedades con personalidad jurídica. Por ello, en atención a la ausencia de vertiente externa de las cuentas en participación se aplicarán aquellas normas siempre y cuando resulten compatibles con el carácter interno de las cuentas¹⁸. Es decir, no serán aplicables las normas de los artículos 125 CCom y siguientes así como de los artículos 1665 CC y siguientes que presupongan la existencia de una persona jurídica independiente de sus socios para actuar en el tráfico¹⁹.

IV. CUENTAS EN PARTICIPACIÓN Y ATIPICIDAD

Al tratarse de una sociedad interna, la vertiente exclusivamente interna que presenta la figura hace que la autonomía de la voluntad opere como en el resto de contratos sometida únicamente a los límites generales de la ley, la moral y el orden público del art.1255 CC. Ello implica amplia libertad para que se puedan introducir los pactos que se estimen oportunos y adaptar la estructura de las cuentas a las concretas circunstancias²⁰.

Y en efecto, resulta habitual que las partes, en uso de esta libertad contractual, establezcan pactos en el contrato alterando el modelo legal antes analizado y que resultarán plenamente válidos. De esta manera, el tema de la atipicidad en las cuentas en participación adquiere una importancia notable hasta el punto de que una aproximación a esta figura hace necesario el estudio de distintas configuraciones atípicas que pueden darse en este ámbito. Nos referimos, entre otros, a supuestos tales como la utilización de las

¹⁷ Véase, COLINO MEDIAVILLA, «Extinción de cuentas en participación con cláusulas atípicas», *op. cit.*, p. 311; GUAL DALMAU, *Las cuentas en participación, op. cit.*, 245 y ss; SOLÁ DE CAÑIZARES, *El contrato de participación, op. cit.*, p. 151 y 152; PAZ-ARES en URÍA/ MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil, op. cit.*, p. 606; MARTÍNEZ BALMA-SEDA, *Las cuentas en participación y su vertiente interna, op. cit.*, pp.176 y ss.

¹⁸ El Código Civil parte de una sociedad externa con lo que no existe separación formal en el CC entre la regulación de la sociedad civil externa e interna sino que ambas aparecen en el mismo título quedando como normas específicas de la sociedad interna los artículos 1669 y 1685 CC.

¹⁹ COLINO MEDIAVILLA, «Extinción de cuentas en participación con cláusulas atípicas», *op. cit.*, p. 305 y 310; EIZAGUIRRE, *Derecho de Sociedades, op. cit.*, p.73. De esta manera, no resultarán aplicables las normas sobre representación y responsabilidad de la sociedad de los artículos 1697 y 1698 CC. *Vid.*, GIRÓN, *Derecho de Sociedades, op. cit.*, p. 47 y ss; PAZ-ARES, *Comentario del Código Civil*, art. 1665, *op. cit.*, p. 1354.

²⁰ En general, sobre los límites a la libertad contractual en el Derecho de sociedades FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad en el Derecho de Sociedades*, Zaragoza, 1977, p.190 y ss.; EMBID IRUJO/MARTÍNEZ SANZ, «Libertad de configuración estatutaria en el Derecho español de sociedades de capital», *RdS*, n.º 7,1996, pp.11-30.

cuentas para financiar actividades civiles o al establecimiento en el contrato de posibilidades de gestión o control del negocio por parte del partícipe a los que nos referiremos más detalladamente en los próximos epígrafes²¹.

En este sentido, resultando tales configuraciones atípicas plenamente lícitas la cuestión se traslada al análisis de la normativa subsidiaria aplicable, en defecto de previsión expresa de las partes en el contrato. En concreto, a estos supuestos atípicos les serán aplicables las reglas previstas en los artículos 239 y ss CCom, siempre que exista la identidad de razón necesaria para su aplicación analógica, si bien como normativa subsidiaria quedarán sujetas a la normativa de la sociedad civil y no a la normativa de las sociedades mercantiles del CCom como ocurre en los casos de estructuras acordes al modelo legal o típico previsto en los arts. 239 y ss CCom.

V. MERCANTILIDAD

Las cuentas en participación, al tratarse únicamente de un vínculo obligatorio sin personalidad jurídica, no pueden ejercer una actividad mercantil ni ostentar la condición de comerciante. Las cuentas son, por tanto, civiles teniendo en cuenta que las sociedades mercantiles son todas externas. Ahora bien, es la actividad mercantil que ejerce el gestor el criterio de mercantilidad que determina que las cuentas queden sujetas al Código de Comercio. Es en esos casos cuando a dicha relación jurídica le será de aplicación no sólo la regulación de los arts. 239 y ss CCom sino también la normativa subsidiaria prevista en el Código de Comercio²².

Si la actividad del gestor fuera civil y no mercantil, supuesto posible de acuerdo a la libertad de pactos analizada anteriormente, faltaría el elemento de mercantilidad que determina su sujeción al Código de Comercio. No obstante lo anterior, teniendo en cuenta la identidad de razón con la estructura prevista en los arts. 239 y ss CCom, se aplicaría dicha normativa por analogía si bien la normativa subsidiaria vendría compuesta por el régimen de la sociedad civil en la medida en que ello fuera compatible con la naturaleza interna de la relación.

²¹ FERRÉ/ LEÓN, «Las cuentas en participación y el concurso», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 15, 2008, págs. 34 y ss; MARTÍNEZ BALMASEDA, «La atipicidad y la cuentas en participación», *RdS*, n.º 44, 2015, págs. 262-278. En general, sobre los límites a la libertad contractual en el Derecho de sociedades FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad en el Derecho de Sociedades*, Zaragoza, 1977, págs. 190 y ss.

²² *Vid.* apartado III de este mismo trabajo.

VI. FUNCIÓN ECONÓMICA

Las cuentas en participación constituyen una institución tradicional en el ámbito del Derecho Mercantil. Con origen en la *commenda* medieval tuvieron un gran auge como método de financiación del empresario, entre otros motivos por la falta de una actividad bancaria especializada. Esta figura permitía también, en sus orígenes, participar en actividades comerciales a todos aquellos a los que les estaba prohibido ejercer personalmente el comercio por razón de su cargo (nobles, clérigos, militares) y, por otra parte, esta figura permitía no caer en la prohibición de las leyes canónicas de la usura y las sanciones que ello acarrearaba²³.

Hoy en día, manteniendo su función tradicional de financiación la simplicidad y flexibilidad de la figura le ha permitido adaptarse a las nuevas realidades y necesidades que han ido surgiendo en la práctica jurídica. De esta manera, sobre la base de su función de financiación destaca su papel de saneamiento de las empresas en caso de crisis. Así, puede utilizarse como instrumento para dotar de recursos financieros a una SA y SL de forma alternativa y menos costosa al aumento de capital realizando aportaciones al patrimonio de la sociedad que no se destinan al capital pero que van al patrimonio neto. También como forma alternativa al préstamo. Desde esta perspectiva, las cuentas en participación constituyen una alternativa ventajosa al préstamo cuando el empresario necesite recurrir a una financiación externa para el ejercicio de la actividad, pero quiera evitar el gravamen de tener que restituir el capital prestado y pagar intereses con independencia del resultado de su actividad²⁴. En estos supuestos las cuentas en participación pueden venir incorporadas en pactos parasociales donde los socios asumen obligaciones de financiación frente a la SA o SL (art. 11.2 LSC)²⁵.

Las cuentas también podrían emplearse para canalizar inversiones de capital riesgo mediante la financiación de empresas de las que se espera un rápido crecimiento pero que tienen elevado riesgo. El objetivo es que la empresa aumente de valor y una vez madurada la inversión el partícipe se retire obteniendo su beneficio que se entiende que será superior a la media al ser también negocios de alto riesgo.

Pero más allá de esta función de financiación con diferentes objetivos, las cuentas también pueden emplearse para la participación económica de los tra-

²³ FERRÉ/LEÓN, *Las cuentas en participación y el concurso*, op. cit., p. 40; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Un ensayo de caracterización dogmática y funcional», op. cit., p. 273 y ss.

²⁴ STAUB/ZUTT, HGB, 230 Rdn. 3.

²⁵ Sobre el concepto y tipología de los pactos parasociales, vid. PAZ-ARES, «El enforcement de los pactos parasociales», *Actualidad jurídica Uría-Menéndez*, n.º 5, 2003, p. 19 y ss.

bajadores²⁶ en la empresa o como un instrumento útil en la sucesión o transmisión de empresas familiares²⁷. También hoy en día el carácter interno de la relación que une al gestor y al partícipe supone una ventaja y otorga la posibilidad de participar en actividades empresariales de sujetos que tienen vedada la adquisición de la condición de empresario de acuerdo al art. 14 CCom, en los que por razones de competencia no es deseable su participación exterior o en las que se exige determinada titulación²⁸. Así, las cuentas han sido tradicionalmente utilizadas en el ámbito de la actividad farmacéutica. El hecho de que la legislación exija la titulación profesional para abrir una farmacia, unido al importante desembolso económico que normalmente implica la apertura hace, en efecto, frecuente la utilización de esta figura en dicho ámbito.

VII. ELEMENTOS PERSONALES

De la definición de la figura así como de sus características típicas, se infiere que las cuentas en participación se caracterizan por la existencia de una relación bilateral entre el gestor y el partícipe.

7.1. El partícipe

El partícipe es la parte contratante que se interesa en el negocio del gestor realizando para ello una aportación patrimonial, consistente en dinero o bienes, al negocio de éste. Puede ser tanto una persona física o jurídica, siendo indiferente en este último caso que se trate de una sociedad mercantil o civil, una cooperativa, una corporación de derecho público o una comunidad hereditaria²⁹.

El partícipe puede ser un tercero ajeno al negocio del gestor o puede ser también un socio de la sociedad gestora. De hecho y como hemos advertido,

²⁶ STAUB/ZUTT, HGB, 230 Rdn. 5.

²⁷ STAUB/ZUTT, HGB, 230 Rdn. 3. Sobre la problemática de las empresas familiares, con carácter general, véase RODRÍGUEZ DÍAZ, I, «Las cuentas en participación como alternativa para la financiación de las sociedades de responsabilidad limitada: especial referencia a su utilidad en las sociedades familiares», *Revista de Derecho Privado*, n.º 83, 1999, p. 419-427.

²⁸ STAUB/ZUTT, HGB, 230 Rdn. 2

²⁹ Las cuentas en participación son utilizadas en supuestos de sucesión hereditaria para hacer posible la continuidad de la empresa mediante la diferenciación entre los que se hacen cargo de la titularidad de la empresa y de la continuidad en la gestión y aquellos que reciben una participación en los beneficios y en la cuota de liquidación. Sobre estas cuestiones, STAUB/ ZUTT, HGB, 230, Rdn.40; BAUMBACH/HOPT, HGB, 230, Rdn.6; SOLÁ DE CAÑIZARES, *El contrato de participación, op. cit.*, p. 122; FERRÉ/ LEÓN, *Las cuentas en participación y el concurso, op. cit.*, p. 41.

como alternativa al aumento de capital en las sociedades anónimas y limitadas, los socios pueden realizar aportaciones al patrimonio de la sociedad para el desenvolvimiento del objeto social a través de una relación de cuentas en participación. Esta manera de financiación otorga a los socios una mayor flexibilidad que la aportación al capital toda vez que facilita recursos financieros a la sociedad pero sin someterse al régimen riguroso del capital³⁰.

No es necesario que el partícipe tenga la condición de empresario aunque el Código de Comercio parece establecer literalmente tal necesidad³¹. Existe un acuerdo bastante unánime en la doctrina y en la jurisprudencia en el sentido de entender que no es necesaria esta condición en el partícipe y, de hecho, habitualmente el partícipe no tendrá la condición de empresario. A esta conclusión se llega a través de una interpretación teleológica de la norma teniendo en cuenta que precisamente una de las funciones tradicionales de las cuentas en participación ha sido permitir, a personas que no cumplen determinados requisitos para ejercer una actividad o no quieren figurar al exterior, formar parte del negocio a través de la participación en los resultados del negocio³².

A pesar de que el tenor literal del art. 239 CCom parece dar a entender que es necesaria una participación bilateral y recíproca entre el gestor y el partícipe³³, no resulta necesaria que esta participación sea recíproca sino que bastará que sea el partícipe quien colabore patrimonialmente en la explotación mercantil del gestor³⁴. Parece que no era la voluntad del legislador establecer este tipo de participación bilateral y que ha sido fruto de una desafortunada redacción dada al artículo³⁵.

Puede existir un único partícipe o una pluralidad de ellos. La posibilidad de que existan varios partícipes viene mencionada en el artículo 242 del Código de Comercio cuando hace alusión expresamente a «todos los partí-

³⁰ Respecto al componente crediticio de la aportación del partícipe, K. SCHMIDT, *Die Kreditfunktion der stillen Einlage*, ZHR 140, 1976, p. 475 y ss.

³¹ Literalmente establece en su art. 239 CCom que «podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que conviniere, y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen».

³² *Vid.* Apartado II. 2.3 de este mismo trabajo sobre las nuevas funciones de la figura.

³³ El art. 239 CCom establece en este sentido que «podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros».

³⁴ Resulta oportuno recordar que la participación bilateral se encuentra ya en el origen de esta institución, a la vista de la admisibilidad de la *commenda bilateral*, figura en la que ambas partes participaban con capital en el negocio del otro, como una de las modalidades de la *commenda*. *Vid.* FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Las cuentas en participación: un ensayo de caracterización dogmática y funcional», *op. cit.*, p. 279.

³⁵ LANGLE, *Manual de derecho mercantil español*, *op. cit.*, p. 330 califica de desafortunada esta redacción. En el mismo sentido BROSETA/ MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho Mercantil*, *op. cit.*, p. 311.

cipes». De esta forma, no existe obstáculo jurídico alguno para que pueda darse tal circunstancia, con lo que las cuentas en participación típicas previstas en el Código de Comercio pueden estar formadas por el gestor y uno o varios partícipes. La libertad de contratación del gestor le permite contratar con tantos partícipes como desee, siempre que pueda responder a las obligaciones que contraiga. Es, además, un supuesto habitual en la práctica el hecho de que el gestor contrate con varios partícipes unas cuentas cuando las necesidades de financiación son altas y un único partícipe no pueda hacer frente a ellas por suponerle una carga excesiva.

La existencia de varios partícipes en unas cuentas en participación puede articularse a través de diferentes maneras, creándose, entonces, distintos vínculos jurídicos entre el gestor y los partícipes; esta compleja realidad se materializa, a veces, en un único contrato celebrado entre el gestor y todos los partícipes y, en otras ocasiones, a través de la celebración de tantos contratos como partícipes. En primer lugar, el gestor puede contratar diferentes contratos de cuentas en participación con varios partícipes siendo dichos contratos independientes unos de otros. No existirá, pues, vínculo jurídico entre ellos. La relación jurídica únicamente existe entre el gestor y cada uno de los partícipes y no entre los distintos partícipes entre sí. De esta manera, existen varias cuentas en participación independientes unas junto a otras. Ninguno de los contratos o partícipes tiene prioridad respecto a los demás sino que cada uno se rige por su propio contrato con independencia del resto. El gestor y cada uno de los partícipes pueden concluir y regular su relación jurídica de la manera que consideren más conveniente a sus intereses sin tener en consideración las restantes relaciones de cuentas en participación. Y el gestor o comerciante no necesita el consentimiento de los restantes partícipes para poder concluir otros contratos de cuentas en participación. Cuando en un determinado contrato de esta naturaleza la existencia de otros partícipes estuviera sujeta a previo consentimiento de los anteriores, si el gestor contratara con otro partícipe sin mediar este consentimiento, la eficacia del contrato no se vería afectada, dándose lugar, en todo caso, a la reclamación de daños y perjuicios de los primeros partícipes contra el dueño del negocio. O también, este hecho puede constituir una razón para la terminación de las cuentas en participación si, por ejemplo, el acuerdo de participación en los beneficios del contrato anterior de cuentas se ve afectado con la regulación del posterior contrato de cuentas³⁶.

En segundo lugar, la pluralidad de partícipes puede unirse y formar una sociedad para concluir el contrato con el gestor. A su vez, esta sociedad puede ser externa o interna. En el caso de que los partícipes se unan en una sociedad externa será la sociedad como tal, al tener personalidad jurídica

³⁶ Así, STAUB/ ZUTT, HGB, 230, Rdn. 45.

propia, la que ostente la condición de único partícipe y, por lo tanto, quien será titular de los derechos y deberes frente al gestor. Así, corresponderá a la sociedad el deber de aportación o los derechos de información y control, entre otros. En el caso de que uno de los miembros deje de formar parte de la sociedad que ostenta la condición de partícipe, este hecho no afectará a la relación de cuentas en participación³⁷ al no alterarse el sujeto titular.

De la misma manera, puede darse también el supuesto de que varios partícipes que mantienen diferentes relaciones de cuentas en participación con el gestor se unan entre ellos frente a éste y formen una sociedad interna para tratar de manera unitaria determinados aspectos frente al gestor. Por ejemplo, puede que se agrupen los derechos de voto de los partícipes frente al gestor para poder ejercitarlos conjuntamente mientras la proporción de las aportaciones de cada uno de los partícipes permanezca invariable³⁸. Ello puede darse con o sin consentimiento del gestor, y tanto desde el inicio de las cuentas como en un momento posterior. La naturaleza jurídica de esa sociedad que forman los partícipes es, como ya se ha dicho, la de una sociedad interna, ya que su función es regular determinadas relaciones obligatorias entre los partícipes sin proyección exterior. La existencia de esta sociedad interna entre los partícipes deja intacta la relación de cada uno de los partícipes con el gestor. De esta manera, la terminación de la relación de cuentas en participación de uno de los partícipes no afectará a las restantes relaciones jurídicas de los partícipes con el gestor.

Como tercera posibilidad de pluralidad de partícipes, encontramos el supuesto en el que el gestor y los partícipes se unan en un solo contrato de cuentas en participación. Se trataría de un contrato plurilateral de cuentas en participación. En este caso el propio contrato puede prever la existencia de diferentes órganos que posibiliten a los partícipes el ejercicio de sus derechos. Así, los partícipes podrán organizarse internamente a través de reglas de actuación corporativa que faciliten los procesos de toma de decisiones de carácter colegiado, sujeto al régimen de mayorías³⁹. En principio, cualquier modificación del contrato necesita el consentimiento tanto del gestor como del resto de partícipes, en particular, para la admisión de un nuevo partícipe así como para la salida de uno de ellos de la relación. A este respecto, se puede también establecer una previsión contractual a través de la cual la salida de uno de los partícipes no afecte a la relación del resto con el gestor. Fuera del supuesto de admisión de un nuevo partícipe para estas cuentas en participación plurilaterales, que necesitaría, en principio, el consentimiento de todos los demás, nada impide al gestor contratar otras cuentas en parti-

³⁷ Cfr. MÜNCHKOMM/K.SCHMIDT, 230 Rdn. 83; STAUB/ ZUTT, HGB, 230, Rdn 46.

³⁸ Vid. STAUB/ ZUTT, HGB, 230, Rdn 47.

³⁹ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «Escritura de constitución», *op. cit.*, p. 250.

cipación con otro partícipe de manera independiente a las referidas cuentas plurilaterales⁴⁰.

7.2. El gestor

El gestor, es el *dominus negotii* o titular de la explotación mercantil en la que el partícipe se interesa realizando su aportación. Es él quien participa en el tráfico mercantil dirigiendo dicho negocio y contratando con los terceros en su propio nombre y bajo su exclusiva responsabilidad según se desprende del artículo 241 CCom.

El gestor viene obligado a gestionar el negocio, en interés común, con la diligencia de un buen comerciante⁴¹ respondiendo por dolo o culpa lata por analogía a la responsabilidad de los administradores de las sociedades colectivas.

El gestor puede ser tanto una persona física como una persona jurídica, tanto una sociedad de capital como una sociedad personalista, una cooperativa o una corporación de derecho público. En el caso de que el gestor falleciera es posible también, siempre y cuando se decida la continuación de las mismas, unas cuentas entre la comunidad hereditaria y el partícipe⁴².

El CCom parte del supuesto típico de que el gestor realice actividades mercantiles pero también se pueden utilizar para financiar actividades civiles (cuentas en participación civiles) a cambio de participar en los resultados, tanto prósperos como adversos de la actividad en la cantidad que determinen⁴³.

VIII. CONTENIDO DEL CONTRATO: RELACIONES JURÍDICAS INTERNAS

8.1. Planteamiento

El Código de Comercio no regula el ámbito jurídico interno de las cuentas y ello determina la conveniencia de que las partes establezcan previsiones contractuales que se adapten a las necesidades y expectativas concretas. De esta manera, estos pactos cobrarían una importancia notable en la materia

⁴⁰ BAUMBACH/HOPT, 230 Rdn. 4; STAUB/ ZUTT, HGB, 230, Rdn 49.

⁴¹ Así, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Voz «Cuentas en participación», *EJB*, pág. 1844; BAUMBACH/HOPT, 230, Rdn.13; STAUB/ZUTT, 230 Rdn.95.

⁴² Así, BAUMBACH/HOPT, HGB, 230, Rdn. 5; STAUB/ZUTT, HGB, 230, Rdn. 37; MÜNCHKOMM/K.SCHMIDT, HGB, 230, Rdn., 19 y ss.

⁴³ *Vid.* ampliamente, el apartado V de este mismo trabajo.

ahora en estudio de la misma manera que la labor de los operadores jurídicos ofreciendo a las partes las soluciones que resulten más compatibles a sus concretas necesidades.

En dicha tarea, se debe tener presente que al tratarse de una figura que solo presenta una vertiente interna cobra especial protagonismo la libertad contractual. Como hemos adelantado, la vertiente exclusivamente interna de la figura hace que la autonomía de la voluntad opere como en el resto de contratos sometido únicamente a los límites del art. 1255 CC lo que confiere también amplias posibilidades para poder introducir pactos que alteren el modelo legal.

A la hora de abordar este apartado hemos seleccionado algunos de los derechos que resultan más relevantes a la hora de configurar las relaciones jurídicas internas. Nos referimos a la participación en los resultados de la actividad, con especial atención al momento en que tiene lugar la participación en los resultados del negocio, así como al derecho de información y al derecho a la gestión interna que puede asistir al partícipe. Y todo ello prestando especial atención a las cláusulas atípicas de acuerdo a lo establecido anteriormente⁴⁴.

8.2. La participación en las ganancias y pérdidas de la actividad

A. *Contenido*

El partícipe, a cambio de su aportación, tiene derecho a participar en los resultados de la actividad de acuerdo a lo previsto en el contrato y respetando los límites generales así como la prohibición de los pactos leoninos (art. 1691 CC).

Las partes disponen de libertad para regular, como mejor estimen oportuno, la participación en los resultados aplicando distintos criterios. Se puede establecer un porcentaje de participación en pérdidas y ganancias de acuerdo a su participación en el capital o con criterios diferentes como un porcentaje de los resultados obtenidos por la actividad del gestor.

Pueden también establecer un porcentaje de participación en ganancias diferente respecto a la de pérdidas. En todo caso, los porcentajes de partici-

⁴⁴ En el ámbito de la atipicidad distinguiendo aquellas realidades que permiten seguir calificando el fenómeno como cuentas en participación de aquellas otras en las que se han desdibujado de tal manera los contornos que nos impiden mantener dicha calificación. En este sentido, siendo lícitas en muchas ocasiones las configuraciones atípicas la cuestión se traslada al análisis del régimen jurídico subsidiario aplicable en defecto de previsión expresa de las partes en lo que nos detendremos también.

pación en pérdidas y ganancias no pueden limitarse de tal manera que conduzca hasta su inexistencia⁴⁵. El establecimiento de un interés, aunque fuera variable, a favor del partícipe desnaturalizaría la figura de las cuentas y lo aproximaría al ámbito de los contratos de financiación.

La participación en las pérdidas tiene como límite el capital aportado por el partícipe. No obstante, se podrían admitir pactos en los que el partícipe asume responsabilidad ilimitada respecto al gestor, como podría suceder en contratos de cuentas en participación en el seno de grupos de sociedades.

También sería posible que se acordara la asignación al partícipe de la mayor parte de los beneficios producidos, reservando al gestor, únicamente, un porcentaje reducido de los mismos, siempre que ello no equivalga a una exclusión de la participación en ganancias del gestor.

Se puede establecer, también, un beneficio anticipado o una cantidad fija para el partícipe, siempre y cuando, y teniendo en cuenta la comunidad de riesgos que entrañan las cuentas, se realice a cuenta de los resultados.

B. *Determinación del momento de participación en los resultados*

Una de las previsiones más importantes en relación a la tutela de la posición del partícipe es la determinación del momento en que tiene lugar la participación en los resultados del negocio. El Código de Comercio parte del supuesto típico de cuentas en participación para operaciones ocasionales y, por ello, hace coincidir la participación en beneficios o pérdidas con la liquidación final de la cuenta. De esta manera, el artículo 243 CCom es el que establece que el gestor, terminadas que sean las operaciones, rendirá cuenta justificada de sus resultados. Así, en las cuentas en participación ocasionales o para una o varias operaciones determinadas existe una única distribución del resultado, coincidiendo el momento de la participación en las pérdidas y ganancias y la determinación de la cuota de liquidación⁴⁶. Por lo tanto, y como regla general, la determinación de beneficios o pérdidas en las cuentas en participación ocasionales no es un derecho de ejercicio periódico.

No obstante, es admisible, el establecimiento de cuentas de carácter indefinido en las que, de acuerdo a la naturaleza del vínculo, no resulta apropiado esperar hasta la terminación de la relación y hasta el momento de la liquida-

⁴⁵ STAUB/ZUTT, HGB, 231, Rdn.5.

⁴⁶ Vid. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, op. cit., p. 61; FERRÉ/LEÓN, «Las cuentas en participación y el concurso», op. cit., p. 55; SÁNCHEZ CALERO/ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, op. cit., p. 357.

ción para proceder también a la distribución del resultado⁴⁷. Si la participación es de carácter estable o permanente, no podemos aplicar el artículo 243 CCom de manera literal porque el partícipe no ha de esperar durante años hasta la conclusión de todas las operaciones sin disfrutar de ganancias. En estos casos, cuando la relación de cuentas no se constituya para realizar una operación determinada sino que tenga carácter duradero se considera que el gestor deberá practicar liquidaciones periódicas que tendrán carácter anual. Pero más allá de eso, resultará conveniente pactar en el contrato liquidaciones periódicas que pueden coincidir con el año natural, con cada ejercicio económico o los períodos que se estimen oportunos⁴⁸.

8.3. El derecho de información

El derecho de información que corresponde al partícipe es otro de los aspectos de gran trascendencia desde el punto de vista de tutela del mismo desde el momento en que este derecho de información le va a permitir comprobar que la aportación realizada al negocio del gestor se destina a lo pactado así como verificar los resultados obtenidos en el negocio y en su caso, exigir responsabilidad al gestor por dolo o culpa.

En este sentido, el gestor viene obligado a informar al partícipe de la marcha de las operaciones o sobre la evolución de la empresa aunque el Código de Comercio no regula este derecho de información expresamente⁴⁹. Al ser tal derecho inherente a la condición de socio, le corresponde al partícipe en su condición de tal, aplicándose para el partícipe de manera subsidiaria y en ausencia de pacto, el derecho de información que corresponde al socio comanditario⁵⁰ debido a la proximidad, en muchos casos, de la posición del partícipe con la del socio comanditario.

⁴⁷ También puede tratarse de supuestos donde aunque se pacten cuentas en participación para operaciones ocasionales éstas se dilaten en el tiempo y resulte conveniente una distribución periódica del resultado.

⁴⁸ Vid., SÁNCHEZ CALERO/ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, op. cit., p. 357; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Voz «Cuentas en participación», op. cit., p. 1844; GUAL DALMAU, *Las cuentas en participación*, op. cit., p. 220; CAPILLA en ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, art. 1689, op. cit., p. 358.

⁴⁹ A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos comparados de nuestro entorno, a saber, el italiano (artículo 2252 CC) y el alemán (parágrafo 233 HGB), estableciendo este último una detallada regulación del mismo.

⁵⁰ Habiendo sentado las anteriores premisas, la cuestión que se suscita es la mayor o menor amplitud del derecho de información en el caso de las cuentas en participación. Ya sabemos, que los derechos y deberes que corresponden a los socios han de ser modulados en función de la sociedad donde deban ponerse en juego, así como sobre la base de la configuración contractual concreta que presenten. Al carecer las cuentas de personalidad jurídica y ser el gestor el titular del negocio, el derecho de información del partícipe se puede

No obstante, podría resultar conveniente una regulación expresa en el contrato en atención a las particularidades que puede presentar este derecho en las cuentas en participación respecto a otras sociedades y que pudiera servir para reforzar la posición del partícipe. Ello podría incluir previsiones tales como el envío de información periódica de tipo contable financiera o incluir el envío de informaciones de otra clase sobre las operaciones o sobre la actividad empresarial desarrollada por el gestor⁵¹ que sirvieran al partícipe para realizar un seguimiento más directo de la aportación realizada y, en definitiva, como mecanismo de control.

8.4. El derecho de gestión

A. *El modelo legal de gestión interna en las cuentas en participación*

De acuerdo al modelo legal anteriormente expuesto, corresponde únicamente al gestor la gestión interna del negocio y la adopción de decisiones en este ámbito como titular que es de la explotación mercantil⁵². Ésta es la conclusión que se obtiene de una lectura de los preceptos dedicados a la figura (arts. 241 a 243 CCom) de los que se deduce que será al gestor al que le corresponda, de una manera preponderante, esta labor de administración social⁵³. Como argumento adicional, se ha mantenido, también, que el hecho de que la gestión corresponda al comerciante o gestor de manera privativa

concebir de manera más limitada del que corresponde a otros socios como los colectivos. De hecho, así lo entiende el ordenamiento alemán que configura este derecho de información del partícipe de forma menos amplia que la del socio en general. El párrafo 233. II HGB excluye expresamente la aplicación del artículo 716 del BGB a las cuentas en participación; dicho precepto concede al socio la facultad de informarse personalmente de la situación de los negocios sociales, examinando para ello la contabilidad y obteniendo el estado general del patrimonio social. De esta manera, y estableciendo, una vez más, para el partícipe una analogía con la posición del socio comanditario privado de la gestión, resultaría aplicable analógicamente el derecho de información que le corresponde en virtud al artículo 150 CCom, no siendo procedentes los términos más generosos con los que se contempla este derecho en los art. 133 y 173 CCom.

⁵¹ LEON SANZ, «Las cuentas en participación», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO (coords.), *op. cit.*, pp. 112 y ss.

⁵² GARRIGUES, *Tratado de derecho mercantil*, pág. 201; EIZAGUIRRE, *Derecho de Sociedades*, pág. 234.

⁵³ En primer lugar, el artículo 241 del CCom que prohíbe adoptar una razón comercial común al gestor y al partícipe, así como usar de más crédito que el del comerciante-gestor el cual contrata y dirige en su nombre y bajo su responsabilidad individual las negociaciones con los terceros. También, el artículo 242 CCom, que, siguiendo en esta línea, dispone que los terceros que contraten con el gestor sólo tendrán acción contra él y no contra el partícipe que a su vez no la tendrá con los terceros. Y, finalmente, el artículo 243 CCom establece también que la liquidación se hará por el gestor.

resulta coherente con la finalidad económica que las cuentas presentan⁵⁴, en tanto en cuanto, el gestor desea obtener financiación para su actividad mercantil pero sin que ello signifique la pérdida de control del negocio del que es titular.

Cuando hablamos de atribuir al gestor la gestión interna del negocio en exclusiva nos referimos a todas las decisiones de gestión necesarias para la consecución del fin social común a los socios. Estos actos pueden ser tanto actos o negocios de naturaleza jurídica como la conclusión de compraventas con terceros, contratos de trabajo, emisión de títulos-valores; del mismo modo, también pueden ser operaciones materiales o actividades de hecho, como organización y funcionamiento contable u organización de instalaciones⁵⁵. En esta tarea, el gestor debe actuar no sólo en interés propio sino también de acuerdo con el interés común de ambos, asumiendo, la diligencia de un buen comerciante⁵⁶. En estos casos, al partícipe le asiste un derecho de información sobre la marcha del negocio de acuerdo a lo anteriormente expuesto⁵⁷.

Quedarían fuera de este concepto de gestión interna aquellas decisiones estructurales como la reforma del contrato, reorganización de la base económica de la sociedad, fusión, escisión, transformación, nombramiento de factor, en definitiva, todo lo referente a las bases esenciales del negocio donde el gestor no puede actuar de manera aislada sino que necesita el consentimiento del partícipe para la adopción de estas modificaciones. Así, el gestor no puede cambiar el objeto social, ni puede alterar de manera sustancial la producción a favor de determinada rama del negocio⁵⁸.

B. *Posibilidades de injerencia del partícipe en la gestión del negocio: configuraciones atípicas*

De lo anteriormente expuesto podemos concluir que, de acuerdo al modelo legal de cuentas, corresponde al gestor en exclusiva la adopción de las decisiones de gestión interna correspondiendo al partícipe un derecho de información sobre la marcha de tales operaciones.

Pero más allá del derecho de información, se pueden establecer otros derechos de control a favor del partícipe que le permitan tener un segui-

⁵⁴ Vid., GUAL DALMAU, *Las cuentas en participación*, pág. 230.

⁵⁵ Vid., GIRÓN, *Derecho de Sociedades*, pág. 300; PAZ-ARES, *Comentario del Código Civil*, pág. 1448.

⁵⁶ Así, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Voz «Cuentas en participación»*, *EJB*, pág. 1844; BAUMBACH/HOPT, 230, Rdn.13; STAUB/ZUTT, 230 Rdn.95.

⁵⁷ Vid. apartado 8.3.

⁵⁸ STAUB/ZUTT, 230. Rdn. 86; BAUMBACH/HOPT, Rdn 230 13.

miento más cercano del negocio y, por ende, de la aportación efectuada. En este sentido, se trata de una de las cuestiones que las partes pueden alterar en el contrato respecto al modelo típico previsto en el CCom pudiendo asumir el partícipe tareas de gestión con distinto alcance y contenido⁵⁹.

De esta manera, en función de las características concretas de las cuentas en participación pactadas (por ejemplo los supuestos en los que el capital ha sido enteramente aportado por el partícipe) puede resultar conveniente reforzar la posición del partícipe mediante el establecimiento de diversos derechos de gestión y participación interna de éste como mecanismo de tutela de sus intereses más allá del derecho de información⁶⁰. Esta colaboración del partícipe en las decisiones de gestión interna puede presentar distinto alcance y contenido, según los casos, aunque deberá estar siempre referido al ámbito de la gestión interna en el sentido anteriormente analizado.

Así, la limitación del poder de administración interna del gestor puede instrumentarse a través de diferentes formas. Se puede establecer la necesidad de solicitar la autorización del partícipe para la realización de determinadas operaciones de cierta envergadura que pueda llevar a cabo el gestor. En tal sentido, puede establecerse en el contrato que aquellas operaciones que sobrepasen determinada cantidad económica o que se salgan de la administración ordinaria no se contraigan sin la autorización del partícipe estableciendo así un derecho de oposición o veto sobre determinados acuerdos que pudiera adoptar el gestor. También pueden establecerse derechos de instrucción hacia el gestor, poniendo a cargo de éste la obligación previa de consulta al partícipe o una labor de asesoramiento por parte de éste.

⁵⁹ GIRÓN, *Derecho de Sociedades*, págs. 48-51; GARCÍA VILLAVARDE, «Exclusión de socios por infringir el deber de no concurrencia con la sociedad, Comentario a la STS de 1 de octubre de 1986», *La Ley*, 7 de enero de 1987, pág. 3; PAZ-ARES, *Comentario del Código Civil*, art. 1669, pág. 1367; COLINO MEDIAVILLA, «Extinción de cuentas en participación con cláusulas atípicas», pág. 305.

⁶⁰ Esta posibilidad de participación del cuenta partícipe resulta, además, compatible con una aplicación analógica del artículo 148 CCom. Esta norma, por circunstancias históricas, prohíbe al socio comanditario la participación en la gestión. Una vez desaparecidas las circunstancias que propiciaron la norma, hoy día se viene entendiendo que existe la posibilidad de que el socio comanditario asuma la gestión interna y por tanto, por analogía, también el partícipe. Es ésta también la posición mantenida en Derecho Comparado y, de esta manera, nada impediría que el partícipe pudiera asumir funciones internas que van desde las tareas de contabilidad hasta la planificación de ventas o incluso tareas de más alcance. *Vid.* FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *EJB*, pág. 1844. Así, PAZ-ARES en URÍA/MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, pág. 750 y ss; EIZAGUIRRE, *Derecho de Sociedades*, pág. 207. En contra, LANGLE, «Las cuentas en participación», pág. 564; GUAL, *Las cuentas en participación*, pág. 241.

Hasta ahora, las posibilidades de gestión del partícipe que hemos expuesto mantienen, no obstante, la supremacía del gestor en la dirección y gestión porque suponen una injerencia en aspectos concretos. Sin embargo, pueden existir diferentes modelos o estructuras de cuentas en participación. Desde este punto de vista, también es posible una distribución departamental por materias en la gestión entre el gestor y el partícipe⁶¹ o también estimamos posible el supuesto de que el partícipe tuviera un derecho de oposición para todas las operaciones del gestor, situándose en el plano interno en una posición de paridad con el gestor. Las decisiones de gestión pueden transferirse también sólo al cuenta partícipe, actuando entonces el gestor de acuerdo con sus instrucciones.

De esta manera, pueden existir diferentes modelos de cuentas en participación donde la participación y control del partícipe en las decisiones empresariales puede ser tal que la posición del socio gestor se aproxime a la del titular fiduciario aun cuando éste asuma la titularidad formal de la empresa. En estos supuestos habrá que valorar también el alcance de la participación del cuenta partícipe en las tareas de gestión y las concretas tareas asumidas para poder, en su caso, extenderle la responsabilidad que corresponde al gestor⁶².

Teniendo en cuenta lo anterior y, sobre todo, la diversidad de pactos que las partes pueden establecer en el contrato, cabe apreciar en ellos diferentes supuestos de atipicidad. De esta manera, en algunos casos estaremos en presencia de cuentas en participación atípicas, cuando pese a la introducción de cláusulas atípicas siguen manteniendo una identidad de razón con las cuentas típicas⁶³. En otros casos, en función de los concretos pactos establecidos estaremos en presencia sociedades internas del tráfico mercantil que se trataría de supuestos donde no guardan similitud con la estructura proporcionada por las cuentas en participación pero, no obstante, siguen manteniendo las notas características de la sociedad⁶⁴. En ambos casos, tanto en los supuestos de configuraciones atípicas de cuentas en participación o en las sociedades internas del tráfico mercantil, la normativa subsi-

⁶¹ Cfr. STAUB/ ZUTT, 230. Rdn. 94.

⁶² *Vid.* apartado IX de este mismo trabajo.

⁶³ Más ampliamente, MARTÍNEZ BALMASEDA, «La atipicidad y la cuentas en participación», *RdS*, n.º 44, 2015, págs. 262-278.

⁶⁴ De esta manera, de todos los elementos típicos regulados en los art. 239 y ss únicamente el fin común (es decir, que el deseo de las partes vaya encaminado a obtener el máximo de ganancias) y su promoción en común (a través de la aportación así como de la participación en los resultados de la actividad) son requisitos esenciales al ser los elementos mínimos que requiere el concepto de sociedad. Siempre que cumpla los mencionados elementos necesarios que juegan como requisitos mínimos lo seguiremos enmarcando en el ámbito societario bien como cuentas en participación atípicas o sociedades internas del tráfico mercantil.

diaria se correspondería con la normativa de la sociedad civil contenida en el Código Civil⁶⁵.

IX. RELACIONES JURÍDICAS EXTERNAS

9.1. Planteamiento

Como hemos avanzado anteriormente, las cuentas en participación constituyen el supuesto típico de sociedad interna del tráfico mercantil y suponen, por tanto, una mera relación obligatoria o interna entre las partes (arts. 241 y 242 CCom.). No hay, por tanto, una vertiente externa de las cuentas por lo que las relaciones con los terceros competen en exclusiva al gestor siendo el único que contrata con los terceros en su propio nombre y responsabilidad.

Todo ello tiene como consecuencia que la responsabilidad hacia los terceros será, en principio, exclusiva del gestor y que los terceros sólo disponen de acción directa contra él para exigirle el cumplimiento de los contratos o acciones de responsabilidad civil. Ahora bien, en supuestos excepcionales se puede plantear la responsabilidad directa o externa del partícipe frente a terceros en base a fundamentos jurídicos de diversa naturaleza a los que nos aproximaremos, brevemente, a continuación.

9.2. La responsabilidad del partícipe frente a terceros

En primer lugar, la responsabilidad directa del cuenta partícipe frente a terceros puede surgir en base a la aplicación de las reglas generales de la contratación. De esta manera, esta responsabilidad puede darse en el caso en que éste realizara una aportación de garantía, garantizando su obligación, por ejemplo, a través de un contrato de fianza mercantil conforme al artículo 439 CCom en cuyo caso el partícipe podría responder frente a terceros en base a la garantía concreta asumida. Por otra parte, también podría hacerse extensiva la responsabilidad del partícipe, en base a las reglas generales de representación, en aquellos casos en los que, ostentando la condición de apoderado general del negocio del gestor, exista una deficiente exteriorización de la *contemplatio domini*, que constituye un requisito necesario para la validez de la actuación representativa⁶⁶. En

⁶⁵ Véase ampliamente el comentario a esta sentencia en SÁNCHEZ PACHÓN, «Comentario a la sentencia de 30 de mayo de 2008», *op. cit.*, p. 549 y ss; COLINO MEDIAVILLA, «Extinción de cuentas en participación con cláusulas atípicas (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1995)», *RdS, op. cit.*, pp. 293-315.

⁶⁶ Ha sido expresamente admitida por la doctrina y jurisprudencia, al amparo de la autonomía de la voluntad, la posibilidad de que el partícipe asuma también la posición de apoderado general o mandatario del negocio gestor interviniendo en nombre de aquel.

otras ocasiones, esa responsabilidad frente a terceros del partícipe puede tener su razón de ser en la cesión de derechos o en la responsabilidad subrogatoria.

No obstante los anteriores supuestos, los problemas más complejos en este tema se plantean al analizar la posibilidad de que los terceros puedan exigir responsabilidad directamente al partícipe en determinados supuestos en los que éste ha participado en la gestión del negocio siempre que su participación haya podido causar un perjuicio a terceros⁶⁷.

En estas situaciones podemos distinguir, a su vez, dos supuestos diferenciados. En primer lugar, se trataría de los casos donde el partícipe se ha mostrado ante los terceros y con su actitud ha generado la apariencia de ser el titular o gestor del negocio o de respaldar con su crédito el negocio del gestor. En estos casos, el fundamento para extender la responsabilidad al cuenta partícipe lo debemos encontrar en la doctrina de la apariencia jurídica⁶⁸. En segundo lugar, se trataría de los supuestos donde el partícipe permanece oculto en su relación con los terceros pero ha ejercido una influencia notable en determinadas decisiones adoptadas por el gestor y que hayan podido causar un perjuicio para terceros. En el caso de que actúe como gestor oculto, ejerciendo una influencia decisiva directamente sobre el gestor de las cuentas en participación, y los terceros no obtengan satisfacción de sus créditos se puede plantear la extensión de la responsabilidad propia del gestor al cuenta partícipe acudiendo a la prohibición del abuso

⁶⁷ La posibilidad de que el partícipe pueda intervenir en asuntos de gestión ya ha sido ampliamente tratada en el apartado anterior resultando plenamente lícita al amparo del art. 1255 CC.

⁶⁸ El principio de la protección de la apariencia jurídica es un principio informativo de nuestro ordenamiento jurídico que, aun sin estar plasmado en ningún precepto concreto de nuestros textos legales, la doctrina ha podido extraer una teoría general de la misma a partir de los supuestos legales concretos. Es una concreción de la vertiente positiva del principio de la responsabilidad por la confianza que no se reduce sólo al ámbito del Derecho mercantil, sino que extiende su relieve al entero Derecho privado, siendo muestra de ello los artículos 1734, 1738 y 79 CC, así como los artículos 286 y 21 CCom, entre otros. Este principio ha sido reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y al ser un principio general, es posible su aplicación analógica a supuestos que no están legalmente previstos. Desde esta perspectiva, el artículo 241 CCom, objeto de nuestra atención, es también una manifestación de dicho principio en sede de cuentas en participación. La doctrina de la apariencia ha sido ampliamente desarrollada en Alemania por CANARIS que ha establecido una teoría general al respecto, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München, 1971, y en España es tratada por GORDILLO, *La representación aparente*, Sevilla, 1978; también por PAZ-ARES, «Naturaleza jurídica de la letra de cambio» y «Las excepciones cambiarias» en MENÉNDEZ, *Derecho Cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque*, Madrid, 1986; EIZAGUIRRE, *Derecho de los títulos-valores*, Madrid, 2003; ZURIMENDI ISLA, A., *Los fundamentos civiles del Derecho cambiario*, Granada, 2004.

de derecho (art. 7.2 CC) o a la norma legal sobre representación indirecta en el Derecho mercantil, que, siempre que se pruebe que el gestor del negocio ha actuado por cuenta del partícipe (o gestor oculto), permite que el tercero se dirija contra cualquiera de ellos (art. 287 CCom)⁶⁹. En los casos en los que el cuenta partícipe sea persona incompatible para el ejercicio de la profesión mercantil la prohibición legal del fraude de ley permitirá hacer responsable de esas deudas al auténtico empresario-partícipe (art. 6.4 CC). Para que estos casos prosperen será necesario acreditar que el cuenta partícipe ha actuado como verdadero gestor desde la sombra impartiendo instrucciones al gestor aparente invirtiéndose así la relación típica entre el gestor y el cuenta partícipe. Estos casos pueden obedecer a situaciones donde las labores de gestión que tenga el partícipe sean de tal naturaleza que el gestor asuma un papel que le aproxime a la de un titular fiduciario⁷⁰. En estos casos, si el gestor es una sociedad de capital se podría valorar la posibilidad de hacer extensiva al cuenta partícipe la responsabilidad propia de los administradores de derecho a través de la institución del administrador de hecho⁷¹.

X. EXTINCIÓN

El Código de Comercio tampoco regula la extinción de las cuentas en participación pero de acuerdo a su naturaleza jurídica de sociedad interna serán de aplicación el régimen general de extinción de las sociedades de los arts. 1700 y ss. CC siendo, por tanto, causas de extinción el mutuo acuerdo de las partes, el transcurso del tiempo convenido, la realización de la operación, la denuncia unilateral si se pactó por tiempo indefinido y la denuncia

⁶⁹ ROJO, A., «El empresario», en MENÉNDEZ/ROJO (dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 2016, págs. 55 y 56.

⁷⁰ *Vid.* apartado 8.4.

⁷¹ Con carácter general sobre el administrador de hecho, LATORRE CHINER, *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Comares, 2016; FUENTES NAHARRO, «Una aproximación al concepto de administrador de hecho y a la funcionalidad de la figura en los grupos de sociedades», *Gobierno Corporativo y Crisis Empresariales*, Marcial Pons, 2006, págs. 289 y ss; DIAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho de las sociedades*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2002; JUSTE MENCÍA, J., «Art. 236. Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad», JUSTE MENCÍA (coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, 453 y ss. SANCHO GARGALLO, «La extensión subjetiva del régimen de responsabilidad a los administradores de hecho y ocultos y a la persona física representante del administrador persona jurídica (art. 236.3 y 5 LSC)», en AA.VV. *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada*, t. II, Aranzadi, 2016. Sobre la posible extensión de responsabilidad al partícipe en base a la institución del administrador de hecho, *vid.* MARTÍNEZ BALMASEDA, «La responsabilidad del cuenta partícipe frente a terceros: fundamento jurídico y características», *RDM*, n.º 310, 2018.

por justa causa si se pactó por tiempo determinado. También se extinguirán por muerte, incapacidad del socio gestor a no ser que medie pacto de continuación con los herederos.

La extinción implica para el partícipe la restitución de lo aportación realizada con el incremento o disminución en función de las pérdidas o ganancias de acuerdo a la rendición de cuentas realizada por el gestor (art. 243 CCom).

Cláusulas de sumisión a arbitraje internacional y concurso de acreedores¹

Fernando Martínez Sanz
Catedrático de Derecho mercantil
Universidad Jaume I

Sumario: I. Introducción.—II. Regla general y excepción. a) Regla general. b) Excepción.—III. Cauce procesal para solicitar la suspensión del pacto de sumisión a arbitraje.—IV. Consecuencias de la suspensión.—V. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Con no poca frecuencia la empresa que es declarada en situación legal de concurso de acreedores es parte en contratos que contemplan la sumisión a arbitraje como medio de resolución de controversias. No tiene nada de extraño y se encuentra contemplado en la Ley Concursal, que desde la reforma operada en el artículo 52 de la entonces vigente Ley Concursal por la Ley 11/2011, de 20 de mayo², vino a establecer lo que podría denominarse la «neutralidad» o «inocuidad» del concurso: en principio, la declaración del concurso no afecta a la vigencia de dichos convenios arbitrales. Y ello con razón: lo que se hace es tratar de no interferir en lo que fue la voluntad de las partes, al querer someter sus diferencias a arbitraje, en lugar de recurrir a la jurisdicción ordinaria. En un caso y en otro, el resultado será el mismo: la sentencia (o el laudo) declararán (o no) la existencia de un derecho de crédito, lo que será oportunamente tenido en cuenta en el concurso, ya sea en la masa pasiva o activa.

Este mismo planteamiento se ha visto refrendado —si bien con algunos cambios relevantes— en el artículo 140 del Texto refundido de la Ley concursal, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo

¹ El presente artículo se dedica a la memoria del profesor José María de Eizaguirre.

² Hasta entonces, el precepto equivalente al actual art. 140 TRLC (art. 52 LC) optaba por la solución opuesta, al declarar que «los convenios arbitrales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales».

(en adelante, en ocasiones referido como TRLC). Todo ello al tiempo que se añade una precisión importante al principio enunciado (i.e., mantenimiento de los convenios arbitrales como regla general), como es la de indicar que «En caso de fraude, la administración concursal podrá impugnar ante el juez del concurso los pactos de mediación y los convenios y procedimientos arbitrales» (art. 140.4 TRLC).

Como decimos, en situaciones normales la Ley Concursal no quiere perjudicar el funcionamiento ordinario de dichos convenios. Sin embargo, en ciertas ocasiones, la mera existencia de la cláusula arbitral es susceptible de generar problemas, que se hacen especialmente patentes en los casos —muy habituales— en los que la existencia de la cláusula arbitral presenta elementos de internacionalidad. Piénsese, por ejemplo, en una concursada española que ha celebrado un contrato con una empresa extranjera, contrato que contiene una cláusula de sumisión a arbitraje, a celebrarse en el extranjero (v.gr., en Abu Dhabi). Son estos «casos internacionales» aquellos en los que: (i) más frecuente es el recurso al arbitraje (precisamente para vencer las habituales reticencias entre las partes en el momento de la redacción del contrato); y (ii) más problemas generan ante una eventual declaración de concurso de una de las partes.

En nuestro análisis, y por simplificar el discurso, vamos a partir de una deudora española con un concurso declarado en España, siendo la concursada quien adopta el papel de demandante, para reclamar lo que considera debe integrar su activo. Por lo tanto, no se consideran los casos —también posibles— en los que la concursada es objeto de una demanda arbitral por parte de un tercero. Sin embargo, estas últimas hipótesis, aunque factibles, serán mucho menos frecuentes en la práctica, por las escasas probabilidades de que una demandada en situación de concurso de acreedores vaya (i) a poder comparecer en el procedimiento arbitral que se celebre en el extranjero costeando los gastos y (ii) poder hacer frente al eventual fallo condenatorio del laudo (lo que seguro intuirá cualquier demandante medianamente avezado y le llevará a desistir de interponer demanda arbitral).

Con la misma finalidad de no complicar, partiremos de que en el momento de la declaración de concurso el procedimiento arbitral aún no ha comenzado. Cuando, por el contrario, el arbitraje (internacional) se halle en curso, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 18 del Reglamento 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de Insolvencia (en adelante, «el Reglamento»), que establece que los efectos del concurso sobre dicho procedimiento arbitral pendiente «*se regirán exclusivamente por la ley del Estado miembro en el que esté en curso dicho proceso o en el que tenga su sede el tribunal arbitral*».

II. REGLA GENERAL Y EXCEPCIÓN

a) Regla general

Como se ha visto, el Texto refundido de la Ley Concursal no decreta la ineficacia de los convenios arbitrales suscritos por la concursada, convenios que seguirán produciendo efectos (art. 140.1 TRLC) («*La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el deudor*»).

La primera duda es si dicho principio sigue siendo de aplicación cuando nos hallamos ante un arbitraje internacional, como ocurre en el caso del que partimos. ¿Es el artículo 140.1 TRLC directamente aplicable cuando, p.ej., la parte contraria y el lugar en que habría de celebrarse el arbitraje están situados fuera de España? La respuesta debemos tratar de buscarla en el Reglamento (UE) 2015/848. De entrada, el art. 7.2 del Reglamento («*Ley aplicable*») señala que

«La ley del Estado de apertura del procedimiento [*en nuestro caso, la ley española*] determinará las condiciones de apertura, desarrollo y conclusión del procedimiento de insolvencia. Dicha ley determinará en particular:

e) los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los contratos vigentes en los que el deudor sea parte».

Qué duda cabe de que las cláusulas de sumisión a arbitraje revisten una innegable naturaleza contractual: reflejan la voluntad de sus firmantes de obligarse en un sentido concreto (como es el de someter sus diferencias al arbitraje), en los términos en que hubieran tenido por conveniente pactarlo. Por este motivo no parece que deba existir inconveniente en partir del referido inciso e) del artículo 7.2 del Reglamento³ para llegar a la conclusión de que es la *lex fori concursus* la que determina los efectos de la declaración del concurso sobre las cláusulas de arbitraje, aun cuando éste sea de carácter internacional e involucre a partes de terceros estados.

Es cierto, como ya se ha visto, que el artículo 18 [en relación con el art. 7.2, f)] del propio Reglamento establece que, respecto de

«los efectos del procedimiento de insolvencia sobre procesos en curso o procedimientos arbitrales en curso en relación con un bien o un derecho que formen parte de la masa del deudor se regirán exclusivamente por la ley del estado miembro en el que esté en curso dicho proceso o en el que tenga su sede el tribunal arbitral».

³ Así lo hace el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid de 5 de julio de 2017.

En realidad, el hecho de que la norma haga referencia a procesos «en curso» deja fuera aquellos procesos aún no iniciados (lo que podría ser el caso de los pactos de sumisión aún no «activados»). Por lo tanto, en el supuesto de que la concursada española (o su administración concursal) valoren la conveniencia o posibilidad de iniciar un arbitraje internacional, la respuesta estaría en el referido artículo 140.1 TRLC, que determina la vigencia de ese convenio arbitral y la necesidad, por lo tanto, de tener que plantear la demanda arbitral en caso de querer reclamar a la otra parte⁴.

b) Excepción

Sucede, sin embargo, que la sola perspectiva de tener que presentar una solicitud de arbitraje en el extranjero tropieza con obstáculos nada desdeñables cuando el demandante se halla en situación de concurso. Piénsese, así, en la necesidad de tener que satisfacer forzosamente los gastos de administración del arbitraje (sin posibilidad de obtener exención alguna, como ocurriría con las tasas judiciales si la demanda se presenta en España⁵); o en tener que contratar a abogados en el extranjero y abonar las correspondientes provisiones de fondos; en la situación de ausencia de liquidez que casi siempre acompaña a la concursada; o en las propias dificultades de abonar los créditos que genera el arbitraje, dado que los mismos han de satisfacerse en el orden que marca la Ley Concursal y el deudor no es libre de pagar como tenga por conveniente; ello por citar solo algunos de los problemas más frecuentes.

La Ley Concursal española (que resultaría aplicable, según lo visto anteriormente, como *lex fori concursus*) contempla la posibilidad de que, pese a la regla general de la vigencia de los convenios arbitrales que acabamos de ver, el juez del concurso pueda acordar en ciertos casos la suspensión de los efectos de los convenios arbitrales (art. 140.3 TRLC). Se trata de un aspecto que ha sido objeto de una importante reformulación en el Texto Refundido, frente a las dificultades interpretativas que planteaba la norma del artículo 52 de la Ley Concursal. Sobre ello volveremos enseguida.

Por eso mismo, tampoco creemos que pueda objetarse la necesidad de tener que referir necesariamente el tema a arbitraje a partir del artículo II.3

⁴ Una muy correcta exégesis de estos preceptos y su aplicación a un supuesto como el que se analiza en el texto lo tenemos en la sentencia del Juzgado de lo mercantil de Cantabria de 30 de septiembre de 2019.

⁵ Así, el art. 4.1, f) de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, declara la exención objetiva de la tasa en el caso de «Las acciones que, en interés de la masa del concurso y previa autorización del Juez de lo Mercantil, se interpongan por los administradores concursales».

de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, expresivo de que:

«El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable».

En efecto, el propio Convenio salva la posibilidad de que el pacto de sumisión a arbitraje sea considerado «nulo, ineficaz o inaplicable», que es precisamente lo que sucedería en los casos en que el órgano judicial acuerde, conforme en este caso al artículo 140.3 TRLC la suspensión de sus efectos. El Auto del Juzgado de lo Mercantil 1 de Madrid de 1 de abril de 2016 (aplicando el entonces vigente art. 52 LC) acoge esta argumentación:

«Argumentar por último que la presente resolución no entra en conflicto con las previsiones contenidas en el artículo II.3 del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, pues esta norma obliga a las autoridades de los Estados contratantes a declinar su jurisdicción cuando exista un acuerdo de sumisión a arbitraje que reúna los requisitos establecidos en el citado Tratado, pero también contempla la excepción de que el citado acuerdo sea considerado nulo, ineficaz o inaplicable; siendo la presente resolución la que precisamente, atendida la situación concursal del deudor y en aplicación de la norma contenida en el artículo 52.1 de la Ley Concursal española, acuerda dicha ineficacia».

Como se avanzó hace un momento, se trata además de un aspecto que ha sido objeto de una importante modificación en el Texto refundido de la Ley concursal. En efecto, la norma del artículo 52 LC se limitaba a señalar que:

«Cuando el órgano jurisdiccional entendiera que dichos pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso podrá acordar la suspensión de sus efectos».

Eran dos las principales dudas que suscitaba la norma. De una parte, la referencia al «*órgano jurisdiccional*» que podía acordar la suspensión; y, de otra, lo que deba entenderse por «*perjuicio para la tramitación del concurso*», que era (y sigue siendo) el requisito habilitante para poder lograr la suspensión de los efectos del convenio arbitral.

En cuanto a la primera de las cuestiones, cabía pensar en dos opciones: podría entenderse que la referencia contenida en el artículo 52 LC lo era al juez que conoce del concurso, en atención a la amplia jurisdicción que

le atribuían los artículos 8 y 9 de la LC (actuales arts. 52 y ss. TRLC). En particular, el artículo 9 LC (equivalente del actual art. 55 TRLC) señalaba que la

«La jurisdicción del juez [*del concurso*] se extiende a todas las cuestiones prejudiciales civiles, con excepción de las excluidas en el artículo 8, las administrativas o las sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal»⁶.

Es cierto que sorprende que el artículo 52 LC no utilizase dicha expresión («juez del concurso»), que es, por otra parte, la acuñada en la práctica y en la propia ley concursal en la que se ubicaba el precepto.

La otra opción sería entender que esa referencia al «órgano jurisdiccional» lo era al juez que debiera conocer del asunto en caso de no existir la cláusula de sumisión a arbitraje (que es la que se intenta dejar sin efecto). Así, se trataría de plantear la demanda ante la jurisdicción ordinaria solicitando que, como primera medida, el propio juzgado acordase la suspensión de la vigencia de la referida cláusula.

En la práctica, bajo la vigencia del precepto que se acaba de ver, se admitía sin demasiados problemas que el juez del concurso era quien resultaba competente para suspender los efectos de la cláusula de sumisión a arbitraje en los que fuera parte la concursada⁷. La propia referencia (que se trata más adelante) de que dicha suspensión se podía (y se puede) acordar cuando se apreciase perjuicio para la tramitación del concurso propendía a esta conclusión, pues no parecía que tuviera mucho sentido que un juez que no fuera el del concurso pudiera estar en condiciones de tomar una decisión sobre la base de lo que es beneficioso o perjudicial para el concurso. Máxime cuando en la mayor parte de los casos no será un juez de lo mercantil y, ni tan siquiera, un juez español quien haya de conocer de la demanda.

En realidad, las dudas apuntadas han quedado superadas con la actual redacción, toda vez que el artículo 140.3 TRLC claramente atribuye al juez del concurso la referida competencia, cuando señala que «El juez del concurso, de oficio o a solicitud del concursado, en caso de intervención, o de

⁶ En términos similares se pronuncia el vigente artículo 55.1 TRLC: «La jurisdicción del juez del concurso se extiende a todas las cuestiones prejudiciales civiles, con excepción de las excluidas en los artículos anteriores, las administrativas y las sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para la adecuada tramitación del procedimiento concursal».

⁷ Así, entre otras, la sentencia del juzgado de lo mercantil de Cantabria de 30 de septiembre de 2019, *cit.*; o los autos del juzgado de lo mercantil núm. 1 de Madrid de 5 de julio de 2017; o los autos del juzgado de lo mercantil núm. 4 de Madrid de 5 de noviembre de 2019.

la administración concursal, en caso de suspensión, podrá acordar, antes de que comience el procedimiento de mediación o de que se inicie el procedimiento arbitral, la suspensión de los efectos de esos pactos o de esos convenios, si entendiera que pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso. Queda a salvo lo establecido en los tratados internacionales.»

La segunda cuestión interpretativa que se generaba a la vista del artículo 52 LC y que sigue suscitando el artículo 140.3 TRLC tiene que ver con la condición habilitante para poder dejar sin efecto la cláusula de sumisión a arbitraje. Lo que el artículo 140.3 TRLC (y lo mismo hacía el art. 52 LC) requiere es que el juez entienda y justifique que dichos convenios pueden suponer «un perjuicio para la tramitación del concurso».

Es cierto que, interpretada literalmente, la norma es de difícil exégesis. Siendo el «concurso» en esencia un procedimiento judicial y el arbitraje un procedimiento que se desarrolla extramuros de aquél, se hace difícil vislumbrar en qué casos la conservación de la cláusula de sumisión resulta perjudicial para el concurso. Si bien se mira, el mantenimiento de los referidos convenios, de acuerdo con lo argumentado hace un momento, será perjudicial para la concursada o la masa activa (de la que se han de detraer los fondos para atender los gastos de administración del arbitraje) más que para el concurso en sí. Como ha tenido ocasión de señalar la sentencia del juzgado de lo mercantil de Cantabria de 29 de septiembre de 2019 en un supuesto en el que era de aplicación el artículo 52 LC:

«32. Entiendo sin embargo el procedimiento *per se* no es digno de ninguna protección ni puede sufrir un “perjuicio”, mucho menos por la mera existencia inerte de un convenio arbitral. El procedimiento, el trámite, no es un fin en sí mismo, y se justifica como instrumento para hacer efectivos unos derechos, en nuestro supuesto, para un procedimiento universal en el que trata de maximizarse y ordenarse el interés de múltiples acreedores. Es decir, por concepto resulta difícil imaginar un perjuicio al procedimiento desvinculado del impacto que tenga en el interés que a su través trata de obtenerse, y en nuestro caso es el de la masa de los acreedores del deudor común».

Por eso, habitualmente los juzgados de lo mercantil, cuando acuerdan suspender los efectos de los pactos de sumisión a arbitraje, lo hacen —acertadamente, a nuestro juicio— atendiendo a los propios beneficios que dicha decisión reportaría a la concursada o a la «masa». Así, no es infrecuente que se apele al derecho de acceso a la justicia de la concursada (que podría verse frustrado de mantener la necesidad de tener que acudir al arbitraje para hacer valer sus derechos). En definitiva, recurren a argumentos de índole económica o al «esfuerzo» que supondría para el concursado acceder al arbitraje y, que, en el caso concreto, justificarían dejar sin efecto el convenio. Ello es muy visible, por ejemplo, en el auto del juzgado de lo

mercantil 1 de Madrid de 1 de abril de 2016, cuando señala en su razonamiento jurídico segundo:

«En el presente caso, nos hallamos ante una cláusula de sumisión a arbitraje incluida en un contrato internacional de agencia, que fuerza al concursado a litigar ante la Corte de Arbitraje del Condado de Orange en California (Estados Unidos). Es un hecho absolutamente notorio que los costes de litigación en Estados Unidos son elevados; y resulta una obviedad que los recursos económicos que se precisan para acudir a un arbitraje privado precisamente en ese país pueden ser muy superiores a los que deben afrontarse en caso de acceso a la justicia ordinaria española, que nuestra propia Constitución, en su artículo 119 CE, reconoce como gratuita para quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar. La Administración concursa! refuerza ambos argumentos acompañando documentación de la que se desprenden unos gastos mínimos para el inicio del procedimiento arbitral en Estados Unidos de 7.500 dólares, a los que habría que sumar los honorarios del árbitro y los (probablemente mucho más elevados) gastos de una defensa con la suficiente infraestructura y competencia profesional y lingüística para actuar en un foro extranjero.

Habida cuenta de que la concursada se encuentra en una situación de insolvencia que le impide atender de forma regular sus obligaciones exigibles, mantener la eficacia del convenio arbitral que la vincula en relación con las disputas surgidas del contrato de agencia al que se hace referencia en los antecedentes de hecho de la presente resolución la obligaría a tener que hacer frente a los elevados costes que supondría un arbitraje en los Estados Unidos, tal y como se ha explicado; lo cual, por su situación de insuficiencia de recursos, la situaría en una situación práctica de privación de su derecho de acceso a la justicia, susceptible de ser calificada como una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (a falta de una mínima praxis aplicativa en nuestro país sobre la cuestión, en la jurisprudencia alemana la sentencia del BGH de 14.9.2000 III ZR 33/00 rechaza la declinatoria por sumisión a arbitraje, cuando la falta de los medios económicos del demandante que serían necesarios hace imposible acudir al procedimiento arbitral, generándose una situación indefensión). Por otra parte, teniendo en cuenta que esos gastos y costas habrían de ser considerados créditos contra la masa, según razona la Administración concursa! impedirían la dedicación de los recursos que se precisan para la tramitación del presente procedimiento, lo que inexorablemente habría de conducir a la aplicación del artículo 176 bis LC, sin perspectiva de satisfacción mínima de los acreedores, que es el fin al que se preordena todo el proceso concursal».

En un sentido muy similar, véase el auto del mismo juzgado de 5 de julio de 2017 (en el que el contrato preveía sumisión genérica a arbitraje en Londres), donde el juzgado argumentó:

«Es un hecho absolutamente notorio que los costes de litigación en el Reino Unido son elevados; y resulta una obviedad que los recursos económicos que se precisan para acudir a un arbitraje privado precisamente en ese país pueden ser muy superiores a los que deben afrontarse en caso de acceso a la justicia ordi-

naria española, que nuestra propia Constitución en su artículo 119 CE, reconoce como gratuita para quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar».

O la propia sentencia del juzgado de lo mercantil de Cantabria de 29 de septiembre de 2019, que aboga por una interpretación amplia del «perjuicio» al que se refiere la norma:

«Por tanto, considero que debe descartarse una interpretación que constriña las posibilidades de apreciar el perjuicio a aquellas situaciones en las que el convenio arbitral afectase a acciones competencia del Juez del Concurso y por lo tanto ejercitables en “el trámite del concurso”, que solo así se vería «perjudicado» (reconocimiento de créditos concursales o contra la masa, acciones de separación, resolución de contratos, o, en sentido favorable a la masa, acciones de reintegración o rescisión concursal). Dicha distinción no está en la LC; la propia EM se refiere acciones a favor de la masa para el cobro deudas a favor del deudor; y en suma, como se indicará, el perjuicio para la tramitación del concurso no debiera entenderse en un sentido meramente adjetivo, procesal abstracto, sino vinculado al sentido, finalidad, utilidad y eficacia del procedimiento concursal».

Aunque con una argumentación mucho más parca, al mismo resultado llega el auto del juzgado de lo mercantil 4 de Madrid de 5 de noviembre de 2019, en un supuesto que implicaba a una concursada española y una contraparte de nacionalidad saudí, con sumisión a arbitraje que había de celebrarse ante la Cámara de Comercio Internacional de Dubai (Emiratos Árabes Unidos).

Como se puede apreciar, serán los detalles concretos del supuesto que se someta a consideración del juzgado los que lleven a éste a declarar eventualmente la suspensión de la vigencia del convenio arbitral. Aspectos tales como que el arbitraje haya de celebrarse en el extranjero, en jurisdicciones conocidamente caras, son, sin duda alguna, determinantes.

III. CAUCE PROCESAL PARA SOLICITAR LA SUSPENSIÓN DEL PACTO DE SUMISIÓN A ARBITRAJE

Procedería entrar a continuación en una cuestión que no es menor, como es saber a través de qué cauce han de articularse las solicitudes que estamos analizando. Se trata, además, de un aspecto en el que también el Texto Re-fundido ha aportado avances, si se tiene en cuenta que el artículo 52 LC no señalaba absolutamente nada al respecto.

Lo que ahora indica el artículo 140.3 TRLC, es que el juez del concurso podrá acordar (por el motivo visto del perjuicio) la suspensión de efectos de

los pactos de sumisión a arbitraje «de oficio o a solicitud del concursado, en caso de intervención, o de la administración concursal, en caso de suspensión».

De entrada, y aunque teóricamente posible, no parece que ello vaya a declararse de oficio por el juzgado. Es cierto que nada lo impide y que la norma ahora expresamente lo contempla, pero en la práctica no creemos que ello vaya a darse, pues no parece fácil que le conste al juez del concurso la existencia o no de pactos de sumisión a arbitraje en los contratos suscritos por la concursada.

Al margen de ello, la Ley sólo se ocupa de dos cuestiones. De una parte, de la legitimación activa para proceder a la solicitud, que recae, bien sobre el propio concursado (en escenarios de intervención de facultades), bien sobre la administración concursal (cuando se haya acordado la suspensión de facultades). Ello es coherente con lo que prevén los artículos 119 y 120 TRLC en materia de representación y defensa procesal del concursado.

De otra parte, la Ley se ocupa de marcar el momento preclusivo para las referidas solicitudes de suspensión de efectos de los pactos de sumisión a arbitraje: podrá solicitarse (*rectius*, «acordarse», para abarcar también los supuestos en que el juez actuase de oficio), «antes de que [...] se inicie el procedimiento arbitral» (art. 140.3 TRLC).

La norma es importante, y no tanto por lo que se refiere a los casos en que el concursado pretenda plantear una demanda contra un tercero (donde es lógico que la suspensión del convenio arbitral se suscite antes de iniciar el procedimiento), sino porque deja claro que en ningún caso podría pretender la concursada o la administración concursal hacer uso de la posibilidad de la suspensión una vez recibida una demanda arbitral o solicitud de inicio del arbitraje por parte de un tercero.

Lo que no aclara la Ley (ni antes ni ahora) es el cauce procedimental para articular la suspensión de la vigencia del convenio arbitral. Cabe pensar en dos vías (y, de hecho, de ambas existen ejemplos en la práctica): de una parte, puede entenderse que, a falta de una tramitación específica en el artículo 140 TRLC, la solicitud habría de tramitarse vía incidente concursal. Todo ello sobre la base del art. 532.1 TRLC, que establece que

«[t]odas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta ley otra tramitación se tramitarán por el cauce del incidente concursal».

Parece evidente que esta vía podría considerarse la más garantista para los derechos de todos los afectados (sobre todo, la parte que luego resultará demandada), pero obliga a notificar debidamente a la otra parte, con alto riesgo de llevar adelante el procedimiento incidental en rebeldía (como ocu-

rrió en el caso resuelto por la sentencia del juzgado de lo mercantil de Cantabria de 29 de septiembre de 2019, que optó por ese cauce del incidente concursal). El resultado de seguir el cauce incidental será una sentencia que podrá recurrirse en apelación.

No obstante, cabe preguntarse si es estrictamente necesario proceder a la vía del incidente concursal a la vista de la redacción del artículo 140 TRLC, que deja en manos del órgano jurisdiccional adoptar la decisión, de oficio o —como resultará más frecuente— a solicitud de la concursada o de la administración concursal.

A nuestro juicio, esta última razón debe llevar a defender que este tipo de resoluciones pueden impetrarse del juzgado por la vía del artículo 518 TRLC (antiguo art. 188 LC). En efecto, en la práctica será la administración concursal quien, estimando que dicha suspensión del convenio arbitral es provechosa para el concurso, la solicitará del juez del concurso por el trámite del art. 518 TRLC⁸. Ello finalizará mediante auto susceptible de recurso —solo en reposición. De hecho, la mayoría de resoluciones acordando la suspensión de efectos de las cláusulas arbitrales a las que hemos tenido acceso adoptan la forma de auto, tras haber seguido el trámite del artículo 188 LC (actual 518 TRLC).

IV. Consecuencias de la suspensión

La consecuencia principal de la decisión del juez del concurso de suspender la vigencia de los convenios arbitrales consiste en que se reactivan las normas ordinarias de competencia judicial internacional; es decir, se retorna a la situación que se daría en caso de no existir la cláusula de cuya suspensión se trata. Lo explica muy gráficamente la sentencia del juzgado de lo mercantil de Cantabria de 29 de septiembre de 2019:

«28. La finalidad de la suspensión solicitada es facilitar el ejercicio de acciones patrimoniales a favor de la masa concursal. El hecho de que se

⁸ Artículo 518 Autorizaciones judiciales

1. En los casos en que la ley establezca la necesidad de obtener autorización del juez o los administradores concursales la consideren conveniente, la solicitud se formulará por escrito.
2. De la solicitud presentada se dará traslado a todas las partes que deban ser oídas respecto de su objeto, concediéndoles para alegaciones plazo de igual duración no inferior a tres días ni superior a diez, atendidas la complejidad e importancia de la cuestión.
3. El juez resolverá sobre la solicitud mediante auto dentro de los cinco días siguientes al último vencimiento.
4. Contra el auto que conceda o deniegue la autorización solicitada no cabrá más recurso que el de reposición.

trate de una acción a favor de la masa no excluye la oportunidad de valorar la suspensión interesada (por entender que quedaría fuera de la competencia objetiva del Juzgado del concurso —art 8 LC—), ya que lo atribuido al Juez del concurso no es la competencia en todo caso para conocer de cualquiera de estas acciones civiles sobre las que en principio se proyectaría el convenio arbitral, sino únicamente la de decidir sobre los efectos del concurso sobre las acciones individuales y los arbitrajes. Cuestión distinta será la competencia judicial para conocer posteriormente de las acciones de que se trate.»

Como se ve, en modo alguno la suspensión de la cláusula arbitral puede pretender conseguir el efecto de «ensanchar» la competencia del juez del concurso y atribuirle el conocimiento de la cuestión de fondo; de hecho, lo normal es que, tratándose de una demanda contra un tercero, el juez del concurso nunca resulte competente para conocer de la misma, dado el estrecho margen de competencia que le concede el art. 6 del Reglamento 2015/848⁹.

El juez del concurso se limitará únicamente a dejar sin efecto la cláusula arbitral, por lo que la competencia internacional en lo que se refiere a la posterior demanda habrá de determinarse, en su caso, conforme al Reglamento (UE) número 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en particular, conforme a sus arts. 4, 5 y 7). Por regla general ello llevará, o bien a los tribunales del lugar del domicilio del demandado (art. 4.1), o bien a los tribunales del lugar de cumplimiento de la obligación que sirva de base a la demanda (ex art. 7.1, a). En los casos más frecuentes, de compraventa de mercancías, dicho lugar será «*el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser entregadas las mercancías*» (art. 7.1, b) (lo cual, a su vez, vendrá determinado por el concreto INCOTERM con arreglo al cual las partes hubieran regulado su operación de compraventa). En los casos de contratos de prestación de servicios, será «*el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios*» (art. 7.1, b).

La doctrina internacional privatista ha tenido ocasión de tratar una cuestión parcialmente distinta, como sería la eventual posibilidad de que la *lex fori concursus* pudiera llegar a declarar *per se* inválidas o ineficaces las cláusulas de sumisión a arbitraje (a fin de cuentas, la situación existente en España hasta la reforma del art. 52 LC en 2011), para afirmar que

⁹ «*Los órganos jurisdiccionales del estado miembro en cuyo territorio se haya abierto un procedimiento de insolvencia en aplicación del artículo 3 serán competentes para cualquier acción que se derive directamente del procedimiento de insolvencia y guarde una estrecha vinculación con éste, como las acciones revocatorias*».

«incluso si aceptamos que la lex fori concursus puede considerar inválida, ineficaz o simplemente suspender los efectos de la cláusula arbitral, la consecuencia es que la competencia para conocer del litigio no, correspondería al juez del concurso, sino al juez determinado por las normas de competencia judicial internacional generales y, en particular, el reglamento Bruselas I bis»¹⁰.

No obstante, no creemos que sea una inferencia lógica afirmar —como hace el autor citado— que la razón principal de la inoponibilidad al concurso de las cláusulas arbitrales sea la de facilitar la acumulación de todos los procedimientos ante el concurso¹¹. De hecho, en la situación legal previgente, en que el art. 52 LC (en su redacción anterior a la reforma de 2011) decretaba la suspensión de efectos de las cláusulas arbitrales en que fuera parte la concursada, ello no iba acompañado de una atribución al juez del concurso de una competencia «omnívoda» (de hecho, la acumulación al concurso de las acciones frente a terceros es -y era entonces- absolutamente excepcional).

V. CONCLUSIÓN

En suma, la legislación concursal vigente ofrece un marco regulador del impacto del concurso sobre las cláusulas de sumisión a arbitraje que puede calificarse de lógica y flexible. Y es que, si bien respeta la voluntad inicial de las partes cuando quisieron someter a arbitraje sus posibles diferencias, sin embargo no impide atender debidamente aquellas situaciones en las que la existencia de la cláusula arbitral puede suponer un obstáculo al acceso a la justicia por parte del concursado. Por ello la propia Ley (de modo aún más claro tras la aprobación del Texto refundido de la Ley Concursal) autoriza a que el juez del concurso pueda suspender la vigencia de los convenios arbitrales cuando se entienda que éstos pueden suponer un perjuicio (que en la práctica se está interpretando como perjuicio para la masa del concurso). Y se trata de una herramienta de la que se suele recurrir con bastante frecuencia por parte de las administraciones concursales, en especial cuando nos hallamos ante cláusulas que prevén un arbitraje internacional.

¹⁰ Así, GARCIMARTÍN, F., *El nuevo Reglamento europeo de insolvencia (IV): ley aplicable*, Almacén de Derecho, junio 16, 2015, pág. 6.

¹¹ Así, GARCIMARTÍN, F., *op. loc. cit.* «Piénsese en lo paradójico del resultado: si se declara que la cláusula arbitral no es oponible al concurso, se acabaría litigando ante un tribunal, por ejemplo, el del lugar de cumplimiento de la obligación principal ex Artículo 7(1) Reglamento Bruselas I, que ni es el que querían originalmente las partes (pues optaron por la vía arbitral), ni es el que quería la lex fori concursus (pues el motivo para dejar sin eficacia a la cláusula arbitral era poder acumular todos los litigios ante el juez del concurso)».

Los perjuicios en los socios minoritarios de la abusiva utilización de la dispensa del deber de lealtad

Andrea Meijomil González

Investigadora Predoctoral

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)

Sumario: I. Introducción.—II. La dispensa: competencia exclusiva del socio mayoritario. 1. El carácter imperativo del deber de lealtad y la dispensa. 2. La competencia del otorgamiento de la dispensa por los socios mayoritarios.—III. Otorgamiento de la dispensa y el socio minoritario. 1. El papel secundario del socio minoritario en el otorgamiento de la dispensa. 2. El abuso de la mayoría en el otorgamiento de la dispensa.—IV. Instrumentos jurídicos al alcance de la minoría.—V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Con la reforma de la Ley de Sociedades de Capital a través de la Ley 31/2014, para la mejora del gobierno corporativo, se produce la reconfiguración del deber de lealtad de los administradores. El nuevo texto lo consagra como una vía de control de la gestión social que se basa en la separación fundamental de propiedad social y propiedad personal del administrador, que debe proteger el primero, olvidando todos aquellos intereses personales que pueda tener. El conflicto realmente grave surge con la anteposición de lo propio sobre lo ajeno, que conlleva una parcialidad del administrador en la toma de decisiones, agravándose el conflicto aún más cuando esa anteposición supone derivar hacia sí recursos de la sociedad¹.

Para dar solución a este problema, la ley regula el carácter imperativo del deber de lealtad, consagrando el instituto de la dispensa como forma de autorización de determinados comportamientos desleales del administrador.

¹ PORTELLANO, P., «El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés», Civitas, 2016, p. 19, explica este fenómeno, denominado *tunneling*, señalando la posibilidad de los administradores de hacerlo porque constituyen la élite de la sociedad, es una minoría rectora que desvía hacia sí recursos que son de la sociedad, convirtiéndose en *extractive elite*, una minoría extractiva que captura rentas ajenas.

El objetivo de la vigente regulación es evitar las consecuencias derivadas de una actuación parcial del administrador, por lo que el texto establece diferentes formas de asegurar la imparcialidad del administrador.

El problema, como se pretende poner de relieve en el presente trabajo, es el creciente papel que los socios mayoritarios han adquirido en la gestión social, y su posición parcial en la toma de decisiones, una situación que supone la indefensión de los derechos de los socios minoritarios en el seno de la sociedad. Para ello analizaremos el instituto de la dispensa que, por una parte, puede estar bajo el control del socio mayoritario y, por otra, el superfluo papel del socio minoritario en el procedimiento de su otorgamiento, para finalizar señalando los instrumentos jurídicos que tiene a su alcance la minoría social para hacer frente a la gestión desleal del socio mayoritario en este específico procedimiento.

II. LA DISPENSA: COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL SOCIO MAYORITARIO

1. El carácter imperativo del deber de lealtad y la dispensa

La Ley 31/2014, para la mejora del gobierno corporativo, ha traído consigo una serie de cambios relevantes en el régimen del deber de lealtad. Una de sus novedades más importantes es la definición más desarrollada del deber de lealtad. Esta labor de definición y concreción del deber no supone, *per se*, su plena efectividad, por lo que el legislador ha consagrado legalmente su imperatividad. Se trata, por tanto, de un deber de naturaleza imperativa, cuya regulación queda al margen de la voluntad de las partes².

El deber de lealtad es, pues, la base legal sobre la que se asienta la obligación del administrador de abstenerse de intervenir en cuestiones en las que existe riesgo de priorizar intereses personales sobre el interés de la sociedad³.

² Pese a establecerse unánimemente que era imperativo, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, el no tener base legal hacía que existieran dudas, lo que lleva al legislador a regularlo expresamente. En opinión de EMPARANZA, A. «Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art. 230», en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital* (coord. Hernando), Bosch, 2015, p. 293, no resultaba necesario el reconocimiento expreso que da el legislador a la imperatividad, ya se entendía. La regulación llevaba a esa conclusión, aunque acepta que se ha zanjado el debate. PORTELLANO, P., «El deber de los administradores de evitar situaciones de conflicto de interés», *ob. cit.*, p. 27, señala que, «no es de extrañar que la Ley 31/2014 haya venido a consagrar expresamente el trato especial que merecen los conflictos de interés en línea con los postulados que ya, desde hace tiempo, venía defendiendo lege data la doctrina y el Informe Aldama (y que parcialmente se vieron recogidos por la Ley de Transparencia de 2003)».

³ EMPARANZA, A. «Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art. 230», *ob. cit.*, p. 283.

Así, el deber de evitar conflictos de interés es el deber fiduciario más importante del administrador, pues con él se presenta el riesgo de que anteponga su interés al de la sociedad.

El legislador opta por establecer un régimen de lealtad mayor y más completo respecto de la legislación anterior, en el que la protección del interés social es el centro del sistema. Para lograr la protección eficaz del interés social, el legislador consagra la imperatividad del deber de lealtad, incluyéndola expresamente en el artículo 230.1 LSC⁴, precepto del que se desprende la imposibilidad de que los estatutos puedan acomodar las conductas que supongan una deslealtad por la vía estatutaria⁵.

El deber de lealtad tiene así un mínimo indisponible que tanto la sociedad, como los administradores, deberán respetar: el deber de comunicación y abstención cuando el administrador se encuentre o pueda encontrarse en situación de conflicto de interés, y la publicidad de los conflictos de interés que el administrador pueda tener (art. 229.3.º LSC)⁶.

Puesto que no todas las situaciones de conflicto que contempla la LSC suponen un perjuicio inmediato para la sociedad, que incluso puede verse beneficiada por determinados comportamientos desleales, la ley ha permitido que determinadas conductas puedan ser autorizadas por la sociedad⁷. Es

⁴ El previgente artículo 229 LSC expresaba ese carácter coercitivo al establecer el deber de comunicar al consejo de administración cualquier situación de conflicto de interés, y el deber de abstención en los acuerdos o decisiones sobre las operaciones a las que el conflicto se refería. EMPARANZA, A. «Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art.230», *ob.cit.*, p. 285.

⁵ PAZ-ARES, C., *Anatomía del deber de lealtad, (texto que reproduce la conferencia del autor en la reunión anual del Área e derecho Mercantil de URÍA MENENDEZ de 21 de febrero de 2014)*. Disponible en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4614/documento/at03.pdf?id=5766>, p. 49, sostiene que la norma del arr. 227.1 LSC no contiene una regla, sino una autorización o delegación al juez para crearla en cada caso. Esto, señala el autor, «no supone una abdicación o claudicación del legislador, son el reconocimiento de que es imposible regular de antemano una fenomenología compleja, cambiante y escurridiza, sin dejar lagunas que puedan ser explotadas por el administrador desleal, o establecer cortapisas que frecuentemente les dejarían atados de manos impidiéndoles realizar transacciones beneficiosas para la sociedad y sus accionistas».

⁶ El régimen legal del deber de lealtad impide que los estatutos acomoden conductas reclamables al administrador, lo que no obsta a la solicitud de posibles dispensas, tal y como se apuntará más adelante. HERNANDO, L., «Presupuestos del deber de lealtad: artículo 227.1», *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital* (coord. Hernando, L.), 2015, p. 146. Por su parte, RIVAS, V., «Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital», *RdS*, 38, 2012, p. 92, señala que el «contenido nuclear» del deber de lealtad se asienta en dos pilares: la prohibición de actuar desinteresadamente y la obligación de comunicar la situación de conflicto a la sociedad.

⁷ EMPARANZA, A. «Imperatividad y dispensa del deber de lealtad: art.230», *ob. cit.*, p. 294, encuentra inapropiado predicar el carácter imperativo del deber de lealtad para construir después un régimen de excepción o dispensa. La posibilidad de dispensar diferentes supuestos de conflictos de interés ha hecho que el pronunciamiento de imperatividad del deber de lealtad que realiza el precepto en su primer apartado quede «vacío de contenido».

por eso por lo que el legislador construye un sistema de dispensa, un sistema de autorizaciones singulares a través de las cuales los administradores tienen la posibilidad de llevar a cabo determinadas conductas desleales que supongan un conflicto con el interés social, precisando estos, por tanto, de un tratamiento *ad hoc*, lo que dota al sistema de una interesante flexibilidad⁸.

Esa flexibilidad es una de las razones por las que la ley opta por la incorporación de la dispensa, por la conveniencia de contar con una regulación dúctil en la que el conflicto de interés goce de un valor fundamental⁹. La razón de la necesidad de una regulación flexible reside en la necesidad de buscar la alineación de los intereses del administrador y los intereses de la sociedad, pero reconociendo la posibilidad de que haya casos en que sea la propia sociedad la interesada en que el administrador lleve a cabo algún tipo de actuación. Por tanto, puede suceder que no nos encontremos ante una anteposición de los intereses del administrador, sino ante un alineamiento de éstos con los intereses de la sociedad, y, por tanto, se permita llevar a cabo una determinada conducta desleal.

El hecho de que se produzca un alineamiento entre los intereses del administrador y los de la sociedad es positivo y no debería suponer, en principio, ningún problema siempre que el dicho interés social sea el interés de la totalidad de los socios. El problema surge cuando el interés social no coincide con el interés de la totalidad del accionariado sino únicamente con el interés de un grupo de socios, los mayoritarios.

2. La competencia del otorgamiento de la dispensa por los socios mayoritarios

El párrafo segundo del artículo 229.3 LSC establece el deber del administrador de comunicar el conflicto de interés al resto de administradores, o en su defecto, a la Junta General. Esta primera comunicación, en la que el

⁸ Así, PORTELLANO, P., «*El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa...*», *ob. cit.*, p. 467.

⁹ PORTELLANO, P., «*El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa (arts. 229, 230 y 529 ter.1.h) LSC*», Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad cotizada (Dir. Rodríguez), vol. 2, 2016, p. 467, recalca que una regulación sensata y eficiente de los conflictos de interés requiere cierto grado de ductibilidad, pues los conflictos de interés gozan de un valor capital en la sociedad. En el mismo sentido, HANNIGAN, B., *Company Law*, Oxford, 2018, p.223, destaca el valor capital de los conflictos de interés al señalar que «*what matters most to directors is the ability to be released from the no-conflict duty*». También, KEAY, A., «The authorising of director's conflicts of interests: Getting a balance?», *Journal of Corporate Law studies*, April 2012, p. 6, al señalar «*the problem with the strict approach was that it led to uncertainty, and even commercial inconvenience. Arguably this effect would have been exacerbated if all conflict were prohibited across the board*».

administrador expone los términos de la situación de competencia en la que se encuentra, es el primer paso en la obtención de la dispensa. Con la comunicación del conflicto concreto, junto con los detalles que puedan resultar de interés, el administrador está solicitando la dispensa para llevar a cabo la conducta competitiva deseada, absteniéndose de llevar a cabo comportamiento alguno hasta que la sociedad no acuerde la dispensa¹⁰.

Aunque la ley opta otorga al consejo de administración la competencia de recibir las comunicaciones del administrador, éste será muchas veces un mero receptor de la información relativa a la existencia del comportamiento conflictivo, ya que la facultad de otorgamiento de la dispensa es una potestad repartida entre el órgano de administración y la junta general¹¹.

A pesar de ser una competencia repartida, la decisión de dispensar las situaciones más graves será únicamente competencia de la junta general. Se realiza una reserva de competencia para los casos que el propio precepto indica al consagrar «[...] 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 di-

¹⁰ BOQUERA, J., «La dispensa del conflicto de interés de los administradores por la Junta», *RdS*, n.º 57, 2019, p. 19, expone que se impone un sistema preventivo el conflicto de interés, un control ex ante para neutralizar o minimizar los riesgos o daños a la sociedad.

¹¹ PORTELLANO, P., «*Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*» Civitas, 1996, señalaba que el órgano competente exclusivo para el otorgamiento de la dispensa debía ser la junta de socios, y ello porque la facultad de modificar, aunque sea temporal y puntualmente, el contenido típico de la relación con un administrador rebasa las competencias de gestión y dirección propias del órgano de administración. También, PORTELLANO, P., «*El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa...*», *ob. cit.*, p. 493, al señalar que la razón reside, por una parte, en que los socios como únicos beneficiarios del interés social serán los que deban decidir sobre el mismo, y, por otro lado, por el riesgo de que los administradores no conflictuados puedan hacer una evaluación del conflicto generosa para sus compañeros. Otro sector (SERRANO, J.M., «el conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles», *ob. cit.*, p. 418), en cambio, opta por la atribución exclusiva al órgano de administración por razones de agilidad y economía de costes. Señala el autor que resulta más lógica la opción minoritaria que atribuye al resto de administradores desinteresados la facultad de dispensar. Por un lado, porque más que una modificación puntual de la relación obligatoria del administrador, parece que la dispensa solo hace sucumbir el supuesto de hecho de aplicación y exigencia del deber de abstención. Por otro lado, porque las graves dificultades estructurales que presenta el funcionamiento de la junta la convierte en un instrumento verdaderamente ineficaz para llevar a cabo su misión controladora de la gestión social. Y, por último, porque ya en el propio procedimiento preventivo de solución de conflictos de interés se apuntaba la existencia de un poder de privación de las facultades gestoras y representativas del administrador interesado cuando se situación de conflicto esté en condiciones de perjudicar de forma inaceptable al interés social.

rija al establecimiento con la sociedad de una relación de servicios u obra» (art. 230.2.º 2 LSC). Se trata de supuestos legalmente atribuidos a la junta, cuya dispensa no puede ser delegada al órgano de administración¹².

El legislador atribuye la competencia del otorgamiento de dispensa en determinados supuestos, los menos graves, al órgano de administración, y lo hace a efectos de facilitar la toma de decisiones¹³. La razón de que se otorgue a la junta la competencia de dispensar los casos mas graves reside en que el interés social se corresponde con el interés de los socios. Por ello, son estos los que verdaderamente están facultados para tomar una decisión que afecte al interés social, como es la decisión de dispensar o no un determinado conflicto de interés.

A pesar de que la ley opta por una competencia compartida, atendiendo siempre al caso concreto, la junta general podrá hacer suya la competencia del órgano de administración de dispensar los comportamientos que legalmente le son atribuidos, y lo podrá hacer a través de dos vías.

- a) Por un lado, el artículo 160. j) LSC establece que la junta general podrá deliberar y acordar los asuntos legal o estatutariamente determinados. Es posible que los estatutos atraigan la totalidad de los supuestos de conflicto de interés como supuestos dispensables única y exclusivamente por la junta general, quedando exento el órgano de administración de competencia sobre los conflictos de interés de sus administradores. El papel del órgano de administración se limitaría a la fase de comunicación del conflicto, siempre que la Junta no la hubiera atraído también, ya que la comunicación también podría hacerse ante la junta general si los estatutos así lo acordaran¹⁴.

¹² QUIJANO, J., «Deber de lealtad: régimen de imperatividad y dispensa», *Estudios sobre la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital a la luz de sus recientes reformas legislativas y pronunciamientos judiciales* (dir. Díaz Moreno, A., y otros), Pamplona, 2018, p. 23.

¹³ PORTELLANO, P., «El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa...», *ob. cit.*, p. 493, señala que, aunque debemos respetar la decisión legislativa de reparto de competencias entre junta y órgano de administración, la valoración de lo que es grave o menos grave está formulado en términos muy abstractos. El autor señala que no necesariamente un supuesto concreto cuya dispensa corresponde al administrador será menos grave que otro cuya competencia para su aprobación corresponde a la junta.

¹⁴ PEREZ, C., «Artículo 160. Competencia de la Junta», *Tratado de Sociedades de Capital*, Tomo I (dir. Prendes, Martínez-Echeverría, Cabanas), Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 871, se refiere al apartado j) del artículo 160 LSC como el precepto que permite atribuir más competencias a la junta general a través de los estatutos de la sociedad, lo que origina el debate de la imperatividad del marco competencial diseñado por el legislador.

Así, sostiene que las competencias de la junta *«solo podrán crecer a costa de las competencias del órgano de administración, lo que plantea el problema de los principios configurados del tipo como límite a la autonomía de la voluntad, debatiéndose entre los que admiten que los estatutos puedan atribuir a la junta competencias muy amplias en materia de gestión,*

- b) Por otro lado, la junta general podrá decidir el acuerdo de dispensa sobre la totalidad de los conflictos de interés a través de la posibilidad que tiene de intervenir en asuntos de gestión que consagra el artículo 161 LSC. El precepto regula la intervención de la junta general en asuntos de gestión, a través de la impartición de instrucciones al órgano de administración o sometiendo a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión¹⁵. Esta segunda opción facilita la intervención de la junta en las competencias que el órgano de administración tiene legalmente atribuidas. Se trata de una intervención mucho más sencilla pues no es necesaria una regulación estatutaria al ser una posibilidad legalmente atribuida a la junta¹⁶. Por tanto, y cuando así lo considere, la junta podrá intervenir en todos aquellos asuntos de gestión que considere atrayendo la competencia propia del órgano de administración¹⁷.

Aunque ciertamente la ley, en aras a conseguir, sobre todo, agilidad en la toma de decisiones sociales, opta por repartir una competencia que afecta al

incluso ordinaria; y los que admiten que ningún caso la injerencia de la junta en el ámbito de la gestión de la sociedad puede ser tan amplia intensa que materialmente vacíe de contenido a las facultades de los administradores».

¹⁵ Existen tres posibilidades distintas para que la junta general ejerza su facultad decisoria sobre asuntos de gestión. En primer lugar, una previsión estatutaria exigiendo la intervención de la junta general para intervenir en determinados asuntos. En segundo lugar, el sometimiento por iniciativa de los administradores al órgano de socios de una materia propia en términos de consulta. Y, en tercer lugar, la intervención de la junta a través de la impartición de instrucciones, una iniciativa de la propia junta general que reclama competencia en específicas materias de gestión, sin previa disposición estatutaria habilitante y salvo que sea una posibilidad negada en los estatutos. A través de las instrucciones se va a requerir al órgano administrativo la observancia de las instrucciones impartidas por la junta, o en sometimiento de determinadas decisiones a la autorización de la junta con carácter previo a su ejecución. (En este sentido, MEGÍAS J., «Competencia de la junta general de sociedades de capital en materia de gestión: relaciones internas y externas», *Diario La Ley*, núm. 8608, 18 de septiembre de 2015, p. 6)

¹⁶ MEGÍAS J., Competencia de la junta general de sociedades de capital en materia de gestión: relaciones internas y externas», *ob. cit.*, p. 9, sostiene que ya sea a través de la previsión estatutaria, la sumisión por los administradores, o por la asunción por la junta, «*la voluntad social puede alterar la distribución de competencia orgánica predispuesta por la Ley en lo referido al ejercicio de la gestión. O expresado en términos más relevantes en cuanto a las eventuales consecuencias jurídicas, a través de esas vías se pueden introducir limitaciones voluntarias, sean estatutarias u orgánicas, a la competencia de gestión de órgano de administración. Lo relevante entonces es conocer cómo vinculan esas limitaciones voluntarias a los administradores y cómo afectan a las relaciones con terceros y a la responsabilidad de los administradores en caso de actos en exceso de competencias.*».

¹⁷ Sobre estas cuestiones, in extenso, RECALDE CASTELLS, A., «Artículo 161. Intervención de la junta general en asuntos de gestión», Comentario a la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014). Sociedades no cotizadas (coord. Juste), Cizur Menor, Aranzadi, 2015.

interés social, también dispone de diferentes mecanismos que hacen que esa competencia compartida pueda ser reservada completamente por la Junta General¹⁸. El problema, como hemos señalado anteriormente, aparece cuando la junta general no representa el interés de la totalidad de los socios. Es decir, la junta general no representa la totalidad de los intereses que coexisten en la sociedad, haciendo que un sector, los socios minoritarios, no estén correctamente representados en la junta y quedando sus intereses desatendidos. Cuando la decisión a tomar por la junta tenga por objeto dispensar conflictos de interés que supongan, no tanto un perjuicio para la sociedad (ya que no lo aprobaría) sino un enriquecimiento de un sector social en detrimento de los intereses del resto de socios minoritarios, el problema al que se enfrenta este grupo es aún de mayor gravedad.

La asunción de la competencia del otorgamiento de dispensa hacia la junta general supone un mayor control del interés social, puesto que los verdaderos conocedores del contenido de este son los propios socios. Por tanto, no debería suponer ningún problema, ni mucho menos perjuicio para el interés social, que sea la Junta quien decida sobre el otorgamiento de una dispensa. Lo que ocurre muchas veces es que la junta general no representa la totalidad de intereses que coexisten en la sociedad, haciendo que un sector, los socios minoritarios, no queden correctamente representados en la junta, quedando sus intereses desatendidos.

III. OTORGAMIENTO DE LA DISPENSA Y EL SOCIO MINORITARIO

1. El papel secundario del socio minoritario en el otorgamiento de la dispensa

El artículo 229 LSC establece el deber del administrador de evitar situaciones de conflicto de interés. Sin embargo, a continuación, introduce la posibilidad de dispensar determinados comportamientos desleales. Al exponer las diferentes situaciones de conflicto de interés el precepto establece en su tercer apartado el deber de 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. Se

¹⁸ BOQUERA, J., «La dispensa del conflicto de interés de los administradores por la Junta», *ob. cit.*, p. 7, señala que debido a la imperatividad del artículo 230.2 LSC la junta general no puede delegar en los administradores la competencia de dispensar ni mediante cláusula estatutaria ni por acuerdo de la junta general los supuestos que le son legalmente adjudicados. Sin embargo, la junta general sí podrá hacerse con la competencia de dispensar otras situaciones de conflicto de interés no especificadas en la norma, siempre que no se trate de las prohibiciones absolutas que el artículo 228 LSC establece.

trata de un control *ex ante*, un sistema de prevención a través del cual el administrador da a conocer a la sociedad las operaciones en las que tiene un interés personal en las que puede existir un riesgo para el interés social. El objetivo de esta comunicación es minimizar los riesgos que dicha conducta puede suponer para la sociedad, que podrá conocer la situación con antelación, tomando la decisión adecuada para el interés social¹⁹.

La comunicación del conflicto es el primer paso en la solicitud del administrador para la obtención de la dispensa²⁰. Así, se ha entendido que se trataría de dos deberes diferentes, por un lado, el administrador tiene el deber de comunicar el conflicto, y por otro, tras esa comunicación, el administrador deberá solicitar la dispensa concreta. En todo caso, un administrador que comunica su situación de conflicto a la sociedad lo hace con la intención de que la conducta sobre la que está informando sea dispensada por la sociedad con el fin de poder llevarla a cabo, por lo que la comunicación del conflicto servirá como solicitud de dispensa²¹.

Siempre que el administrador se encuentre, o crea que puede encontrarse, en situación de conflicto, junto al deber de comunicar el conflicto a la sociedad, el administrador deberá abstenerse de realizar el comportamiento objeto de estudio hasta que se tome el acuerdo por el órgano competente (art. 229.3 LSC).

Comunicado el conflicto, el órgano de administración en atención a las circunstancias, deberá analizar la situación concreta y decidirá si efectivamente el administrador se encuentra en conflicto de interés con la sociedad. En caso de que la actuación del administrador sea correcta, y por tanto leal con la sociedad, el órgano de administración comunicará al administrador la

¹⁹ Para una mayor profundización sobre el deber de comunicación, BOQUERA, J., «La dispensa del conflicto de interés de los administradores por la Junta», *ob. cit.*, p. 19 y ss.

²⁰ Esta conclusión se desprende de la interpretación conjunta del apartado segundo del artículo 229 LSC y de los apartados dos y tres del artículo 230 LSC. PORTELLANO, P., «El deber de evitar situaciones de conflicto de interés: entre la imperatividad y la dispensa», *ob. cit.*, p. 487. Al contrario, hay autores que sostienen la existencia de dos deberes diferentes. Así, el administrador tendría el deber de comunicar el conflicto a la sociedad, y el deber, posterior, de solicitar la dispensa oportuna. En este sentido, BOQUERA, J., «La dispensa del conflicto de interés de los administradores por la Junta», *ob. cit.*, p. 25.

²¹ Si es el órgano de administración el competente para tomar la decisión de dispensar uno al administrador, la teoría de que la comunicación lleva aparejada la solicitud de la dispensa no debería suponer ninguna duda acerca de su interpretación. En cambio, si la facultad para tomar el acuerdo de dispensa pertenece a la junta general podría llegar a plantear dudas de si el administrador tras su comunicación al órgano de administración, y una vez elevado el conflicto a la junta, debería hacer una solicitud formal de dispensa ante este órgano. En todo caso entiendo que el administrador, sea cual sea el órgano que vaya a tomar la decisión acerca de dispensar o no su actuación, con la comunicación del conflicto al órgano de administración estará solicitando la dispensa oportuna.

inexistencia de conflicto de interés, pudiendo llevar a cabo el administrador la conducta deseada.

Si el órgano de administración encontrara visos de existencia de un conflicto de interés, y una vez identificado el comportamiento concreto del administrador, deberá pronunciarse sobre el conflicto concreto, adoptando el acuerdo en el que se otorgue o no la dispensa. En los casos en los que la competencia del otorgamiento de dispensa radique en la junta general, el órgano de administración elevará el conflicto de interés para su estudio por el órgano soberano de la sociedad, adoptando la junta mas adelante el acuerdo que permita o no la dispensa.

Esta etapa del procedimiento se centra en el estudio de las posibles repercusiones y consecuencias que la conducta pueda tener en el interés social, y decisión, a través del procedimiento legalmente previsto, de su otorgamiento, liberando al administrador formalmente de la exigencia del deber de abstención²².

Ya sea el órgano de administración o la junta el órgano competente para tomar el acuerdo de dispensa, deberán respetarse una serie de garantías con el fin de que el acuerdo sea respetuoso con el interés social. El problema, como ya hemos adelantado, radica en que puede suceder que el interés social no se refiera al interés de la totalidad de los socios, sino solo al interés de un grupo. Esta situación puede suponer una práctica abusiva de adopción de acuerdos por parte de los socios mayoritarios, ya que, en atención exclusiva de su propio interés, tomarán acuerdos dispensatorios cuyos únicos beneficiarios sean ellos mismos, y no el interés social²³.

Aunque ciertamente la LSC establece una serie de requisitos para el correcto otorgamiento de la dispensa, así, además de los requisitos establecidos para la adopción de acuerdos en la Junta General, habrán de tenerse en cuenta las exigencias que el artículo 230 LSC establece. Sin embargo, la legislación vigente no incluye en su articulado disposición alguna de protección del socio minoritario.

El problema fundamental se encuentra en aquellos casos en los que un socio administrador que cuenta con el apoyo de la mayoría, solicita la dispensa para llevar a cabo una determinada conducta que además de beneficiarle a él, beneficiará también a los socios mayoritarios que adoptan el acuerdo. Estos socios, al otorgar el permiso para llevar a cabo la conducta, verán un aumento en su patrimonio personal, quizá no en detrimento de la

²² SERRANO, J.M., «*El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*», Publicaciones del real Colegio de España, Bolonia, 2008, p. 417.

²³ La junta general siguiendo las directrices del grupo mayoritario. El problema aparece cuando esas directrices perjudican el interés social, y son abusivas, como veremos más adelante.

sociedad, pero si sin que el patrimonio social se vea mejorado. Por tanto, el interés beneficiado será el propio del socio mayoritario, y no el interés social. En todo caso, esta situación hará que el colectivo más perjudicado sea el de los socios minoritarios a consecuencia de la actuación abusiva del resto de socios.

2. El abuso de la mayoría en el otorgamiento de la dispensa

El contrato de sociedad se articula como el instrumento legal a través del cual un grupo de socios se compromete a realizar una actividad orientada a la consecución de un fin común. Este fin común que se trata de satisfacer por los socios mediante su participación en la sociedad no ha de coincidir necesariamente con los intereses individuales de cada socio que participa en el contrato.

Para un correcto funcionamiento de la sociedad la totalidad de los socios aceptan que el fin se forme mediante la aplicación de la regla de la mayoría. Este principio mayoritario se concibe como una regla para completar el contrato de sociedad de acuerdo con lo que los socios habrían pactado para resolver conflictos entre mayoría y minoría si nos hubieran previsto en el momento de celebrar el contrato²⁴.

La regla de la mayoría no debería suponer, en principio, perjuicio alguno al interés social dado que el voto mayoritario representa de alguna forma el interés social. El problema aparece cuando el interés de la mayoría «choca» con el interés de los socios minoritarios, y este grupo desprecia todos aquellos intereses que no le son propios, llegando incluso a producirse la opresión de la minoría a través del abuso de la mayoría. Es decir, el problema se plantea cuando la mayoría utiliza su peso para influir sobre los órganos sociales, específicamente sobre los administradores, en detrimento del interés social²⁵.

Uno de los escenarios en el que los socios mayoritarios pueden abusar de su posición mayoritaria es ante la existencia de conflictos de interés de los administradores. En este escenario, los socios, a través de la junta general, deciden si permiten al administrador situarse en situación de conflicto de interés. Se trata de una decisión que debe tomarse en atención a la inocuidad

²⁴ ALFARO, J., «*Interés social y derecho de suscripción preferente*», Civitas, Madrid, 1995, p. 18.

²⁵ Nos encontramos ante un conflicto de interés intra societario que se define como aquella situación en la que concurre un riesgo real y actual de lesión de un interés societario, derivado de la concurrencia de otro interés incompatible con el primero, de tal manera que la satisfacción de uno lleva consigo el sacrificio de otro. IRACULIS, N., «*Conflictos de interés del socio. Cese del administrador nombrado por accionista competidor*», Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 113.

de la actuación o por los beneficios que la sociedad pueda conseguir a través de la consecución de la conducta. Estos beneficios deben ser atribuidos al interés social. El problema reside en que, si es únicamente un grupo de socios, los mayoritarios, quienes van a decidir el otorgamiento de la dispensa, lo harán atendiendo únicamente sus intereses, olvidando a la minoría social.

Ciertamente el socio es libre de ejercitar su derecho de voto dentro de la sociedad atendiendo a sus intereses particulares y no a los del resto de socios y la sociedad, y dada la situación de superioridad de los socios mayoritarios, estos van a ocupar una posición de control de la sociedad. Este control supone un sometimiento al deber de fidelidad no solo a la sociedad sino también a los socios minoritarios, ya que su comportamiento deberá atender el interés común y no un interés propio.

Teóricamente es un problema de difícil solución dada la inexistencia de disposición legislativa que establezca el deber de lealtad del socio, por lo que la actuación de estos no quedará bajo ningún tipo de control. Aunque no se establecen disposiciones concretas de protección de los intereses minoritarios en la sociedad, una forma de vetar acuerdos abusivos de la mayoría se encuentra en el artículo 190 LSC.

Para poder controlar la actuación del socio mayoritario, en concreto el ejercicio del derecho de voto, la LSC establece dos posibilidades.

- a) Por un lado, se establece un control preventivo a través de la privación del derecho de voto al socio conflictuado en el artículo 190.1 LSC. Este precepto dispone que el socio no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo previsto en el artículo 230 LSC²⁶. Se trata de un contrapeso al alcance de la minoría, que podrá utilizar esta abstención como la posibilidad de ejercitar un derecho a veto, pues la abstención del socio conflictuado podría suponer la imposibilidad de la adopción del acuerdo²⁷. En todo caso, si la junta general actúa observando las garantías procedi-

²⁶ La deducción de votos de los accionistas incurso en conflicto de interés no afecta al quórum establecido para constituir junta (arts. 193 y 194 LSC). Ello es porque el socio con deber de abstención puede asistir, y con su presencia se cumple el requisito para constituir válidamente la junta. Para una mayor profundización, véase RECALDE, A., «Artículo 190. Conflicto de intereses», Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014) (coord. Juste), Civitas, Navarra, 2015, p. 71.

²⁷ El problema fundamental del artículo 190 se encuentra en aquel supuesto en el que no sea el propio socio administrador sino una persona de su confianza, pudiendo quedar cualquier vulneración del deber de lealtad dispensada cuando el administrador no sea socio, sino una persona a él vinculada, pudiendo el socio votar en la junta al no ser administrador y no haber vulnerado ningún deber de lealtad.

mentales y materiales, legalmente previstas, este órgano podría asegurar que el interés social no habría quedado lesionado. El problema está en que el interés social que la junta ha respetado no habría sido el interés social sino el interés de los socios mayoritarios, convirtiendo el interés social en su interés propio²⁸.

- b) Y, por otro lado, la legislación establece un control del voto *a posteriori*, y que se recoge en el artículo 190.3 LSC. Este precepto se refiere a todos aquellos conflictos de interés que no puedan ubicar en el apartado uno del artículo, en los que los socios no estarán privados del derecho de voto. En este caso el acuerdo que se adopta es impugnabile en la medida en que el voto favorable del socio en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo y sea lesivo para el interés social²⁹.

Por tanto, los socios minoritarios tienen a su alcance una serie de mecanismos tanto preventivos como de control posterior a través de los cuales van a poder supervisar el voto de los socios mayoritarios. Además de la posibilidad de verificar el voto del socio mayoritario, la parte minoritaria de la sociedad puede combatir las decisiones de la mayoría que permitan la realización de una conducta desleal a los administradores que suponga un perjuicio en sus intereses, a través de una serie de mecanismos, como veremos a continuación.

IV. INSTRUMENTOS JURÍDICOS AL ALCANCE DE LA MINORÍA

Uno de los principales problemas a los que se enfrenta la minoría social es la toma de decisiones por parte de la mayoría sin considerar sus intereses. Nos referimos a la posibilidad de la mayoría de otorgar dispensas a administradores cuyo beneficio revierta, no en el interés social como interés de la sociedad al completo, sino en el interés de los socios que ostenten la mayoría del accionariado.

En este escenario los derechos de los socios minoritarios quedan, no solo desatendidos, sino vulnerados, y con ello el interés social como interés de la sociedad. Para hacer frente al «secuestro» del interés social por parte de la mayoría, la legislación ofrece una serie de alternativas al alcance de aquellos socios disconformes con el devenir social.

²⁸ Respecto de este extremo podríamos abrir un interesante debate, que se deja para futuros trabajos, sobre el deber de lealtad de los socios a la sociedad. Se recomienda la lectura de GARNACHO, L., «El deber de lealtad del socio en una sociedad de capital», *RdS*, n.º 52, 2018.

²⁹ CURTO, M., «La protección del socio minoritario», Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 80.

- a) El primer instrumento que permite combatir la actuación abusiva de los socios mayoritarios se encuentra en el artículo 204 LSC. El citado precepto establece la impugnabilidad de los acuerdos sociales que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros. El precepto continúa, señalando que el interés social se lesiona cuando el acuerdo, aún no causando daño al patrimonio social, se imponga de manera abusiva por la mayoría³⁰.

El supuesto al que nos referimos en este trabajo es aquel en el que el socio mayoritario, aprovechando su posición de dominio en la junta, permite a un administrador a través del otorgamiento de la oportuna dispensa, que lleve a cabo diferentes actos que supongan un conflicto de interés con la sociedad. Así, el acuerdo se adopta sin responder a una necesidad razonable de la sociedad adoptándolo por la mayoría en interés propio y en detrimento de los demás socios. Este acuerdo de dispensa acordado por la junta general puede ser impugnado por los sujetos y causas que menciona el artículo 204 LSC. Si bien es posible una impugnación por falta de cumplimiento de requisitos procedimentales, en este caso nos referimos a la impugnación sobre el contenido del acuerdo. El juez deberá analizar la compatibilidad del acuerdo dispensatorio con el interés social atendidas todas las circunstancias que concurran en el caso³¹.

- b) La segunda herramienta al alcance de la minoría es la posibilidad de instar el cese del administrador, aunque se trata de una opción aplicable únicamente al desarrollo de actividades competitivas. El propio artículo 230 LSC incorpora esta posibilidad al establecer que, a instancia de cualquier socio, la junta general resolverá sobre el cese del administrador que desarrollen actividades competitivas cuando el riesgo de perjuicio para la sociedad devenido relevante. La ley indica que la junta resolverá a instancia de cualquier socio, por lo que cualquier socio puede dirigirse al órgano de administración para instar la convocatoria de la Junta, aunque la ley no establece la obligación de atenderla ni prevé expresamente el recurso a la convocatoria judicial³². El problema fundamental es que a pesar de que cualquier so-

³⁰ Sobre la impugnación de acuerdos adoptados con abuso de la mayoría en perjuicio de los socios minoritarios, *vid. in extenso*, MARTINEZ, M. T., «Los acuerdos adoptados con abuso de mayoría en perjuicio de los socios minoritarios: caracterización y casuística», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 310, 2018; GALLEGO, A., «La impugnación de acuerdos de la junta general por abuso de mayoría», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 308, 2018.

³¹ JUSTE, J., «Artículo 230. Régimen de imperatividad y dispensa», *Comentario a la reforma del Régimen de Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) Sociedades no Cotizadas* (coord. Juste), 2015, p. 424.

³² Serán los administradores quienes evalúen si la convocatoria es o no es necesaria para los intereses sociales, habida cuenta del posible conflicto que les afecta y que puede suponer daños para el patrimonio o el interés social. El problema una vez más radica en que los propios

cio pueda instar el cese, será la junta general quien resuelva sobre el mismo, por lo que si fue la junta quien adoptó el acuerdo de dispensa difícilmente resolverá el cese del administrador dispensado.

- c) Este último instrumento al alcance de la minoría será el ejercicio de la acción de responsabilidad recogido en el artículo 232 LSC. Para poder ejercitar dicha acción, tal y como señala el precepto, debe darse el presupuesto de la existencia de un daño al interés social, por actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo. La deslealtad supone una conducta antijurídica, pero para que se de la existencia de responsabilidad es necesaria la producción de un daño, interviniendo dolo o culpa, y la relación de causalidad entre el daño y la conducta ilícita. La cuestión fundamental a la hora de interponer este tipo de acción será probar la producción de un daño. El problema está en la dificultad de probar el perjuicio al interés social, sobre todo si hablamos de una actividad dispensada por los socios³³.

Por tanto, aunque se trata de una opción al alcance de la minoría, que podrá pelear la actuación abusiva del socio mayoritario, esta será una posibilidad, quizá no poco viable, sino más bien de gran dificultad.

V. CONCLUSIONES

A pesar de que la nueva legislación ha pretendido mejorar el funcionamiento de los órganos sociales con el fin de garantizar una mejor defensa de los intereses de todos los socios, los minoritarios como titulares de intereses merecedores de especial protección, ven aún como sus intereses son relegados a un segundo plano a través de la posición de superioridad que los socios mayoritarios aún ostentan en la toma de decisiones sociales. Aunque es cierto que la ley regula diferentes mecanismos con los que hacer frente a la actuación, en ocasiones abusiva, del socio mayoritario, la dificultad, derivada de la propia ley, para que dichas acciones surtan efecto, hace que los derechos de los socios minoritarios estén aun desatendidos dentro de la totalidad de los intereses que coexisten en la sociedad.

administradores pueden ser los beneficiados por los efectos de la dispensa y decidan no convocar la junta. O incluso una vez convocada la junta, solicitado el cese del administrador por los socios minoritarios, no prospere la acción pues quienes deciden el cese serán los socios mayoritarios que acordaron la dispensa.

³³ Sobre estas cuestiones, in extenso, MASSAGUER, J., «Artículo 232. Acciones derivadas de la infracción del deber de lealtad», Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (coord. Juste), Cizur Menor, 2015.

Cuentas en participación: una fórmula para articular la participación financiera de las personas trabajadoras en la empresa

Rosa Otxoa-Errarte Goikoetxea

Profesora Agregada (contratada doctora) de Derecho Mercantil
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)

Sumario: 1. Introducción.—2. Formas de participación financiera de las personas trabajadoras. 2.1. Participación en los resultados. 2.2. Participación en el capital.—3. Las cuentas en participación. Breve caracterización. 3.1. Concepto. 3.2. Naturaleza y función. 3.3. Rasgos caracterizadores de las cuentas.—4. Las cuentas como instrumento para posibilitar la participación en el capital: ventajas.—5. Participación directa o indirecta.—6. Principales aspectos a tener en cuenta para configurar contractualmente la relación entre la sociedad titular de la empresa y sus trabajadores. 6.1. Determinación del círculo de personas que tendrá acceso al programa de participación. 6.2. Financiación. 6.3. Cuantía. 6.4. Criterios de reparto de los resultados. 6.5. Momento y forma de retribuir el beneficio. 6.6. Duración de la relación, resolución parcial y extinción. 6.7. Derechos de información y codecisión de los trabajadores partícipes. 6.8. Eventual constitución de una sociedad intermedia.—7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Ya en el inicio de la industrialización se planteó la discusión de cuál debía ser el papel de los trabajadores en las empresas, si son un factor de coste más que se remunera mediante el salario, o si podrían ser merecedores de una parte del beneficio obtenido con el esfuerzo colectivo de inversores, gestores y ellos mismos. La primera respuesta a esa interrogante fue que los trabajadores debían percibir, en forma de salario, la cantidad mínima que el mercado de trabajo obligara a abonar. Eran, por tanto, un factor de producción más, junto con la energía o la materias primas necesarias en el proceso productivo¹. Pero, lógicamente, la reflexión continuó y se desarrollaron mu-

¹ Un principio fundamental de la Declaración de Filadelfia de la OIT de 1944 es el de que el trabajo no es una mercancía, por lo que los trabajadores no deberían ser tratados como un factor de producción, ni estar sujetos a las mismas fuerzas del mercado que se aplican a las mercancías.

chas iniciativas de economistas, asociaciones de trabajadores y fuerza políticas que reivindicaban una participación de los trabajadores en los beneficios empresariales². La idea de participación en el capital es más tardía. No se plantea hasta principios del siglo XX.

España cuenta con una importante tradición de participación de los trabajadores en el capital de las empresas que se ha articulado sobre unos determinados tipos societarios, las cooperativas y las sociedades laborales. Es puntera a nivel europeo en este tipo de emprendimiento. Pero se trata de sociedades que estadísticamente son una pequeña minoría. Las sociedades anónimas y las de responsabilidad limitada no se caracterizan por hacer a sus trabajadores partícipes ni de la gestión, ni de sus resultados y de su capital. Es cierto que en muchas de estas sociedades, microempresas y pequeñas empresas, con apenas asalariados es complicado plantear esta participación. Pero hay un inmenso potencial de incremento de la participación tanto en la gran empresa como en una buena parte de la PYME.

Cuando en nuestro país se ha hablado de participación, el centro de la discusión ha estado, sobre todo, en la participación en la gestión. No es la que nos interesa en este trabajo, aunque sea deseable que las distintas formas de participación se integren en una nueva forma de entender las relaciones en el seno de las empresas. El objeto del trabajo es la participación financiera.

Los objetivos que se persiguen con esta participación son varios y aportan beneficios a todas las partes. Desde la perspectiva de la propiedad y la dirección de la empresa, promueve el fortalecimiento de la identificación de los trabajadores con su empresa, estimula la mejora continua, el compromiso y el trabajo en equipo, lo que mejora la competitividad. Propicia también la retención de personal cualificado. Para los trabajadores supone una mayor transparencia respecto de la situación de la empresa para la que trabajan, la posibilidad de intervenir en la toma de decisiones, lo que mejora el entorno laboral, y la posibilidad de ahorro, de hacerse con un patrimonio adicional al que obtienen con su salario; salario que debe seguir siendo suficiente, justo.

Especialmente desde 1989, la Unión Europea ha analizado e impulsado, desde distintas instancias, medidas destinadas a fomentar la participación de las personas trabajadoras en las empresas, también la participación financiera (en adelante PFT)³. El programa de acción aprobado por la Comisión ese año ya recoge las dos formas de participación sobre las que se trabajará a partir

² JUNGBLUT, M., *Nicht vom Lohn allein-Elf Modelle für Mitbestimmung und Gewinnbeteiligung*, 1973, p. 22.

³ Aunque hay antecedentes en los años 70, *vid.* ENCISO SANATOCILDES, M., «La participación de los trabajadores en la empresa y su promoción desde las instituciones europeas», en FAJARDO GARCÍA, G. (dir.), *Participación de los trabajadores y sociedades laborales*, 2018, p. 226 ss.

de ese momento: la participación inmaterial, que desarrolla los derechos de información, consulta y participación en la toma de decisiones; y la participación material o financiera, que permite a aquellas, ser partícipes en el capital y/o en los resultados de las empresas en las que prestan sus servicios⁴. El objetivo último, se dice, es asegurar la competitividad de la economía europea a nivel mundial; y la participación de los trabajadores se entiende como instrumento de generación de empleo, riqueza, incremento de la productividad y de la cohesión social.

En 1991 se publica un estudio financiado por la Comisión Europea que analiza los beneficios y riesgos de la participación financiera y recoge las prácticas de participación financiera de los trabajadores en un total de 11 Estados europeos. Es el informe conocido como PEPPER I⁵. Le seguirán tres más los años 1996 (PEPPER II), 2006 (PEPPER III) y 2009 (PEPPER IV). Con base en ese primer informe el Consejo de las CEE aprueba la primera Recomendación para el fomento de la participación de los trabajadores en los resultados de sus empresas⁶. En ella se invita a los Estados miembros a reconocer los posibles beneficios de una utilización más extendida de una amplia variedad de fórmulas de participación de los trabajadores por cuenta ajena en los beneficios y resultados de la empresa. Y se recomienda que los Estados garanticen que las estructuras jurídicas permitan la introducción de fórmulas de participación, consideren la posibilidad de conceder estímulos tales como incentivos fiscales u otras ventajas financieras para fomentar esa introducción, y fomenten su utilización facilitando el suministro de información adecuada a todas las partes. La recomendación aboga también por el mantenimiento de las negociaciones salariales en los términos siguientes: «la existencia de fórmulas de participación financiera no debe ser obstáculo para el desarrollo de negociaciones normales sobre los salarios y condiciones de trabajo, ni para la fijación de salarios y condiciones de trabajo a través de dichas negociaciones. El tema de los acuerdos sobre nuevas disposiciones en materia de participación financiera puede integrarse en las negociaciones normales sobre salarios y condiciones, sin sustituir a éstas».

En 2002 la Comisión Europea aprueba una Comunicación⁷ para concretar las recomendaciones anteriores. En la misma establece unos princi-

⁴ Comunicación de la Comisión relativa a su programa de acción sobre la aplicación de la Carta comunitaria de derechos sociales básicos para los trabajadores. COM (89) 568 final, 29 de noviembre de 1989.

⁵ Acrónimo de *Promotion of Employee Participation in Profits and Enterprise Results*.

⁶ Recomendación del Consejo de 27 de julio de 1992, relativa al fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y los resultados de la empresa (incluida la participación en el capital). 92/442/CEE, DOCE L 245/53.

⁷ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones relativa al marco para la participación financiera de los trabajadores. COM (2002) 364 final.

pios generales que sirvan de orientación para la puesta en marcha de programas de participación y aprueba un marco de acción comunitario para el periodo 2002-2004. Abarca tanto la participación en resultados como la participación en el accionariado.

La Comunicación invita a los Estados a elaborar marcos jurídicos claros y completos que generen un entorno favorable para la participación financiera y, en concreto, menciona los incentivos financieros y fiscales que puedan hacer los planes más atractivos tanto para empresas como para personas trabajadoras.

Entre las acciones propuestas hay que destacar la voluntad de la Comisión de fomentar los sistemas de participación también en las PYME, que plantea problemas específicos derivados de su tamaño. A menudo la complejidad administrativa del desarrollo de estos sistemas puede resultar excesiva para las pequeñas empresas por lo que entiende que serán necesarias medidas de apoyo específicas.

La Estrategia Europea 2020⁸ incluyó entre sus fines tratar de agilizar la práctica de la participación de las personas en distintos niveles (gestión, resultados y capital). La PFT se entiende como instrumento de creación de empleo, de lucha contra la pobreza y de la modernización de los mercados de trabajo y de la protección social. Representa un medio tangible en este sentido, al involucrar en mayor medida a los trabajadores en la adopción de decisiones de las empresas en las que trabajan, ayudarles a reforzar sus competencias y empleabilidad, garantizar una parte de los beneficios financieros y luchar contra la concentración de capital, reintegrar a los desempleados y crear empleo. El documento afirma que si se conjuga con instrumentos de la economía social, como los microcréditos, a fin de reforzar la seguridad del empleo y evitar deslocalizaciones, el apoyo a las pymes en materia de transmisión de empresas y el acceso al capital y a mano de obra cualificada, los resultados no pueden ser más que positivos.

En el marco de la misma, el Informe sobre el papel de la participación financiera de los trabajadores en la creación de empleo y la integración de los desempleados, de 27 de septiembre de 2018, de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo⁹, formuló una Propuesta de Resolución al Parlamento en la que se pida a la Comisión y a los Estados miembros que aprueben distintas medidas de fomento de la participación.

Según datos que aporta el mismo documento, la participación financiera de los trabajadores ha experimentado una gran evolución en toda Eu-

⁸ Documento de trabajo de la Comisión. Consulta de trabajo sobre la estrategia UE 2020. COM (2009) 647 final.

⁹ http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0293_ES.html#title2

ropa estos treinta últimos años. En 2018, el número de trabajadores accionistas en Europa ascendió aproximadamente a 10 millones, y veinte países de la Unión disponen de algún tipo de regulación para incentivar la participación financiera de los trabajadores¹⁰.

También desde distintas asociaciones se han puesto de manifiesto los efectos positivos que se derivan de la participación. Las personas trabajadoras accionistas acumulan un patrimonio mayor de cara a la jubilación, reciben un mejor salario y tienen menos probabilidades de quedarse sin trabajo que el resto de los trabajadores. Dado que la renta de los hogares depende actualmente en gran medida de los salarios, la participación conlleva una disminución de las desigualdades en la distribución de la riqueza dentro de la sociedad¹¹.

Según un estudio elaborado en los Estados Unidos en octubre de 2018 por el *National Center for Employee Ownership*, los programas de accionariado de los trabajadores impulsaron las ventas y el empleo en más de un 2% anual. Y la productividad de las empresas aumentó de media entre un 4% y un 5% el año de adopción de un programa de este tipo¹².

En esta contribución se quiere apuntar la posibilidad de articular la participación financiera de las personas trabajadoras, tanto de grandes empresas como de PYMEs, por medio de un instrumento con el que ya contamos en nuestro Código de Comercio. Es un instrumento bien conocido por la doctrina y la jurisprudencia, muy flexible y que puede «ahuyentar» algunos de los temores que tanto propietarios como personas trabajadoras plantean ante la participación financiera. Se trata de la figura de las cuentas en participación.

2. FORMAS DE PARTICIPACIÓN FINANCIERA DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

Cuando la doctrina laboralista ha abordado en nuestro país la participación de las personas trabajadoras lo ha hecho, fundamentalmente, analizando y reivindicando la participación inmaterial. Con la institución de la cogestión

¹⁰ Análisis económico anual de la participación accionarial de los trabajadores en los países europeos en 2017, EFES, 2018. <http://www.efesonline.org/Annual%20Economic%20Survey/2017/Survey%202017.pdf>

¹¹ Documento de posición del Deutsches Aktieninstitut e.V., de 16 de marzo de 2017, titulado «Employee Share Ownership as Pivotal Part of the Capital Markets Union» (La participación accionarial de los trabajadores como parte fundamental de la unión de los mercados de capitales). <http://www.efesonline.org/DE/2017/2017-03-16%20DAI%20employee%20share%20ownership.pdf>.

¹² <https://www.nceo.org/articles/research-employee-ownership-corporate-performance>

alemana como referencia en muchas ocasiones, se ha abogado por la participación del personal de las empresas en los procesos de decisión que tienen lugar en su seno. Se ha planteado con menor intensidad la posibilidad de la participación material o financiera de las plantillas; esto es, la participación en los resultados o en el capital de sus empleadoras.

Las dos formas de participación financiera pueden ir de a mano, es lo que ocurre cuando la participación en los resultados tiene como destino la inversión de las personas trabajadoras en sus empresas, bien en el capital en sentido estricto (adquisición de acciones, participaciones, cuotas de socio) bien en el capital en un sentido amplio¹³ (cuentas en participación, obligaciones, créditos subordinados, préstamos participativos).

La participación financiera de las personas trabajadoras tiene como base normativa el art. 129.2 de la Constitución que establece que, «los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa ... También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción».

Si bien es cierto que no hay acuerdo en la doctrina sobre qué se entiende por «diversas formas de participación»¹⁴, creemos que incluye tanto la participación en resultados como la participación en el capital.

2.1. Participación en los resultados

El art. 26.3 del Estatuto de los Trabajadores desarrolla la participación en resultados cuando indica que «mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, se determinará la estructura del salario, que deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten. Igualmente se pactará el carácter consolidable o no de dichos complementos salariales, no teniendo el carácter de consolidables, salvo acuerdo en contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa.

También la legislación sobre cooperativas recoge la posibilidad de que las mismas en sus estatutos, o por acuerdo de la asamblea general, reco-

¹³ Híbridos financieros que se pueden incluir en los fondos propios en sentido económico-financiero.

¹⁴ Brevemente BENGOETXEA, A. «La participación de las personas trabajadoras en España: ¿oportunidad fallida o crónica de un fracaso anunciado?», en FAJARDO, G., *Participación de los trabajadores y sociedades laborales*, 2018, p. 295.

nozcan a su personal asalariado la participación en sus resultados favorables¹⁵.

Se entiende por participación en resultados toda forma de participación que implica que las personas trabajadoras perciben, además de su salario pactado, una remuneración que depende del éxito cosechado por la empresa. Esa remuneración extraordinaria se fundamenta en la obtención de un determinado resultado financiero reflejado en el balance (participación en beneficios). También puede establecerse como referencia un incremento de la producción, un incremento de la facturación o del valor de la empresa (participación en los resultados globales de la empresa).

No son propiamente participación en resultados los modelos de *gainsharing*, cuyo objetivo es incrementar la productividad, modelos en los que se abonan determinadas primas o *bonus* si se alcanzan, o superan, los objetivos previamente definidos por la empresa (incluso diarios, medibles y controlables). Y que, generalmente, son incentivos individuales percibidos por el incremento de productividad individual. Suele tratarse de un sistema de motivación individual (o de pequeños grupos) que no tiene por qué tener en cuenta los resultados globales de la empresa.

Así pues, retribución variable y participación en resultados no son conceptos asimilables, siendo esta última una retribución que depende, no de la consecución de objetivos individuales o colectivos de las personas trabajadoras, sino del resultado final fruto de ese y otros factores que intervienen en el mayor o menor éxito de la empresa. La retribución variable sería el género al que pertenece la participación en resultados. Lógicamente pueden combinarse distintas fórmulas de retribución variable¹⁶.

A efectos fiscales y de cotización la participación en resultados tiene entre nosotros el carácter de salario. Esto es, desde la perspectiva de las personas trabajadoras está sujeta a tributación como tal (IRPF) y está también sujeta a cotización a la seguridad social. Para la empresa es gasto que aminora el beneficio sujeto a tributación.

La participación en resultados interesa en este trabajo en la medida en que, como ya se ha avanzado, puede ser el primer paso hacia una participación más intensa, la de las personas trabajadoras como cuenta-partícipes. La participación en resultados puede destinarse a la aportación del personal asa-

¹⁵ Así lo hacen la Ley 11/2019, de 20 de diciembre de Cooperativas de Euskadi, en su artículo 70.5, o la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, en su art. 58.5.

¹⁶ Se habla de *goal sharing* para identificar sistemas que conjugan la productividad con la participación en resultados, *vid.* entre otros LLOMPART, M., *El salario: concepto, estructura y cuantía*, La Ley, 2007, p. 348 y ss. Sobre sistemas de retribución variable, más brevemente, *vid.* PRAT, R. y MUÑIZ, L., «Sistemas de retribución variable e indicadores de control de gestión», Partida Doble 135 (2002), p. 66 y ss.

lariado en su empresa, aportación que puede incrementarse con las cantidades que empresa y personas trabajadoras acuerden.

2.2. Participación en el capital

La adquisición de acciones o participaciones hace a las personas trabajadoras copropietarias de la empresa para la que prestan servicios, lo que supone el acceso a la participación en su sentido más amplio, tendrán derecho de voz y voto en la junta general¹⁷ y derecho a la obtención del dividendo acordado en la misma tras el cierre del ejercicio social.

Que el personal asalariado sea tenedor de acciones o participaciones supone para la sociedad un fortalecimiento de su estructura financiera, pero implica para los socios fundadores una cesión de derechos políticos, que no siempre es bienvenida. Y para el personal una mayor asunción de riesgo, que tampoco es necesariamente deseable.

Por eso se plantea en este trabajo la posibilidad de articular la participación financiera con base en las cuentas en participación.

3. LAS CUENTAS EN PARTICIPACIÓN. BREVE CARACTERIZACIÓN

3.1. Concepto

El Código de Comercio describe el contrato de cuentas en participación en su art. 239, pero no lo define. Para conocer sus características principales es preciso analizar los cinco artículos que el texto legal le dedica. De esta regulación se desprende que se trata de un contrato entre una persona, física o jurídica, titular de una actividad mercantil (comerciante) y otra (u otras, partícipe/s) que participa en el resultado de la misma, para lo cuál ha debido realizar una aportación al patrimonio de la primera. El Código establece que las partes no pueden actuar bajo una razón comercial común, y que de las relaciones que se establezcan con terceros solo es titular y responsable el titular de la actividad (art. 241).

La idea de participación es el núcleo de las distintas manifestaciones que ha tenido y tiene esta figura en la práctica. En su origen pretende hacer posible la participación en una empresa ajena de quienes por razones personales (pertenencia a la nobleza, clero, ejército) no podían aparecer como socios o

¹⁷ Aunque cuando se habla de participación en la gestión de las personas trabajadoras no se hace referencia únicamente a la presencia en la junta. La participación en la gestión también abarca aspectos como la información, la consulta y la toma conjunta de decisiones que afectan a la organización del trabajo, aspectos que van más allá del ámbito de decisión de los órganos sociales.

no podían prestar dinero¹⁸. Para estas personas, que hoy podríamos calificar como «socios inversores», no hubo en ese origen ni una denominación ni un régimen claros. En la época anterior a la codificación se dudó de su distinción de la sociedad comanditaria y cuando se recogió en los códigos decimonónicos se dudó incluso de su carácter societario¹⁹.

3.2. Naturaleza y función de las cuentas

La naturaleza societaria de las cuentas se sigue discutiendo también en nuestra doctrina, si bien la mayoría de la misma opta por calificarlas como sociedad interna, posición que compartimos²⁰. Como tal, predomina en el

¹⁸ Por todos, FERNANDEZ DE LA GÁNDARA, «Las cuentas en participación: un ensayo de caracterización dogmática y funcional», en *Estudios de Derecho Mercantil homenaje al Profesor Justino Duque Domínguez*, vol. I, 1998, p. 273 y ss.

¹⁹ Vid., MARTINEZ BALMASEDA, A., *Las cuentas en participación y su vertiente interna*, 2011, p. 6-7; DE EIZAGUIRRE, J.M., *Derecho de Sociedades*, 2001, p. 219, respecto de la codificación francesa. No ocurre así en el derecho alemán, que desde el ADGHB de 1861 ha caracterizado este contrato como sociedad interna., WIEDEMANN, H., *Gesellschaftsrecht II*, 2004, p. 878.

²⁰ Vid., PAZ-ARES, en URÍA/MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil I*, 2006, p. 602; DE EIZAGUIRRE, J.M., *op. cit.*, p. 221; FERNANDEZ DE LA GÁNDARA, «Las cuentas en participación», p. 270 y ss.; o FERRÉ/LEÓN, «Las cuentas en participación y el concurso», *ADCon*, 15 (2008), p. 41. «Errónea y peligrosa» considera esta postura VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil II*, 2012, p. 1617, para quien se trata de un contrato bilateral de colaboración distinto del de sociedad o, incluso, de uno de financiación en sentido amplio. El mismo autor, más ampliamente, en «El contrato de cuentas en participación no es un contrato de sociedad», *La Notaria*, 2-3, 2016, p. 49 y ss. Aunque parece aceptar la propuesta de «extender solo por analogía y solo cuando exista identidad de razón (art. 4.2 CC) algunas normas del régimen del contrato de sociedad». Para VICENT, por otra parte, es ésta la doctrina mayoritaria. En la misma línea, BARBA DE VEGA, I, en A. BECOVITZ, *Contratos mercantiles I*, p. 1517. Parece también la apuesta del Anteproyecto de Ley Mercantil de 2104, que alejó sistemáticamente el «contrato de participación», regulado en el título IV «De los contratos de colaboración» del Libro V «De los contratos mercantiles en particular», del libro II dedicado a las sociedades. Según la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2014, «dentro de la sistemática del Código actual, el contrato de cuenta en participación aparece regulado a continuación de las sociedades y antes de los contratos, como tránsito entre la compañía mercantil, que crea una personalidad jurídica, y la relación puramente contractual. Es una de las modalidades asociativas o de cooperación mercantil más antiguas que conoce el derecho de los negocios, que mantiene oculto para los terceros al capitalista participante, sea o no comerciante, lo que armoniza con el interés del gestor o empresario en aumentar su liquidez, sin obligación de pagar un interés y de restituir las sumas recibidas. Difiere de la sociedad mercantil en dos notas fundamentales, por un lado, falta en el contrato de cuenta en participación la autonomía patrimonial, como apunta la *STS de 6 de octubre de 1986 (RJ 1986, 5240)*, pues no se constituye un patrimonio social, las aportaciones las recibe en propiedad y en exclusiva el gestor; y, por otro lado, no se crea un ente con personalidad jurídica propia que es característica de las sociedades mercantiles, que se constituyen con arreglo a su normativa reguladora (*SSTS de 8 de abril de 1987, 19 de diciembre de 1946* , y las de 3 de mayo y 30 de septiembre de 1960)». La sentencia puede apuntar a una naturaleza societaria pero no mercantil de las cuentas.

contrato el contenido obligacional frente al organizativo, que existirá en la medida en que las partes lo acuerden²¹. Posibilidad de la que se hace un uso no desdeñable en la práctica.

Se trata de una figura muy versátil, que por su simplicidad estructural y su flexibilidad, puede ser utilizada con distintas finalidades y en diversos ámbitos. Se ha subrayado su función financiera²², pero también su utilización en el seno de empresas familiares para articular la sucesión²³, para la formación de grupos de sociedades²⁴, o para la, no tan desarrollada entre nosotros, articulación de la participación de las personas trabajadoras en la empresa, de la que nos ocuparemos en este trabajo²⁵.

3.3. Rasgos caracterizadores de las cuentas

No vamos a referirnos a todas las características que las definen, sino solo a aquellas que más interesan desde la perspectiva que aquí se aborda, esto es, en cuanto pueden ser utilizadas como vehículo de participación de los trabajadores en la empresa.

3.3.1. ¿Sociedad de dos socios?

Partiendo de que se trata de una sociedad, se han definido las cuentas como sociedad de dos miembros, el comerciante, denominado gestor, y el partícipe; de manera que habiendo una pluralidad de partícipes nos encontraríamos ante una pluralidad de cuentas en participación, constituida cada una por el gestor y uno de los partícipes. Incluso cuando todos ellos contraen con el gestor al mismo tiempo y en un mismo documento²⁶. Sin embargo,

²¹ SCHMIDT, K., *Gesellschaftsrecht*, 4.ª ed., 2002, p. 1855, califica las cuentas como crédito cualificado con fundamento jurídico societario (*qualifizierter Kredit mit gesellschaftsvertragliche Rechtsgrund*).

²² Entre otros, FERRÉ/LEÓN, *op. cit.* p. 41 y ss.; VICENT, F., «El contrato de cuentas», p. 53-54. OTXOA-ERRARTE, R., «Las alternativas al crédito bancario en la financiación de las PYME», en *PYME y crisis económica*, 2010, p. 84 y ss.

²³ KEUL, T., en *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 2*, 5.ª ed. 2019, § 75 StG Rn. 37-38

²⁴ Sobre los distintos ámbitos en que se utilizan en nuestro país, MARTINEZ BALMASEDA, A., *op. cit.*, p. 97 y ss.

²⁵ En la doctrina alemana se recoge como una de esas funciones, que si bien no puede calificarse como genuina, sí puede articularse a través de las cuentas, puesto que su flexibilidad permite dar una respuesta a los intereses de ambas partes, empresa y trabajadores. Así, WIEDEMANN, H., *op. cit.* p. 884, o SCHMIDT, K., en *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 3, 3.ª ed. 2012, § 230, Rn. 71, entre otros.

²⁶ DE EIZAGUIRRE, *op. cit.*, p. 221-222 para quien «La razón hay que verla en la independencia causal de cada una de las relaciones creadas entre el gestor y cada partícipe». Solo

nos parece más acertado, teniendo presente la flexibilidad que caracteriza a esta figura, aceptar que las cuentas puedan configurarse como sociedad de dos miembros, o como una única sociedad con pluralidad de partícipes, que integra también al gestor, sin que esta segunda opción deba calificarse como atípica. Cabe, por otra parte, que los partícipes de distintas cuentas se asocien entre sí, constituyendo una sociedad interna. Y finalmente es posible que los interesados en la participación constituyan una sociedad externa, que sería la partícipe en las cuentas²⁷.

Creemos que de los artículos que el Código dedica a las cuentas no se deduce necesariamente que éstas deban tener dos únicos socios. Incluso, la lectura de los artículos 241 y 242, nos lleva más bien a pensar en la pluralidad. «No se podrá adoptar una razón común a *todos los partícipes*», dice el art. 241; y «los que contraten con el comerciante... solo tendrán acción contra él, y no contra los *demás interesados*», el art. 242²⁸. La decisión de cómo debe articularse la relación del comerciante gestor con varios partícipes es materia de libertad contractual, sin que sea necesario hablar de atipicidad para el caso de pluralidad de partícipes en un único contrato de cuentas²⁹.

La cuestión es relevante si las cuentas en participación son un instrumento para articular la participación financiera de las personas trabajadoras en el empresa.

podría hablarse de una única cuenta con pluralidad de partícipes en el caso de que la aportación de todos ellos se configurase como contribución conjunta e interdependiente al fin común de la promoción del negocio. Más contundentemente, VICENT, F., *Introducción II*, p. 1616, y «El contrato de cuentas», p. 51, entiende las cuentas como contrato entre dos sujetos, «siempre es bilateral».

²⁷ En este sentido MARTINEZ BALMASEDA, A., *ob. cit.*, p. 157-160, aunque entiende, con DE EIZAGUIRRE, que el modelo legal del Código responde a la existencia de tantas cuentas como partícipes y solo en caso de que exista consentimiento, expreso o tácito, en la constitución de un solo vínculo podrá hablarse de cuentas con una pluralidad de partícipes.

²⁸ Es la interpretación de FERNANDEZ DE LA GANDARA, *Escritura de constitución de una sociedad de cuentas en participación: modelo standard y cuentas atípicas*, RdS 10 (1998), p. 250.

²⁹ *Vid.* para el derecho alemán SCHMIDT, K., *Münchkomm HGB* § 230, Rn. 83-84. WIEDEMANN, H., *ob. cit.* p. 882-883, también contempla, sin calificar ninguna de ellas como atípica, las posibles constelaciones a las que hemos hecho referencia. Si bien es cierto que la doctrina alemana tampoco inicialmente consideró posible la constitución de un único vínculo societario entre un gestor y varios partícipes, hoy es la opinión dominante en este país, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, *vid.* SCHMIDT, K., *MünchKomm HGB*, § 230, Rn 83; también KEUL, T., en *MünchHdb*, § 75 StG Rn. 25-26, que sí considera que debe quedar clara la voluntad de los partícipes en el sentido de sustituir el modelo legal de relación entre dos socios.

3.3.2. *Inexistencia de un patrimonio común*

Nuestro código tampoco aclara cual es el régimen jurídico-real de la aportación realizada por el partícipe, lo que plantea la cuestión de si existe, o no, un patrimonio común a ambas partes de la relación³⁰. La mayoría de la doctrina entiende que la aportación patrimonial que realiza el partícipe se integra en el patrimonio del comerciante gestor, de forma que no existe un patrimonio común a ambos³¹. Se entiende como la interpretación más coherente con lo dispuesto en los artículos 241 y 242 del Código, que establecen que no podrá usarse más crédito directo que el del comerciante gestor y con la responsabilidad exclusiva de éste frente a los terceros con los que contrata³². Proporcionaría también más seguridad jurídica a los terceros, que confían en la garantía de los bienes que «parecen» del gestor³³.

Ello no impide que pueda existir algún elemento patrimonial común al que habrían de aplicarse, en el ámbito interno, las normas de la comunidad de bienes, de los arts. 392 y ss. del Código Civil. Ni tampoco que puedan realizarse aportaciones a título de uso³⁴.

Contablemente, la aportación del partícipe se recoge como deuda que figura en el pasivo corriente del balance de la sociedad perceptora de la misma. El ICAC ha señalado que «el contrato de cuentas en participación participa de la naturaleza de un contrato por el que se cede la utilización de un capital mediante remuneración, por lo que la renta que obtiene el partícipe no gestor es la contraprestación derivada de la cesión a un tercero de capitales propios ... para su registro contable se han de emplear las cuentas de acreedores en común...» En respuesta a consulta planteadas al respecto, el ICAC señala que las aportaciones recibidas como consecuencias de una

³⁰ Como sí hace el HGB en su § 230, que establece que la aportación del partícipe se incorpora al patrimonio del comerciante gestor. Lo que ha de entenderse, según WIEDEMANN, H., *op. cit.*, p. 888, en el sentido de que no lo hace a un eventual patrimonio *social* común a las partes del contrato.

³¹ *Vid.*, por todos, con abundante referencia doctrinal y jurisprudencial, MARTINEZ BALMASEDA, A., *op. cit.*, p. 133 y ss. No así DE EIZAGUIRRE, J.M., *op. cit.*, p. 224, para quien sí es necesario que el gestor tenga el poder exclusivo de disposición sobre el patrimonio del negocio a su cargo y no se vea limitado en la gestión de la actividad que ejerce en su propio nombre. No sería relevante, sin embargo, que en el ámbito interno exista o no un fondo común.

³² FERNANDEZ DE LA GÁNDARA, L., voz «Cuentas en Participación», EJB, 1998, p. 1842. FERNANDEZ NOVOA, C., en «Las notas distintivas de las cuentas en participación», RDM 84 (1962), p. 441, entiende que, si se formara un patrimonio común, la independencia en la gestión del comerciante que busca el Código dejaría de existir en la medida en que debería contar con la autorización del partícipe para los actos de disposición.

³³ FERNANDEZ DE LA GÁNDARA, L., «Las cuentas en participación.» *op. cit.*, p. 117.

³⁴ PAZ-AREZ, C., Curso, p. 607.

cuenta en participación deberán formar parte de los fondos ajenos de la empresa receptora de los mismo³⁵.

Este tratamiento es relevante para la sociedad que quiere articular la participación financiera de sus trabajadores a través de las cuentas.

3.3.3. Condición de los intervinientes

El Código sí hace referencia a la condición de comerciantes de los intervinientes en el contrato de cuentas. «Podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros...», comienza diciendo el art 239. Parece, pues, que tanto gestor como partícipe habrán de serlo. Sin embargo, nuestra doctrina entiende de forma mayoritaria que no es preciso que el partícipe sea comerciante³⁶. Es la postura más lógica teniendo presente, el origen y la función económica de las cuentas, pero no deja de ser una interpretación que tropieza con el tenor literal del Código, por lo que sería deseable una redacción de la norma más acorde a la realidad práctica de la figura³⁷. Para superar este inconveniente se ha recurrido a la interpretación histórica³⁸, analógica, o sistemática³⁹ de la normativa recogida en aquél. La jurisprudencia también ha hecho suya esta interpretación, valga como ejemplo la sentencia ya citada de 29 de mayo de 2014 del Tribunal Supremo en la que se define la cuenta como una «figura asociativa en la que se mantiene oculto para los terceros al capitalista participante, sea o no comerciante».

La comprensión de las cuentas como un contrato entre comerciantes o empresarios reduciría de forma relevante la virtualidad de la figura. No po-

³⁵ <http://www.icac.meh.es/Consultas/Boicac/ficha.aspx?hid=106>. Para VICENT CHULIÁ, F., este tratamiento fiscal y contable de las cuentas en participación sería otro argumento que aleja las mismas del ámbito societario, *vid.* «El contrato de cuentas en participación no es un contrato de sociedad», p. 64-65. Sin embargo, las sentencias que resuelven su tratamiento fiscal se refieren a las cuentas como «asociación de personas físicas o jurídicas».

³⁶ DE EIZAGUIRRE, J.M., *op. cit.* p. 223; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Cuentas*, p. 1843.; GUAL, M.A., *Las cuentas en participación*, p. 189 y ss. MARTINEZ BALMA-SEDA, A., *op. cit.*, p. 128 y ss., con jurisprudencia que asume esa interpretación mayoritaria. No parece compartir esta interpretación PAZ-AREZ, C., *Curso*, p. 606, que considera atípicas las cuentas en que el partícipe no es comerciante, aunque entienda que esta circunstancia es irrelevante para definir el régimen societario sustantivo; claramente no lo hace VICENT, F., *Introducción II*, p. 1616, para quien el contrato será mercantil cuando ambas partes sean comerciantes, «como lo prevé el art. 239 del código» y será civil cuando el partícipe no lo sea.

³⁷ El anteproyecto de Código Mercantil de 2014, en su art. 545, sí recogía claramente la posibilidad de que el partícipe no sea comerciante o empresario, estableciendo que «por el contrato de participación, una persona, llamada partícipe, se obliga a entregar dinero, bienes o derechos patrimoniales, a un operador del mercado, llamado gestor...».

³⁸ DE EIZAGUIRRE, J.M., *ob. cit.*, p. 223; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Cuentas*, p. 1843.

³⁹ MARTINEZ BALMASEDA, A., *op. cit.*, p. 128;

dría servir a algunas de las funciones que hemos indicado más arriba, señaladamente a la que es objeto de este trabajo, la participación financiera de los trabajadores en su empresa.

Una parte de la doctrina tampoco ve necesario que el gestor sea comerciante, aunque sea lo más habitual en la práctica (tipicidad empírica)⁴⁰.

Aunque no hay unanimidad a la hora de caracterizar las cuentas como instrumento para el desarrollo de una actividad mercantil⁴¹, sí consideramos que de los artículos 239 y siguientes del Código de Comercio se desprende la necesidad de que la participación, el *interesamiento*, sea en una actividad económica de carácter mercantil⁴². Esto no impide que sea posible construir una figura próxima o idéntica a la de las cuentas para el tráfico civil, con base en el principio de libertad contractual recogido en el art. 1255 del Código Civil⁴³.

3.3.4. Participación en resultados prósperos o adversos

Según el art. 239 del Código, quienes se interesan en las operaciones de los comerciantes, son «partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen». El partícipe lo es, tanto de las ganancias, como de las pérdidas. De elemento esencial del tipo se ha calificado en nuestra doctrina esta participación, de forma que no estaríamos ante un contrato de cuentas si se pactara la exclusión total de las pérdidas o de las ganancias⁴⁴.

En la medida en que el Código deja a las partes la determinación de la proporción en la que participen de unas y otras, es posible limitar tanto la

⁴⁰ DE EIZAGUIRRE, J.M., *ob. cit.*, p. 223, aunque en un primer momento indica que «al ser mercantil la actividad desarrollada, el gestor deberá ser comerciante», considera concebible que no lo sea; más claramente lo afirma MARTINEZ BALMASEDA, A., *ob. cit.* p. 124 y ss. También GUAL, M.A., *ob. cit.* p. 189. No así PAZ-ARES, C., *Curso*, p. 605, quien entiende que «la mercantilidad de este tipo de sociedad no depende de la materia, sino de los sujetos».

⁴¹ *Vid.* PAZ-ARES, *Curso*, p. 605, nota anterior.

⁴² Así MARTINEZ BALMASEDA, A., *op. cit.*, p. 125, afirma que lo determinante no es que el gestor sea comerciante sino que ejerza una actividad mercantil. También DE EIZAGUIRRE, J.M., *op. cit.*, p. 223. En la doctrina alemana SCHMIDT, K., *Gesellschaftsrecht*, p. 1841, que asimismo defiende la aplicación analógica del régimen de la *stille Gesellschaft* a otros supuestos de participación, *MünchKomm HGB*, § 230, Rn 24-25. En igual sentido KEUL, T., en *MünchHdb*, § 72, Rn 10.

⁴³ PAZ-ARES, *Curso*, p. 606, también considera que a estas cuentas les serían de aplicación, por analogía, los arts. 239 y ss. del Código de comercio. En el mismo sentido la Audiencia Provincial de Baleares, en sentencia de 15 de abril de 2010, indica que no hay dificultad para que se recurra a las cuentas en el tráfico civil, creando una forma análoga, usando la libertad contractual.

⁴⁴ DE EIZAGUIRRE, J.M., *op. cit.*, p. 226; también MARTINEZ BALMASEDA, A., *op. cit.*, p. 140 y ss.

participación en las ganancias como en las pérdidas, siempre y cuando esta limitación no equivalga, *de facto*, a una exclusión total», lo que desnaturalizaría la relación⁴⁵.

La cuantificación del beneficio que corresponde al partícipe es una de las cuestiones que deber ser abordada en detalle en el contrato, definiendo claramente no solo el porcentaje o cuota que le corresponda sino también la base sobre la que ha de aplicarse⁴⁶. Lo mismo cabe decir de las pérdidas.

3.3.5. Participación en la gestión

El Código dispone que el comerciante gestor dirige las negociaciones en su nombre y bajo su responsabilidad, y que quienes contraten con él solo tendrán acción contra a él y no contra los demás interesados (arts. 241 y 242). Puede entenderse, y así lo ha hecho la jurisprudencia⁴⁷, que el partícipe queda excluido de la administración del negocio⁴⁸. Pero nada impide que, haciendo uso de la libertad contractual que asiste a las partes, pueda articularse alguna forma de intervención del partícipe en la vertiente interna de la gestión, en la administración⁴⁹. Incluso puede establecerse a favor del partícipe un derecho a impartir instrucciones al gestor, un derecho de consulta previa ante la toma de decisiones de especial trascendencia para la marcha del negocio o un derecho de veto⁵⁰.

3.3.6. Derecho de información del partícipe

Especial trascendencia tiene, para el supuesto que nos ocupa, el derecho de información del partícipe. Nuestro Código no aborda esta cuestión. Su

⁴⁵ MARTÍNEZ BALMASEDA, A., *op. cit.*, p. 142. La exclusión del partícipe de las pérdidas se admite en el derecho alemán, calificando entonces de atípica la *stille Gesellschaft*. (§231. 2 HGB). No cabe, sin embargo, la exclusión de las ganancias (§ 231 HGB). *Vid.*, WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, p. 900; SCHMIDT, K., *MünchKomm HGB* § 230 Rn 38; KEUL, T., *MünchHdb*, § 72, Rn 15.

⁴⁶ SCHMIDT, K., *Gesellschaftsrecht*, p. 1858.

⁴⁷ *Vid.* referencias jurisprudenciales en MARTÍNEZ BALMASEDA, A., *op. cit.*, p. 262-263.

⁴⁸ Así GUAL, M.A., *op. cit.*, p. 241. También en el derecho alemán, SEFFER/ERHARD, *MünchHdb* § 80 Rn. 4. 42 y ss.

⁴⁹ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., *Cuentas*, p. 1844; DE EIZAGUIRRE, J.M., *op. cit.*, p. 237; MARTÍNEZ BALMASEDA, A., *op. cit.*, p. 263 y ss.

⁵⁰ PAZ-ARES, C., *Curso*, p. 607. En la doctrina alemana, SCHMIDT, K., *Gesellschaftsrecht*, p. 1847, también en *MünchKomm HGB* § 230 Rn. 77; WIEDEMANN, H., *Gesellschaftsrecht II*, p. 895; SEFFER/ERHARD, *MünchHdb* § 80 Rn. 42 y ss., consideran que el partícipe incluso puede representar al gestor (en calidad de representante voluntario), aunque no, lógicamente, a la cuenta en participación.

art. 243 se limita a establecer la obligación del gestor de rendir cuenta justificada de los resultados «terminadas que sean las operaciones». Pero el control de esa rendición de cuentas exige el acceso a la información sobre la marcha del negocio. Y cuando las cuentas no se han constituido para una operación concreta, sino para una participación duradera o indefinida en un proyecto empresarial, esa rendición de cuentas y la consiguiente información deberán hacerse de forma periódica. Puesto que el gestor está obligado a la llevanza de contabilidad exigida por el Código y a la formulación de las cuentas anuales, la información deberá extenderse, al menos, a esa información contable. Las liquidaciones deberán también ser anuales⁵¹. Desde la naturaleza societaria de las cuentas, puede defenderse ese derecho de información⁵², en cualquier caso, conviene hacer referencia a él y precisar su contenido concreto en el contrato de cuentas.

El contrato puede ampliar ese derecho de información, no limitarlo a la información contable puntual con ocasión de la presentación de las cuentas anuales, sino establecer un derecho de información continua o periódica y extendida a otros aspectos más allá de la contabilidad⁵³.

Cuando se trate de un contrato de cuentas con pluralidad de partícipes este derecho puede ejercitarse por medio de representantes de los partícipes, de manera que se facilita el flujo de la información⁵⁴.

4. LAS CUENTAS COMO INSTRUMENTO PARA ARTICULAR LA PARTICIPACIÓN FINANCIERA DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS: VENTAJAS

La participación de las personas trabajadoras, en cualquiera de sus formas, es un reto para las empresas que la incorporan a su modelo de gestión. Y ese reto es máximo cuando se trata de la participación en el capital. No es fácil para los socios, propietarios últimos de aquellas, compartir la titularidad. Tampoco es fácil asumir esa titularidad, con sus consecuencias y riesgos, para las personas trabajadoras. El cambio de mentalidad que conlleva el paso de un modelo jerarquizado a otro más participativo basado en la con-

⁵¹ PAZ-ARES, C., Curso, p. 607.

⁵² Vid. MARTINEZ BALMASEDA, A., *op. cit.*, p. 270-271. Estableciendo una analogía entre la posición del partícipe y la del socio comanditario en la sociedad comanditaria, entendiéndose que sería aplicable el art. 150 del Código de Comercio; por lo que el partícipe tendría derecho a examinar el balance, pudiendo consultar en un plazo de 15 días los antecedentes y documentos necesarios para realizar las comprobaciones pertinentes y juzgar la gestión desempeñada.

⁵³ MARTINEZ BALMASEDA, A., *op. cit.*, p. 271; KEUL, T., *MünchHdb*, § 81, Rn 2; SCHMIDT, K., *MünchKomm HGB*, § 233, Rn 16.

⁵⁴ KEUL, T., *MünchHdb*, § 81, Rn 34.

fianza mutua y que lleva, incluso, a compartir la propiedad, requiere de una voluntad clara y del establecimiento de un complejo proceso no exento de dificultades. Y no siempre será una opción que convenza a las dos partes. Especialmente compleja es la participación directa en el capital de las sociedades de responsabilidad limitada.

Por ello resulta interesante explorar la participación financiera a través de la financiación híbrida, que combina características de la participación en el capital en sentido estricto y de la financiación ajena. Y, particularmente, es interesante el recurso a una figura suficientemente conocida en nuestra doctrina y al alcance de todas las figuras societarias, como es la de las cuentas en participación.

Entre las principales ventajas que ofrece esta fórmula están las que a continuación se señalan.

En primer lugar, desde el punto de vista de los socios de la sociedad empleadora, la participación de los trabajadores en calidad de partícipes no altera la estructura de poder en la sociedad. La toma de las decisiones sobre el devenir de la misma sigue estando en sus manos. Las personas trabajadoras no van a formar parte de los órganos sociales, aunque puedan ser titulares de derechos de información e incluso de control, que podrán establecerse con diversa intensidad en el contrato de cuentas. Esto puede facilitar la articulación de un programa de participación financiera en la empresa.

Desde la perspectiva de los trabajadores, no hay una exclusión absoluta de la participación en la gestión, que no se limita a la participación a través de los órganos sociales⁵⁵. En el contrato de cuentas pueden articularse diversas formas de participación en la gestión, más o menos formales, que no impliquen que los trabajadores o sus representantes sean miembros de la Junta o del órgano de administración. Aunque esas modalidades de participación también puedan configurarse fuera de este contrato.

En segundo lugar, este vehículo de participación no exige de acuerdos de ampliación de capital, de modificaciones estatutarias, ni de documentos públicos para su formalización, lo que simplifica la gestión del modelo.

En tercer lugar, la flexibilidad en la configuración legal de las cuentas, permite adaptar la forma y la intensidad de la participación a la idiosincrasia y a las necesidades de cada empresa y de cada plantilla.

También desde el punto de vista económico resulta de interés para ambas partes. Para la empresa, puesto que fiscalmente las ganancias obtenidas por

⁵⁵ *Vid.*, entre otros, GARCÍA JIMÉNEZ, M., en «La participación de los trabajadores en la empresa. Concepto y modalidades», en FAJARDO, G., *Participación de los trabajadores en la empresa y sociedades laborales*, 2018, en especial, p. 47 y ss.

los trabajadores (a través de su derecho de participación en los resultados) suponen gasto de explotación para la sociedad⁵⁶, con lo que disminuyen el beneficio sujeto a tributación. Así lo indica la Dirección General de Tributos en su Resolución Vinculante V0069-11, de 18 de enero de 2011: «A efectos contables, el partícipe gestor contabilizará como gasto el beneficio que corresponda a los partícipes no gestores en los términos señalados en el Plan General de Contabilidad, por lo que, a efectos del Impuesto sobre Sociedades, la retribución que la entidad consultante, como partícipe gestor, transfiera al partícipe no gestor, tendrá la consideración de gasto fiscalmente deducible en el ejercicio de su devengo».

Para los trabajadores, de acuerdo con la doctrina administrativa y la jurisprudencia, esos beneficios son rendimiento de capital mobiliario de los regulados en el art. 25.2 de la Ley 35/2006 reguladora del impuesto de la renta de las personas físicas⁵⁷.

La Resolución Vinculante de la DGT V2234-11 de 23 de septiembre de 2011 mantuvo el mismo criterio tras la reforma, en 2006, de la normativa del impuesto⁵⁸.

Sería deseable que, además de estas pequeñas ventajas financieras, se adoptaran medidas fiscales de promoción de la participación aplicables también a esta concreta fórmula. Medidas que supusieran exenciones tributarias

⁵⁶ Vid. SANCHEZ SANCHEZ, A., Tributación de los contratos de cuentas en participación», en *Crónica Tributaria*, n.º 169 (2018), p. 220. Crítica este autor la ausencia de una alusión expresa a las cuentas en la normativa tanto del impuesto de sociedades como del impuesto sobre la renta de las personas físicas, lo que hace que sigan estando abiertas controversias como la de la aplicación de la limitación de la deducción de los gastos financieros del art. 16 de la Ley del Impuesto de Sociedades. Dicha aplicación se derivaría del criterio por el que el ICAC considera las cuentas como instrumento de financiación ajena. No considera Sánchez, sin embargo, que la mencionada limitación sea aplicable en el caso de las cuentas.

⁵⁷ *Ibidem* p. 214. Pueden consultarse las sentencias la Audiencia Nacional de 2 de octubre de 2008 o 3 de marzo de 2009, entre otras. También el TSJ del País Vasco, en sentencia de 7 de septiembre de 2010, ha ratificado que «en los supuestos de contratos de cuentas en participación, las cantidades que se perciben por el cuenta-partícipe no gestor, derivadas del contrato, ya se perciba una vez terminado el negocio concertado, ... como si se percibe como liquidación del contrato resuelto... han de merecer la calificación de rendimiento del capital mobiliario»

⁵⁸ La resolución establece que, «dada la configuración del contrato de cuentas en participación en virtud del cual una parte cede a otra la utilización de un capital con la finalidad de intervenir en sus operaciones mercantiles participando ambos (gestor y partícipe) en los resultados prósperos o adversos de la operación en la proporción pactada, constituye una cesión a terceros (gestor) de fondos propios (partícipe), por lo que los rendimientos obtenidos por tal cesión por parte de los cuenta-partícipes, personas físicas, procede calificarlos, a efectos de IRPF, como rendimientos del capital mobiliario, tal y como establece el art. 25.2 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas». Para el caso de que se hubiera producido un rendimiento negativo, *vid.* V1948-17, de 199 de julio de 2017.

de parte de la cantidad invertida, incluso de cotizaciones sociales, tal y como se hace en algunos estados de nuestro entorno⁵⁹.

Por último, desde la perspectiva de los trabajadores, la cualidad de partícipes les otorga un específico derecho de información, que puede ser ampliado contractualmente para responder a sus necesidades. Y tanto si cada persona trabajadora es titular directa de una cuenta, como si la participación es indirecta, todas pueden organizarse para tener una voz colectiva en sus relaciones con la sociedad.

En la práctica alemana, que es donde mayor desarrollo ha tenido esta forma de participación⁶⁰, es frecuente que la inversión en cuentas por parte de los trabajadores vaya precedida de una participación en los resultados. Esto es, se parte de una participación en los beneficios que se reinvierte en la sociedad a través de las cuentas. La participación en resultados es fuente de la participación en el capital, aquí en sentido amplio. Ello no excluye que haya también inversión de las personas trabajadoras en forma de canalización de parte del salario u otras, pero supone un primer paso que incentiva la participación.

5. PARTICIPACIÓN DIRECTA O INDIRECTA

Cuando en una empresa se aborda la participación en el capital de sus trabajadores, en cualquiera de sus formas, es necesario decidir si esa participación va a ser directa, siendo cada trabajador titular de la misma, o indirecta, a través de una sociedad de participación. En este caso los trabajadores participan directamente en el capital de una sociedad intermedia y ésta, a su vez, lo hace en el capital de la sociedad en la que los trabajadores prestan sus servicios⁶¹.

⁵⁹ Por ejemplo en Alemania, donde la ley para la promoción fiscal de la participación de los trabajadores (*Gesetz zur steuerlichen Förderung der Mitarbeiterkapitalbeteiligung*), en vigor desde 2009, establece entre otras medidas, la exención de tributación de 360 € por año abonados por la empresa a sus trabajadores para financiar su participación en el capital societario (incluidas las cuentas en participación) Esa misma cantidad queda exenta de cotizaciones. La cifra se considera insuficiente y diversas instituciones proponen el incremento a los 12.000 € anuales. La AGPeV (*Bundesverband Mitarbeiterbeteiligung*) propugna un incremento hasta los 3.000 €.

⁶⁰ Según una encuesta realizada por la AGP en 2013, en el ámbito de la pequeña y mediana empresa, la participación en forma de cuentas supone el 41% del total de las experiencias de participación en el capital, seguida por la tenencia de acciones con un 16%, *vid.* SENDEL-MÜLLER, M., *Mitarbeiterbeteiligung als Baustein der Unternehmensfinanzierung*, Nomos, 2019, p. 284.

⁶¹ Es el caso, entre otras, de la emblemática sociedad gipuzkoana CAF S.A., cuyos trabajadores son titulares del 24,9% del capital a través de la sociedad Cartera Social S.A., de la que son accionistas; siendo Cartera Social SA la socia con mayor participación en CAF SA. *Vid.* <https://www.caf.net/es/accionistas-inversores/informacion-general/participaciones-significativas-autocartera.php>.

Si la participación se construye en base a las cuentas, las partes también deberán decidir si cada persona trabajadora es titular directa de la cuenta o si se constituye una sociedad que sea la partícipe de la empresa titular de la actividad económica. En este caso habrá que elegir la forma social (anónima, limitada, civil) y la forma en la que van a participar en la misma las personas trabajadoras⁶².

Hay que tener en cuenta que si el partícipe es una persona jurídica el rendimiento obtenido es un ingreso a efectos del Impuesto sobre Sociedades, de acuerdo con la Resolución Vinculante V0069-11 más arriba mencionada.

Si se opta una participación directa y siguiendo el modelo de las cuentas bilaterales, es decir, por constituir tantas cuentas como personas trabajadoras (en el caso de PYMEs con plantillas reducidas, por ejemplo), éstas pueden organizarse, en forma de sociedad civil interna⁶³, para defender sus intereses ante la sociedad gestora.

Pero quizá, la forma de gestión más simple sea del contrato plurilateral de cuentas en participación. Es lógico pensar en un único contrato entre la sociedad (gestora) y sus trabajadores partícipes. Cuando una empresa se plantea impulsar un programa de participación, no lo hará normalmente de forma unilateral, sino contando con los trabajadores y sus representantes, y parece razonable que la articulación de esa relación se haga de forma unitaria.

A falta de regulación en el Código, será el contrato el que pueda establecer la posibilidad de que los partícipes se reúnan en «junta» periódicamente para acordar todo aquello que sea necesario en defensa de sus intereses y para acceder a la información sobre la marcha de la empresa y su incidencia en las cuentas. Deberían recogerse asimismo las normas sobre convocatoria, plazos, forma, adopción de acuerdos, etc. De igual forma puede preverse la constitución de una comisión para la coordinación de los derechos de información, y en su caso de control, que se establezcan y para la relación con los órganos sociales de la sociedad empleadora⁶⁴.

En la negociación del contenido de ese contrato plurilateral habrán de tenerse en cuenta, también, los cambios de socios, esto es, las normas de admisión de nuevos partícipes y la salida de los que son parte de la relación. Nos

⁶² Existe también la posibilidad de que la sociedad intermedia la constituya la sociedad titular de la actividad y las personas trabajadores sean cuenta partícipes en la misma. Pueden consultarse ejemplos prácticos interesantes de la práctica alemana en SCHNEIDER, H.J., FRITZ, S., *Erfolgs und Kapitalbeteiligung. Vom Mitarbeiter zum Mitunternehmer*, 8.^a ed. 2018.

⁶³ DE EIZAGUIRRE, *op. cit.* p. 222. SCHMIDT, K., *MünchKomm HGB*, § 230 Rn. 85

⁶⁴ *Vid.*, KEUL, *MünchHdb*, § 76 StG, Rn 48-51; SCHMIDT, K. *MünchKomm HGB* § 233, Rn. 20-21.

parece suficiente, para la incorporación de nuevos trabajadores a las cuentas, que éstos cumplan con los requisitos establecidos en el contrato (antigüedad, relación laboral indefinida, etc.) y que no sea exigible el consentimiento de cada uno de los miembros de las cuentas para hacerla posible⁶⁵. El contrato de cuentas puede apoderar a la sociedad, o a sus representantes, para la formalización de los contratos con los nuevos trabajadores partícipes⁶⁶. Respecto de la salida, es también de la máxima importancia la previsión en el contrato de las causas y las condiciones en que aquella se pueda producir.

6. PRINCIPALES ASPECTOS A TENER EN CUENTA PARA CONFIGURAR LA RELACIÓN ENTRE LA SOCIEDAD TITULAR DE LA EMPRESA Y SUS TRABAJADORES

El consejo de administración (o el órgano de administración correspondiente) será el órgano competente para la celebración de un contrato de cuentas, dado que no supone un cambio en el contrato social, ni una modificación estructural, ni se recoge legalmente entre las competencias de la junta de socios, que harían necesario el previo acuerdo de la junta⁶⁷. Sin embargo, en el ámbito interno, sí puede defenderse que ese previo acuerdo de la junta sea necesario en la medida en que afecta al derecho de participación en los beneficios de los socios⁶⁸. En cualquier caso, el art. 161 de la Ley de Sociedades de Capital que, incluso en ausencia de disposición estatutaria, capacita a la junta para intervenir en asuntos de gestión impartiendo instrucciones a la administración o sometiendo a su autorización determinadas decisiones de los administradores, permite que sean los socios quienes tengan el control del establecimiento por la sociedad de un programa de participación para sus trabajadores.

El diseño de ese programa de participación debería hacerse contando con las propias personas trabajadoras y/o sus representantes. Si el objetivo de su

⁶⁵ Apunta, sin embargo, la necesidad de ese consentimiento MARTINEZ BALMASEDA, A., *op. cit.* p. 158-159.

⁶⁶ En la doctrina alemana, *vid.* KEUL, *MünchHdb.*, § 76 StG, Rn 52; SCHMIDT, K. *MünchKomm HGB* § 230, Rn. 85.

⁶⁷ En este sentido, WIEDEMANN, H., *Gesellschaftsrecht II*, p. 887; no así SCHMIDT, K., *MünchKomm HGB*, § 230, Rn.115, para el caso de cuentas atípicas (en las que al partícipe le corresponde una parte del patrimonio de la sociedad o un tiene derecho de veto en el ámbito de la gestión) celebradas por una sociedad de responsabilidad limitada, en el que sí sería necesario el acuerdo de la junta, salvo disposición de sus estatutos en otro sentido. Más tajantemente, KEUL, T., *MünchHdb.*, § 76, Rn 77, quien sí considera preciso el acuerdo de la junta. En Alemania la participación en una sociedad anónima sí exige, en cualquier caso, el acuerdo de la junta conforme a los §§ 292.1.2 y 293.1 AktG.

⁶⁸ WIEDEMANN, H., *Gesellschaftsrecht II*, p. 887; VERSE D., en SCHOLZ, *GmbHG*, § 29 *Anh. Konzernrecht*, Rn139.

implantación es alinearlas con los objetivos estratégicos de la empresa es importante comenzar con un signo que ponga de manifiesto que su voz se va a tener en cuenta.

A lo largo de este trabajo se ha subrayado en numerosas ocasiones el carácter flexible de las cuentas en participación y la necesidad de configurar contractualmente muchos de los aspectos de la relación entre la sociedad gestora y los trabajadores partícipes. Señalamos a continuación algunos de los más relevantes.

6.1. Determinación del círculo de personas que tendrá acceso al programa de participación.

Puede ofrecerse la participación a toda la plantilla, a trabajadores con contrato indefinido, con determina antigüedad (por ejemplo, 1, 3 o 5 años). O establecer un acceso escalonado para diversos colectivos, si bien los beneficios que se derivan de la participación se obtienen, sobre todo, si ésta alcanza a todas las personas trabajadoras. La discriminación puede generar frustración y malestar.

6.2. Financiación de la participación

Como se ha indicado más arriba⁶⁹, la participación en el capital (aquí entendido en sentido amplio) puede tener como antesala la participación en los beneficios, de forma que sea ésta la que, total o parcialmente, financie la aportación de los trabajadores. También algún tipo de prima extraordinaria por parte de la empresa puede contribuir a esa financiación. Lógicamente las personas trabajadoras pueden aportar bien parte de su salario, bien su patrimonio privado. Y pueden combinarse aportación de la empresa y de los trabajadores.

6.3. Cuantía de la participación

En el contrato debe fijarse la cuantía total de la aportación de los trabajadores partícipes, estableciéndose, en su caso, el volumen máximo o mínimo que deba alcanzar esa aportación global.

Debe definirse también la participación que corresponda a cada persona trabajadora, con los criterios de reparto en caso de que no sea igual para todos los partícipes.

⁶⁹ Aptdos. 2.1 y 4.

La respuesta dependerá del papel que la empresa quiera asignar a las cuentas en su esquema financiero y de la forma en que se financie la participación.

6.4. Criterios de reparto de los resultados

Como se ha señalado, el Código de Comercio es muy flexible en su regulación, dejando a la decisión de las partes la determinación del criterio de reparto de los resultados «prósperos o adversos» (art. 239)⁷⁰.

El beneficio según balance, el beneficio tras impuestos, el beneficio repartible, pueden servir de punto de partida para la determinación del derecho a percibir una retribución por la aportación a la cuenta⁷¹. Pueden también tenerse en cuenta otro tipo de parámetros o indicadores utilizados por las empresas para medir su rentabilidad, como el valor económico añadido (EVA), la rentabilidad económica (ROI) o la rentabilidad financiera (ROCE), entre otros. Sería importante en cualquier caso, explicar los criterios y sus implicaciones a las personas trabajadoras a las que se dirige el programa de participación.

Determinada la base, es preciso indicar el porcentaje que corresponderá a las cuentas. Puede establecerse una rentabilidad mínima y también una máxima⁷². Asimismo, el porcentaje puede variar en función del volumen total de beneficio⁷³.

Merece una mención especial la participación en las pérdidas. Históricamente la postura reacia de los sindicatos a participar en el capital de las empresas ha estado unida, también, al rechazo al doble riesgo que supone para los trabajadores que el fracaso de sus empleadoras suponga además de la pérdida del puesto de trabajo y la de sus ahorros en forma de inversión en la misma. Mitigar ese doble riesgo puede ser un incentivo para la participación.

Si la propia sociedad ha contribuido (a través de la participación en resultados o de primas abonadas a los trabajadores) a la financiación de las cuentas puede pensarse en limitar las pérdidas a esa cantidad. De esta ma-

⁷⁰ Vid. al respecto, por todos, MARTINEZ BALMASEDA, A., *op. cit.* p. 250 y ss.

⁷¹ SCHMIDT, K., *Gesellschaftsrecht*, p. 1858, subraya la importancia de aclarar cuál es el criterio a tener en cuenta.

⁷² En nuestra doctrina, MARTINEZ VALMASEDA, A., *op. cit.*, p. 142. En la alemana, entre otros, o SCHMIDT, K., *MünchKomm HGB* § 231 Rn. 9; o KEUL, T., *MünchHdb.*, § 86 StG, Rn 39.

⁷³ Una sencilla tabla que plantea esta graduación puede verse en la pág. 7 del siguiente documento publicado por la AGPeV: «Stillebeteiligung als Standardmodell für die Mitarbeiterbeteiligung für der Mittelstand»: https://agpev.de/wp-content/uploads/stille_beteiligung_standardmodell.pdf

nera los trabajadores no perderían la inversión realizada con sus propios recursos. El Código permite que se articulen fórmulas distintas para la distribución de ganancias y pérdidas, por lo que esa limitación sería posible. Como lo serían otras que podrán establecerse atendiendo al interés de ambas partes⁷⁴.

Las personas trabajadoras solo participarán en las pérdidas con la aportación realizada. Su cuenta puede tener sentido negativo en un momento, de forma que futuras ganancias se apliquen a la cobertura de las pérdidas. Pero no deberán realizar aportaciones adicionales ni restituir beneficios obtenidos para absorberlas⁷⁵.

En todo caso una política de transparencia en relación con la información económica y financiera de la empresa y con la perspectiva a futuro de la misma es un eficaz antídoto contra el miedo a esa participación en las pérdidas.

La fórmula más simple de distribución de los resultados entre las personas trabajadoras será la que tiene en cuenta el «capital» del que es titular cada una, aunque son posibles otras que gradúen ese reparto.

6.5. Momento y forma de retribuir el beneficio⁷⁶

Las posibilidades van desde el pago de la cantidad completa a la reinversión de la misma, pasando por un pago y una reinversión parciales (por ejemplo, un abono del 40% y una reinversión del 60%; también puede establecerse el pago superada una determinada rentabilidad, si esta se ha escalonado). Quizá la mejor opción sea esta última, porque combina la financiación de la sociedad con la consecución de un efecto continuo de motivación por parte de la plantilla, además de la formación de un patrimonio comple-

⁷⁴ MARTINEZ VALMASEDA, A., *op. cit.* p. 251, recoge la posibilidad de que la participación en las pérdidas y ganancias se haga en porcentaje distintos. «siendo habitual que está última sea inferior que la de las ganancias». En el mismo sentido DE EIZAGUIRRE, J.M., *op. cit.*, p. 238 o GUAL, M.A., *op. cit.*, p. 220 y s.

⁷⁵ En derecho alemán se recoge expresamente en el § 232 HGB, *vid.* al respecto SCHMIDT, K., *MünchKomm HGB*, § 232, Rn 31.

⁷⁶ Ya hemos señalado que el Código de Comercio parece regular una relación de carácter ocasional y para negocios concretos y no tanto una relación indefinida, que suponga una distribución periódica de los resultados. De ahí que el art. 243 establezca que «la liquidación se hará por el gestor, el cual, terminadas que sean las operaciones, rendirá cuenta justificada de sus resultados». Sin embargo, doctrina y jurisprudencia admiten que en las cuentas de carácter indefinido o estable esa rendición de cuentas se lleve a cabo anualmente *Vid.* PAZ-ARES, C., *Curso*, p. 607, para quien, cuando la cuenta se constituya para explotar una empresa con carácter duradero, «deberá el gestor practicar liquidaciones periódicas» que, a falta de pacto, se reputan anuales. En el mismo sentido, MARTINEZ VALMASEDA, A., *op. cit.* ps. 248-249.

mentario que ayuda a la consecución de una renta suficiente, en especial tras el cese de la vida laboral.

En cuanto al momento en que tenga lugar la distribución, lo más lógico será hacerlo una vez aprobadas las cuentas anuales, con ocasión del reparto de dividendos a los socios/accionistas.

6.6. Duración de la relación, resolución parcial y extinción⁷⁷

Si las cuentas son un instrumento para la participación de las personas trabajadoras en la empresa, que generan un efecto positivo en la financiación de la misma y un efecto de ahorro para aquellas, es razonable pensar que se constituyan con carácter indefinido, aunque puede establecerse un periodo de vigencia mínimo de la relación, por ejemplo, de 3, 5 o 10 años⁷⁸. Nada impide, lógicamente, que se pacte un determinado plazo de duración. Este es, nuevamente, un aspecto que dependerá de las características y necesidades de las partes y de los objetivos perseguidos por el programa de participación.

En especial si se ha optado por constituir una relación plurilateral de cuentas, es preciso formular causas de resolución que respondan a las necesidades específicas de las partes; tanto de las personas trabajadoras (finalización de la relación laboral, accidente, enfermedad, emprendimiento, etc.)⁷⁹, como de la sociedad (fusión, otras modificaciones estructurales, transmisión de la empresa, etc.)⁸⁰. Y ello con los concretos detalles de forma (verbal, por escrito), momento, antelación, etc.

Como ocurre con tantos otros aspectos de la regulación de las cuentas, las partes tienen una gran autonomía a la hora de ordenar el final de su relación, es por ello muy importante que se clarifique en el documento de constitución en que casos y condiciones se pondrá fin a la misma⁸¹.

⁷⁷ El Código no regula las causas de extinción de las cuentas, pero si las entendemos como la sociedad interna del tráfico mercantil, serán de aplicación las normas generales de disolución de las sociedades recogidas en los arts. 1700 y siguientes del Código Civil y 221, 222 y 224 del Código de Comercio. Este respecto, *vid.* PAZ ARES, C., *ob. cit.*, p. 608. El mutuo disenso, la denuncia unilateral, cuando se hayan pactado por tiempo indefinido, o por justa causa, cuando lo hayan sido con duración determinada, el transcurso del plazo previsto o el concurso de la sociedad, serán las principales causas de extinción en este ámbito.

⁷⁸ Sobre la posibilidad de limitar el derecho de denuncia unilateral en un tiempo determinado, *vid.* POLZER, A. *Münchener Hdb*, § 91 StG, Rn 6.

⁷⁹ Según las cuentas se hayan articulado como cuentas con pluralidad de partícipes o cuentas de dos socios, podrá hablarse de separación o extinción. Así, SCHMIDT, K., *Münchkomm HGB* § 234, Rn 2.

⁸⁰ Acerca de las modificaciones estructurales como causa de extinción, *vid.* SCHMIDT, K., *Münchkomm HGB*, § 234, Rn 22 y ss.

⁸¹ Sobre esa autonomía respecto de la extinción, WIEDEMANN, H., *Gesellschaftsrecht*, p. 904.

Una vez extinguida la relación, la sociedad debe proceder a su liquidación y satisfacer a los trabajadores la cuota de liquidación que les corresponda⁸². Hay que tener en cuenta que esa cuota no se corresponde con el capital aportado, sino que es el producto de la liquidación mencionada en el art. 243 del Código. Además del capital aportado, habrán de tenerse en cuenta las eventuales pérdidas sufridas, así como los beneficios no retribuidos hasta el momento. Los trabajadores no participan, en principio, del eventual incremento de valor de la empresa⁸³.

Debería regularse la forma en que tendrá lugar, si a plazos (para no afectar negativamente a la liquidez de la empresa) o en un único pago. En el primer caso, los plazos deberían completarse en un periodo razonable para las personas trabajadoras.

6.7. Derechos de información y codecisión de los trabajadores-partícipes

Como ya se ha señalado, el Código parece excluir a los partícipes de la tarea de gestión o administración, que queda en manos del socio gestor, en este caso de la sociedad titular de la empresa⁸⁴. Sin embargo, doctrina y jurisprudencia admiten que los partícipes puedan colaborar en la gestión, aunque sea exclusivamente en el ámbito interno⁸⁵. Cuando las cuentas sirven a la participación de las personas trabajadoras en la empresa es lógico, y recomendable, que exista algún tipo de interlocución con los trabajadores partícipes que permita hablar de un proyecto compartido. La participación en la gestión no implica necesariamente participación en los órganos societarios, pero sí interacción entre las personas trabajadoras y la dirección de la empresa. Esa participación puede ser directa o indirecta (a través de sus representantes) y formal o informal (participación en el establecimiento de metas, en la solución de problemas, en el desarrollo e implantación de cambios en la organización, etc.).

Especial relevancia tiene en este ámbito el derecho de información, que el Código tampoco regula expresamente, aunque se entiende que los derechos participación en los resultados y el derecho a la cuota de liquidación del

⁸² La liquidación procede igualmente cuando un partícipe «sale» de la relación plurilateral de cuentas

⁸³ Al respecto, WIEDEMANN, H., *Gesellschaftsrecht*, p. 908, SCHMIDT, K. *MünchKomm HGB*, § 235, Rn 26 y concordantes.

⁸⁴ MARTINEZ VALMASEDA, A., *op. cit.*, p. 200 y ss.

⁸⁵ *Ibidem* p. 263 y ss. Sobre la posibilidad de arbitrar derechos de oposición o de autorización para determinados operaciones o negocios, o con carácter general, FERNANDEZ DE LA GÁNDARA, L., *op. cit.* p. 300.

partícipe presuponen ese derecho de información⁸⁶. El art. 243 del Código sí recoge la obligación de rendición de cuentas del gestor, aunque en principio «terminadas que sean las operaciones». Si bien, como se ha señalado, doctrina y jurisprudencia reconocen la existencia de un derecho a la rendición de cuentas periódica.

Dada esta falta de regulación, es importante recoger, en el proyecto de participación que se articula por medio de las cuentas, cuál será el contenido concreto del derecho de información. Como se ha avanzado, si no hay previsión al respecto puede entenderse que resulta aplicable analógicamente el art. 150 del Código⁸⁷, con lo que los trabajadores tendrían derecho a examinar el balance, con sus antecedentes y documentos precisos para comprobarlo. Pero sería recomendable ampliar ese derecho y prever una información de una periodicidad mayor o extenderla a decisiones económicas de calado para la marcha de la empresa, de forma que los trabajadores sean conocedores de la situación de la misma.

Estos derechos de información pueden ser ejercitados por los representantes de los trabajadores que se designen al efecto, por algunos de ellos, y pueden contar con técnicos que les permitan analizar y entender la trascendencia de los mismos.

6.8. Eventual constitución de una sociedad intermedia

También se ha señalado anteriormente que la participación financiera de los trabajadores, a través de las cuentas, puede ser directa, siendo cada trabajador partícipe de su sociedad empleadora, o puede constituirse una sociedad intermedia que sea la partícipe. Esa sociedad puede ser una sociedad civil, una sociedad de responsabilidad limitada o incluso una anónima. Por otra parte, esa sociedad intermedia puede ser constituida por la sociedad empleadora y las personas trabajadores pueden ser también partícipes de esta sociedad intermedia. Las fórmulas son muy variadas.

7. CONCLUSIONES

La Estrategia Europa 2020 tuvo como objetivo garantizar que la recuperación económica de la Unión Europea, después de la crisis económica y financiera de 2008, recibiera el apoyo de una serie de reformas para cons-

⁸⁶ MARTINEZ VALMASEDA, A., *op. cit.*, p. 269. Para FERNANDEZ DE LA GÁNDARA, L., Las cuentas, p. 299, el reconocimiento del derecho de información deriva de la condición misma de socio, de conformidad con el art. 173 del Código.

⁸⁷ MARTINEZ BALMASEDA, A., *op. cit.*, p. 271.

truir unas bases sólidas de crecimiento y la creación de empleo de la UE hasta 2020.

Entre las metas perseguidas por la misma se encontraba el incremento del nivel de participación de las personas trabajadoras en sus empresas, como fórmula para asegurar la competitividad de la economía europea a nivel mundial porque se entiende que es un instrumento de generación de riqueza, incremento de la productividad y de la cohesión social.

Aunque no pueda hablarse de un excesivo éxito, el interés por la participación se ha visto incrementado en los últimos años en diversos estados de la Unión, con experiencias valoradas muy positivamente tanto por las empresas como por sus trabajadores.

La participación financiera fortalece el nivel de fondos propios de la empresa y genera un patrimonio que garantiza a las personas trabajadoras una renta suficiente, también de cara al futuro. Algo que se consigue por medio de una mayor identificación de los trabajadores con su empresa y con ello de su motivación, lo que fomenta su cultura empresarial y la cooperación con la propiedad.

Las fórmulas de participación posibles son muy variadas. En este trabajo se ha explorado una en concreto, la de las cuentas en participación, de la que no se ha hecho mucho uso en nuestro país hasta el momento, pero que puede ser adecuada para cualquier tipo de empresa, en especial societaria, por su sencillez y su flexibilidad.

Dada la parca regulación que nuestro Código de Comercio hace de las cuentas en participación, es fundamental adaptar esa normativa, y concretar las opciones que ofrece, a las características y a las circunstancias de cada empresa que plantee un proyecto de participación.

Nos parece apropiado que la empresa formalice unas únicas cuentas de participación con una pluralidad de trabajadores partícipes, que podrán organizarse para garantizar el ejercicio de sus derechos como tales. Es necesario que se recoja, haciendo uso de la opción que tanto doctrina como jurisprudencia reconocen, un derecho de información reforzado para los partícipes, así como derechos de participación en la toma de decisiones (participación en el establecimiento de metas, en la solución de problemas, en el desarrollo e implantación de cambios en la organización, etc.).

La flexibilidad que caracteriza a las cuentas en participación es un importante valor que, al mismo tiempo, exige de una labor seria de estudio, discusión, negociación y explicación que posibilite que la relación de participación establecida alcance los objetivos deseados por las partes.

Por otro lado, sería deseable que, tal y como ha sugirió la Comisión Europea en 2002, se aprobaran incentivos financieros y fiscales que pudieran hacer los planes de participación más atractivos tanto para las empresas como para las personas trabajadoras.

Operaciones vinculadas y grupos de sociedades

Cándido Paz-Ares

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid¹

Sumario: 1. Introducción.—2. Operaciones vinculadas y conflicto de interés.—3. Modelo de regulación de la autocontratación y regla de la abstención.—4. Incompatibilidad entre regla de abstención y economía de los grupos.—5. La estrategia errada: la negación del conflicto de interés.—6. Transformación de regla de propiedad en regla de responsabilidad.—7. Transacciones estructurales.—8. Las transacciones ordinarias.—9. Las transacciones extraordinarias.

1. INTRODUCCIÓN

Identificar los trazos maestros y hacer inteligible el régimen jurídico de las operaciones vinculadas. Este es el objetivo de la presente disertación, que aborda la materia desde la óptica particular de los grupos de sociedades. El interés de este enfoque estriba en que permite contraponer y, a partir de ahí, discernir con claridad los dos grandes modelos de regulación de las operaciones vinculadas que observamos en la experiencia jurídica: el modelo general,

¹ Entrego estas páginas a la memoria de mi querido amigo y admirado colega Josemari Eizaguirre añorando nuestras conversaciones donostiarras sobre los títulos-valor y otras maravillas que nos ha dado o nos hemos encontrado en ese prodigioso pozo sin fondo que es el derecho mercantil. Las páginas en cuestión traen causa de la conferencia dictada el 21 de noviembre de 2019 en el Colegio Notarial de Madrid, dentro del curso académico 2019-20 de la Academia Matritense del Notariado. Posteriormente, han sido actualizadas para tomar en consideración el Proyecto de Ley de reforma de la Ley de Sociedades de Capital y otras normas financieras, mediante el cual se traspone la Directiva 2017/828 sobre implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas (en adelante, el «Proyecto»). El Proyecto, ha sido aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión del pasado 14 de julio de 2020, reproduce sustancialmente el Anteproyecto elaborado por los Ministerios de Economía y de Justicia, cuya versión de 2 de marzo de 2020 fue examinado por el Consejo de Estado. El dictamen del alto órgano consultivo fue emitido con fecha de 11 de junio de 2020.

basado en la regla de propiedad y el modelo especial, basado en la regla de responsabilidad. Nuestra hipótesis es, *grosso modo*, que el primero resulta aplicable a la generalidad de los supuestos mientras que el segundo debe reservarse para las transacciones intragrupo.

La exposición que sigue se efectúa tanto desde la perspectiva *de lege lata* (es decir, de la interpretación o reinterpretación del derecho en vigor), como desde la perspectiva *de lege ferenda*, en la que se presta atención especial al derecho proyectado con motivo de la transposición al ordenamiento interno de la Directiva 2017/828. Arranca con la primera perspectiva y termina con la segunda con el propósito de mostrar la confluencia o continuidad entre el punto de vista positivo y el punto de vista normativo.

2. OPERACIONES VINCULADAS Y CONFLICTO DE INTERÉS

Operaciones vinculadas son operaciones realizadas por la sociedad con sujetos que tienen capacidad de influir sobre sus decisiones. Me refiero básicamente a los accionistas significativos y a los administradores (o personas económicamente equiparables como son sus familiares próximos o las entidades por ellos controladas: v. art. 231 LSC)². Las operaciones vinculadas se caracterizan así por la inherencia del conflicto de interés. El conflicto es inherente porque, cuando una parte de la transacción tiene influencia sobre la contraparte, el riesgo de que la utilice para avanzar el interés propio, en lugar de para promover el ajeno (como debería), es inevitable. El problema es semejante al que se presenta en el caso clásico de la autocontratación o de la doble representación, en el que alguien decide sentado a ambos lados de la mesa de negociación.

En los grupos de sociedades el problema se produce siempre que se celebra una transacción entre la matriz (o cualquier otra sociedad del grupo dirigida por ella) y una filial. Cuando la matriz le compra a la filial un producto intermedio o un inmueble o el derecho a usar una marca (como ocu-

² Al lado de los accionistas significativos y de los administradores podrían mencionarse también, en cuanto personas con capacidad de influir sobre las decisiones de la sociedad, a sus altos directivos o ejecutivos, como hace la NIC 24 a que remite el nuevo art. 529.vicies.1 LSC previsto en el Proyecto en materia de cotizadas. Si el art. 231 LSC (reformado por el Proyecto) no hace lo propio es porque en ese precepto no se recogen en rigor las personas vinculadas a la sociedad, sino las personas vinculadas a los administradores. La cuestión debería resolverse y esta pequeña laguna subsanarse extendiendo expresamente a todos los altos directivos —a las personas clave de la organización— las obligaciones derivadas del deber general de lealtad, como propuse en su momento (cfr. C. Paz-Ares, *Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo*, Fundación de Estudios Registrales, Madrid 2007, pp. 42-43 y 138). En la actualidad, la extensión solo alcanza al primer ejecutivo de la sociedad cuando no es consejero (v. art. 236.4 LSC).

rrió en el célebre caso de la *Central Lechera Asturiana*³), su interés en pagarle el precio más bajo posible colisiona con el de la filial en obtener el más alto. En estos contratos o en cualesquiera otros, lo que una gana, lo pierde la otra. Son juegos de suma cero. El conflicto está, como digo, *in re ipsa*, puesto que la matriz, por definición, tiene influencia sobre la filial. Esa influencia se despliega unas veces directamente y las más de las veces indirectamente.

Se despliega *directamente*, por medio del ejercicio del derecho de voto de que dispone la matriz como accionista de control, cuando la transacción tiene que ser aprobada en la junta de la filial. Aquí el conflicto es patente. Y se despliega *indirectamente*, a través de la intervención de los administradores dominicales —los administradores designados por la matriz—, cuyo incentivo natural es favorecer al *dominus*, cuando la transacción tiene que ser aprobada por el órgano de administración de la filial. Concedo que ahora el conflicto no es patente, sino latente, pero a pesar de ello no menos relevante.

A mi juicio, no solo es «impepinable» fácticamente, sino también indiscutible jurídicamente que el administrador dominical está contaminado por el conflicto de interés de su *dominus*, no solo en las sociedades cotizadas (donde el legislador lo ha reconocido expresamente desde hace algún tiempo: v. art. 529-ter h) LSC), sino también en las no cotizadas. Es cierto que aquí el legislador es menos elocuente (los administradores dominicales —o, mejor dicho, los *domini* a quienes representan— no aparecen listados en la definición de personas vinculadas del actual art. 231 LSC), pero es suficientemente elocuente si combinamos dos datos entre sí —que el legislador confiere al administrador dominical una suerte de representación económica de los intereses del *dominus* (art. 529-duodecies.3 LSC) y que el legislador califica de conflicto de interés tanto el que se tiene por cuenta propia como el que se tiene por cuenta ajena (v. art. 228 e) *in fine* LSC)— y luego los contrastamos con la experiencia e intuición común, que ponen de relieve que el consejero dominical es el canal de influencia —o la correa de transmisión— del *dominus*. La jurisprudencia no ha dudado en reconocerlo antes incluso de que todas estas normas pasaran a formar parte en 2014 de la Ley de Sociedades de Capital, en casos famosos como el de Iberdrola/ACS o FCC/Acciona⁴. El Proyecto zanja cualquier duda que pudiera sub-

³ SJM Oviedo 9-I-2014 (JUR 102597/2015).

⁴ V. STS 12-XII-2014 (RJ 6461/2014) y SAP Barcelona 14-XII-2005 (AC 12/2007) y, sobre todo ello, más detalladamente, C. Paz-Ares, *Identidad y diferencia del consejero dominical*, Fundación de Estudios Registrales, Madrid 2019, pp. 129 ss.; v. también N. Iraculis, «Acuerdos sobre operaciones con partes vinculadas: formulación del conflicto “relevante” en la prohibición de voto en la sociedad filial del administrador designado por la matriz», *RdS* 56 (2019), pp. 121 ss; para una aproximación crítica a la propagación al administrador dominical del conflicto transaccional de su *dominus* v., en la literatura más reciente, N. Latorre, «Las operaciones vinculadas entre la sociedad y sus socios: influencia y participación del ac-

sistir añadiendo una nueva letra e) al art. 231.1 LSC en la que se contempla expresamente como personas vinculadas al administrador a «*los socios representados por el administrador en el órgano de administración*».

Antes de proseguir es oportuna una precisión importante. Cuando la filial está participada íntegramente —al 100%— por la matriz, el conflicto de interés desaparece porque en este caso, en rigor o realidad, no hay dos partes, solo una desdoblada. Las operaciones que medien entre ellas no son pues, a efectos societarios al menos, *operaciones vinculadas*. No hay operaciones vinculadas en los grupos planos. Estas sólo pueden sustanciarse en los grupos piramidales, cuando en la filial hay accionistas distintos de la matriz. Y es que en realidad —si miramos detrás del espejo— el conflicto es el que se produce entre el interés de los accionistas de la matriz y el interés de los accionistas externos de la filial toda vez que ambos aspiran a lo mismo, que es maximizar su participación en el excedente de la transacción. No hacía falta decirlo, pero no está mal o de más que se diga, como hace el Proyecto en la letra a) del art. 529-*vicies*.2 LSC.

3. MODELO DE REGULACIÓN DE LA AUTOCONTRATACIÓN Y REGLA DE LA ABSTENCIÓN

Planteado en estos términos, el problema de las operaciones vinculadas intragrupo parecería que puede solventarse fácilmente, limpiamente, geométricamente apelando a un modelo regulativo bien conocido por todos ustedes. Me refiero al modelo regulativo de la autocontratación y de la doble representación, basado en la prohibición de intervenir, en el deber de abstención. La regla es muy simple: la sociedad matriz o los administradores dominicales que la representan en la filial han de inhibirse de participar (aquella en la junta de la filial y estos en su órgano de administración) en relación a cualquier decisión que tenga por objeto la aprobación de operaciones vinculadas intragrupo, es decir, operaciones entre esa filial y la matriz (u otra sociedad del grupo).

Esta es también la solución que en principio reclama la aplicación de la normativa general societaria: en relación a los administradores dominicales de la matriz en la filial, los arts. 228 c) y e), 230.2 y 529-*ter* h) LSC

cionista implicado en la transacción», RDMV 26 (2020), pp. 5 ss. y *El control de las operaciones vinculadas en la sociedad cotizada*, Marcial Pons, Madrid 2020, pp. 156 ss. En mi opinión, la autora no valora suficientemente el significado que tiene la creación legislativa de la categoría de «consejero dominical» ni pondera adecuadamente que el supuesto de hecho «conflicto de interés» constituye un tipo de peligro abstracto ni, en fin, tiene en cuenta la relevancia que el legislador atribuye al llamado «sesgo estructural», de lo que ofrece buena prueba el art. 226.2 LSC.

y, en relación a la participación de la propia matriz en la junta de la filial, una determinada interpretación del art. 190.1 LSC, por ejemplo, la que realizó la STS 26-XII-2012 (RJ 1255/2013) y, de cara al futuro, la que podría imponer la Directiva 2017/828, en proceso de trasposición, cuyo art. 9-*quater*.4 III dispone que «cuando en operaciones con partes vinculadas participe [...] un accionista, este no participará en la aprobación y votación»⁵.

De acuerdo con este modelo regulativo, la decisión no puede ser adoptada o en su adopción no pueden participar sujetos conflictuados. Estos quedan fuera de la ecuación. La decisión corresponde sólo, en el consejo de la filial, a los administradores no dominicales (los administradores independientes en el sentido del art. 230 LSC o vinculados a la minoría), y en su junta, a los accionistas externos. Es por tanto la minoría y no la mayoría quien está llamada a decidir. No en vano la regla de la abstención se conoce también como *regla de la mayoría de la minoría* o regla MdM.

El círculo se cierra con una regla de reserva de competencia que impide que las operaciones vinculadas, con independencia de su índole y cuantía, puedan ser aprobadas por instancias inferiores de la organización (por ejemplo, por el consejero delegado o por los directivos o apoderados de la sociedad). La normativa es clara: o bien son aprobadas por la junta, cuando le corresponda por su naturaleza o importe o por no haber administradores «independientes» que puedan hacerlo en el órgano administrativo (art. 230.2 LSC) o bien son aprobadas por el consejo de administración (ya que la ley las cataloga como materia indelegable de este órgano: arts. 249-*bis* c) y 529-*ter*.1 h) LSC). *Tertium non datur*.

Sólo se excluyen de la reserva de competencia y del deber de abstención las operaciones que, por hacerse en condiciones predeterminadas para la generalidad de los clientes o contrapartes, no presentan conflicto de interés (arts. 229.1 a) y 529-*ter*.1 h) LSC⁶). La excepción es de nuevo congruente con el modelo regulativo de la autocontratación y de la doble representación,

⁵ El párrafo IV del citado art. 9-*quater*.4 contiene una previsión bajo la cual podría dejarse participar al accionista en la votación de la junta, pero la verdad es que no le vemos contenido, pues al final también declara que, en cualquier caso, habrá de impedirse «que la parte vinculada apruebe la operación a pesar de la opinión contraria de la mayoría de los accionistas que no sean partes vinculadas». Como ha observado Alfaro, esto equivale a privarles de voto, puesto que operacionalmente, cuando se revela propiamente necesario para adoptar la decisión, su voto queda privado de valor (v. también G. Guerra Martín, «El régimen de las operaciones vinculadas en la Directiva 2017/828 y su eventual impacto en el ordenamiento español», en *Estudios homenaje F. Rodríguez Artigas y G. Esteban Velasco*, vol. II, Thomson Reuters, Cizur Menor 2017, p. 328).

⁶ La previsión del art. 529-*ter*.1 h) LSC se desplaza, en el Proyecto, al art. 529-*duovicies*.4 b) LSC, cuya única novedad está en exigir que el importe de la operación no exceda del 0,5% de la cifra de negocios de la sociedad cuando la norma originaria fijaba el umbral en el 1%.

en las que la prohibición de contratar no se aplica cuando el contrato *cum se ipso* —la cita es de Díez-Picazo— «*se articula o estructura de manera que quede excluida totalmente la posibilidad del conflicto de interés entre el representante y el representado*»⁷.

4. INCOMPATIBILIDAD ENTRE REGLA DE ABSTENCIÓN Y ECONOMÍA DE LOS GRUPOS

La regla de la abstención ejerce la fascinación de las reglas simples, de reglas tan simples y familiares como la que desde tiempo inmemorial regulan el autocontrato. Con carácter general no parece objetable en relación a las operaciones vinculadas que realiza una sociedad independiente con sus accionistas significativos o sus administradores, que casi por definición son aisladas y coyunturales. En este ámbito puede decirse que la abstención es congruente con los objetivos de la *gobernanza corporativa*, que tiene que estructurarse a fin de evitar o minimizar los llamados costes de agencia derivados de la separación de propiedad y control o, si se prefiere, el riesgo de desviación de valor de la esfera social (a repartir entre todos los accionistas, incluidos los accionistas externos) a la esfera individual de los *insiders* con capacidad de influencia.

No es nada claro, sin embargo, que la regla de la abstención ofrezca una solución sensata en el ámbito de los grupos de sociedades, porque aquí las operaciones vinculadas son recurrentes o estructurales, forman parte de la dinámica ordinaria de la empresa policorporativa, cuya ventaja reside precisamente en establecer un sistema de *gobernanza contractual* (un conjunto de incentivos, salvaguardas y mecanismos de resolución de disputas) que reduce el coste de contratar en el mercado y facilita, de manera especial, la formación y mantenimiento de relaciones comerciales e industriales a largo plazo. Como forma de organización empresarial, los grupos nacen precisamente para eso, para contratar internamente y así integrar el proceso de producción repartido jurídicamente entre las filiales.

Si el origen de la empresa, de acuerdo con la célebre hipótesis de Coase, radica en los costes de transacción —la empresa surge cuando se advierte que los costes de producir se minoran sustituyendo el mercado y el sistema de precios por la autoridad como mecanismo de coordinación⁸—, bien puede sostenerse que la razón de ser de los grupos es de naturaleza similar. Estos surgen para economizar en costes de transacción sustituyendo el mercado externo por el mercado interno, que permite una forma de coordi-

⁷ L. Díez-Picazo, *La representación en derecho privado*, Civitas, Madrid 1979, p. 212.

⁸ V. R. H. Coase, «The Nature of Firm», *Economica* 4 (1937), pp. 386 ss.; trad. esp. en R. H. Coase, *La empresa, el mercado y la ley*, Alianza, Madrid 1994, pp. 33 ss.

nación híbrida. Naturalmente, esta nueva forma de coordinación no puede prescindir de algún elemento de autoridad o centralización (alternativamente volveríamos al mercado externo, cuyos costes son cabalmente los que tratan de evitarse) y demanda además una cierta liberalización del mercado interno —de capitales, de productos, de trabajo, etc.— al objeto justamente de posibilitar las transacciones vinculadas para las que a menudo se constituye el grupo. No es necesario encarecer la importancia de estas transacciones. Para hacerse una idea de las magnitudes reales del fenómeno bastará con indicar que una parte sustancial del comercio internacional —exactamente, un tercio— se sustancia precisamente a través de operaciones vinculadas o intragrupo⁹.

No puedo detenerme ahora sobre esto, seguramente no hace falta. Es llano o manifiesto que la regla de la abstención, aunque pueda ser coherente con la *gobernanza corporativa*, resulta incoherente con la *gobernanza contractual* de los grupos, que representa su genuina razón de ser. La regla de la abstención hace talmente prohibitiva la contratación interna que acaba minándola o privándola de valor. Pronto examinaremos la tipología de los costes de transacción que producen esos efectos. En este momento, para advertir la inconveniencia de la regla de la abstención, bastará con observar que funcionalmente equivale a trasladar la decisión a los *outsiders* —a los accionistas externos y a los administradores no dominicales de la filial—, que carecen de la información y de los incentivos precisos para dirigir los procesos empresariales. El resultado de su aplicación es despojar a los *insiders* —en definitiva, directa o indirectamente, a la matriz— de su capacidad de planificación y coordinación estratégica, que es justamente lo que caracteriza el grupo de sociedades y permite la gobernanza contractual.

Solo los taxidermistas, un tipo de juristas que remueven las tripas y drenan la sangre o savia viva del derecho, interesados como están en preservar únicamente su forma, no su sustancia o funcionalidad, se obstinan en aplicar la regla de la abstención a los grupos.

5. LA ESTRATEGIA ERRADA: LA NEGACIÓN DEL CONFLICTO DE INTERÉS

Justo es reconocer sin embargo que, con escasas excepciones, el grueso de la doctrina comparte nuestro diagnóstico y, en definitiva, la improcedencia de aplicar la regla de la abstención a las operaciones vinculadas intragrupo incluso bajo el derecho vigente. Son buenas noticias porque así se

⁹ El cálculo lo ha hecho la UNCTAD sobre el ejercicio 2015; tomo el dato del informe «Arm's–Length Trade: A Source of Post–Crisis Trade Weakness», en *Global Economic Prospects* (june 2017).

preserva la integridad de la *governanza contractual* del grupo. De lo contrario — cito un testimonio al azar— «*el fenómeno y funcionalidad de los grupos [...] quedarían gravemente comprometidos*»¹⁰.

El problema de la doctrina que prevalece reside en la estrategia seguida para orillar el escollo y desactivar la regla de la abstención y los preceptos en torno a los que se articula, incluida la reserva de competencia. Claramente no es de recibo. La treta consiste en negar la existencia o la relevancia del conflicto de interés en las operaciones intragrupo apelando para ello al reconocimiento legal del interés del grupo¹¹.

A tal efecto se arguye en primer lugar que toda la normativa relevante ha de ser reinterpretada en función del interés del grupo. Hay que evitar —se nos dice— «una interpretación meramente formal del conflicto de intereses *stricto sensu*»¹². No puede considerarse portador de un interés extrasocial —se añade— al administrador de la sociedad filial por perseguir el interés del grupo, que forma parte también de su deber¹³. En la medida en que la idea de interés de grupo determina la existencia de una suerte de «comunidad de interés», el conflicto queda conceptualmente excluido. En otras palabras, al dilatarse la noción de interés social para comprender dentro de ella la noción más amplia de interés de grupo, «la operación realizada en interés del grupo cesaría de ser técnicamente una operación en ‘conflicto de interés’ y no cebaría las cargas procedimentales específicas previstas por la normativa societaria y, específicamente, la regla de la abstención».

El argumento se refuerza acudiendo a la idea del *balance general*, la médula de la teoría de las ventajas compensatorias, respaldada ahora por la ju-

¹⁰ J. M. Serrano Cañas, *El conflicto de interés en la administración de sociedades mercantiles*, Collegio di Spagna, Bolonia 2008, p. 466; muchos otros autores realizan juicios similares (v., por ej., L. Fdez. del Pozo, «Las operaciones vinculadas intragrupo. Estado de la cuestión en el derecho español y necesidades de su reforma», RDBB 149 (2018), pp. 37-39).

¹¹ Otra estrategia con efectos similares consiste en negar que el administrador dominical esté conflictuado en las transacciones de la sociedad con su *dominus*, so pretexto de que el caso no parece mencionado en el art. 231 LSC, cuya lista se considera *numerus clausus* (v. referencias suficientes en Latorre, RDMV 26 (2020), pp. 6 ss.).

¹² Así, por ej., Serrano Cañas, *Conflicto de interés*, p. 466.

¹³ M. Fuentes Naharro, «Conflictos de interés en grupos de sociedades. Reflexiones a propósito de la STS de 12 de abril de 2007», Rds 30 (2018), pp. 2914-2915; M. Fuentes Naharro, *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*, Civitas, Cizur menor 2007, pp. 220 y 157; N. Iráculis, «Interés del grupo y daño patrimonial por acatamiento de una instrucción ilegítima: responsabilidad por negligencia de los administradores de la sociedad dominada», Rds 49 (2017), pp. 120-121; menos asertivos, J. M. Embid, «Pautas de análisis y tratamiento de los conflictos de intereses en los grupos de sociedades» en A. Paciello (a cura di), *La dialettica degli interessi nella disciplina della società per azioni*, Napoli 2011, pp. 199 ss.; J. J. Pérez Benítez, «Perjuicio patrimonial, interés de grupo y rescisión de garantías otorgadas en la financiación de grupos de sociedades», RDCP 19 (2013), p. 162; etc.

risprudencia, singularmente en el caso *Alphaspray*¹⁴. El juicio que se pide a los administradores es un juicio de equidad global (*overall fairness*) y, consiguientemente, no se proyecta sobre cada transacción singular, sino sobre la política del grupo en su conjunto. Se prescinde así del enfoque basado en la transacción (*transaction-centered approach*). Esta circunstancia justifica también la inaplicación de las normas sobre conflictos de intereses, que presupone una aproximación al problema basada en cada transacción individual. Existiría, así pues, algo así como una incompatibilidad estructural entre la doctrina de las ventajas compensatorias (balance general) y las normas societarias sobre conflictos de interés (balance particular).

El razonamiento se cierra con la invocación del mandato imperativo al que se supone están sujetos los administradores dominicales de la matriz. Dado que el administrador de la filial obra en cumplimiento de instrucciones vinculantes, su conducta es debida, no discrecional. Consiguientemente, tampoco hay lugar para el conflicto de intereses.

Este planteamiento tiene los pies de barro. En nuestro derecho no está reconocido el interés del grupo como un interés superior al interés social ni, a partir de ahí, tampoco la teoría de las ventajas compensatorias ni el mandato imperativo sobre los que se basa la tesis de la ausencia o irrelevancia del conflicto de interés. En un libro reciente he tratado de demostrar que un derecho de grupos así concebido tiene una base más legendaria que real. Por ello, no puedo ver en la argumentación esgrimida para negar el conflicto de interés más que una maniobra de encubrimiento. No logra ni puede lograr su objetivo porque el conflicto de interés en las transacciones intragrupo es inculcable, ineliminable, inevitable¹⁵.

La doctrina predominante salva ciertamente la *gobernanza contractual* de los grupos, pero al alto precio de sabotear la *gobernanza corporativa*, cuya misión es proteger los intereses de los accionistas externos frente al riesgo de desviación de valor hacia la matriz y, en definitiva, preservar la integridad de la causa del contrato de sociedad, que se cifra en perseguir el interés social y no el interés del grupo. El sabotaje de la gobernanza corporativa es consustancial a la negación del conflicto de interés, pues implica: (i) desaplicar todas las normas de procedimiento sobre las que reposa la técnica de la abstención sin ofrecer de reemplazo una protección equivalente; (ii) restablecer la vigencia de la *business judgment rule* o regla de protección de la discrecionalidad; y (iii) dificultar la justiciabilidad de los abusos: no pudiendo impugnarse los acuerdos (sean de junta o de consejo) por infracción de ley con la fácil demostración de que no se ha observado el procedimiento

¹⁴ STS 11-XII-2015 (RJ 5440/2015).

¹⁵ C. Paz-Ares, *¿Derecho común o derecho especial de grupos? Esa es la cuestión*, Civitas, Madrid 2018, pp. 185-235.

reglado de la abstención, no queda más remedio que hacerlo por infracción del interés social. Los minoritarios se enfrentarán así a una tarea hercúlea. Sobre ellos pesa la carga de la prueba, que salvo casos escandalosos, no podrán absolver contra el escudo protector de la sociedad matriz amparada por la regla de la deferencia y de sus dominicales en la filial amparados por la regla de la discrecionalidad empresarial, una y otra proyectadas sobre el grupo y su interés superior. En definitiva, el resultado no es otro que un regalo para los *insiders*, que de este modo ven ampliado injustificadamente su margen de inmunidad o impunidad.

6. TRANSFORMACIÓN DE REGLA DE PROPIEDAD EN REGLA DE RESPONSABILIDAD

Nada de esto es admisible. Está bien preservar la *gobernanza contractual* de los grupos, pero no a costa de hacer trizas y volatilizar la *gobernanza corporativa*. El conflicto de interés subsiste. La terquedad o tenacidad del hecho no puede desconocerse. La solución no consiste por tanto en abrogar en el ámbito de los grupos la *regla de la abstención*, que proporciona un mecanismo especial o reforzado de protección de los accionistas externos. La solución consiste en transformarla en una regla de protección igualmente reforzada, pero de otra índole. Llamaré a esa regla transformada *regla de la inversión*. Con ella se encuentra el debido equilibrio entre la efectividad de la *gobernanza corporativa* (medida en función de su capacidad para impedir transacciones que redistribuyan valor) y la eficiencia de la *gobernanza contractual* (medida en función de su capacidad para facilitar transacciones que produzcan valor ahorrando costes de transacción). La transformación de la regla de abstención en regla de inversión obedece a la lógica general de la transformación de las reglas de propiedad en reglas de responsabilidad. En términos muy resumidos, una *regla de propiedad* se basa en la idea de que la invasión u obtención del derecho de la contraparte (parcial o total, transitoria o definitiva) solo es posible con su consentimiento. Por eso decimos que la *regla de la abstención* es una regla de propiedad, porque la transacción sólo puede llevarse a efecto con el consentimiento de la contraparte real: en nuestro caso, de los accionistas externos o los administradores de la filial no dominicales o independientes de la matriz.

La *regla de la responsabilidad* brinda en cambio la posibilidad de invadir u obtener (total o parcialmente, transitoria o definitivamente) el derecho de la contraparte imponiéndole la transacción, siempre y cuando sus términos vengan fijados por un tercero imparcial, normalmente el juez. La *regla de la inversión* es una regla de esta índole porque, en homenaje a la gobernanza contractual, permite a la matriz imponer la transacción a la filial, pero en el bien entendido de que sus términos son claudicantes porque los defini-

tivos serán fijados por el juez, y esto es justamente lo que permite preservar la gobernanza corporativa. Este objetivo se logra disponiendo que si no ha habido consentimiento de la mayoría de la minoría, si efectivamente la operación fue impuesta haciendo uso los *insiders* de su capacidad influencia sobre la filial, el acuerdo se presumirá contrario al interés social. La llamamos *regla de la inversión* porque, contra la norma general, invierte la carga de la prueba, de manera que la transacción no prosperará a no ser que la matriz logre probar más allá de toda duda razonable que no ha habido desviación de valor. Es el conocido *entire fairness test* de la jurisprudencia norteamericana, cuya idea central ha sido acogida en nuestro derecho por el art. 190.3 LSC.

La lógica de esta transformación es bien conocida en la teoría económica del derecho y depende de los costes de transacción. Si estos son bajos, se preserva la regla de la propiedad. Si son altos o se elevan de manera considerable, procede su conversión en regla de responsabilidad. Quizá a muchos de ustedes esto les suene extraño, incluso extravagante, pero les sorprenderá comprobar que es un fenómeno común y recurrente en la experiencia del derecho y de que lo vemos y practicamos todos los días quizá sin darnos cuenta. Tal vez nos ocurra como a aquel personaje de Moliere que escribía prosa sin saberlo. Un par de ejemplos simples con los que seguramente todos ustedes están más familiarizados bastará para advertirlo.

Uno nos lo proporciona la normativa sobre condiciones generales de la contratación. En buena medida, esta normativa puede entenderse como la transformación de la regla de propiedad típica del derecho común de obligaciones, basada en el control del consentimiento, en una regla de responsabilidad, basada en el control del contenido, en la que el predisponente puede imponer sus términos en la transacción siempre y cuando pasen el test de razonabilidad, es decir, no sean contrarias al derecho dispositivo y a la buena fe. La razón de la transformación —como ha explicado hace muchos años el profesor Alfaro— radica en los insoportables *costes de información* en que incurrirían los consumidores, incapaces como son —como somos, aunque seamos letrados— de leer y procesar los formularios. Esos costes que suprime el control del contenido son los que, alternativamente, bajo un régimen de control del consentimiento, impedirían la utilización de las condiciones generales como técnica de contratación altamente eficiente.

El otro ejemplo lo traigo del derecho civil más tradicional. El art. 564 CC establece que «el propietario de una finca o heredad, enclavada en otras ajenas y sin salida a camino público, tiene derecho a exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización». En principio, la previsión es anómala, porque la *regla de propiedad* que protege al dueño del predio sirviente debería permitirle recurrir a la acción negatoria y evitar que la contraparte —el dueño del predio dominante— haga uso de su finca sin su consentimiento. Sin embargo, el Código transforma esa regla de propiedad en una

regla de responsabilidad permitiendo al dueño del predio dominante imponer la transacción y obtener el derecho de uso contra el pago del valor del terreno ocupado por el camino de paso y los perjuicios ocasionados, que en su caso serán fijados por un tercero —por el juez— conforme a una valoración objetiva. De nuevo, la transformación de la regla de propiedad en regla de responsabilidad obedece a los elevados costes de transacción que impiden la transacción voluntaria. En este caso, se trata de los *costes estratégicos* derivados de la posición de monopolio bilateral en que se encuentran las partes. El derecho de paso que necesita el dueño del predio dominante para acceder al camino público no lo puede comprar en el mercado competitivo, como si comprara un coche o unas lechugas. Sólo lo puede obtener del dueño del predio sirviente, el cual, dada su posición de monopolio, alternativamente le podría extraer hasta la última gota de valor de su predio antes de concedérselo, lo que a menudo determinará que una transacción eficiente fracase por el camino.

Son dos casos ilustrativos de transformación de una regla de propiedad en regla de responsabilidad obrados por el legislador a causa de la existencia de costes de transacción prohibitivos. En otros supuestos, quien obra la transformación es la jurisprudencia con ayuda de la doctrina. Piénsese, por ejemplo, en la doctrina de la accesión invertida o en la intimidación económica en ciertos procesos de novación contractual, o en la denegación de la acción de cumplimiento cuando el coste de la remoción o reparación en especie es desproporcionado respecto del menor valor ocasionado por el incumplimiento (por ejemplo, por haber empleado el contratista cañerías de plomo en lugar de las cañerías de níquel acordadas), o en el *enforcement* de ciertos acuerdos negativos de la junta, etc.

Pues bien, en nuestro caso sucede exactamente lo mismo. Los costes de transacción de la *regla de abstención* son tan elevados en los grupos de sociedades que está justificada su conversión en *regla de inversión*. La identificación de tales costes es relativamente fácil. Se trata de los siguientes: (i) *costes administrativos* u operativos: costes de convocar a los órganos —consejo de administración o junta— y de celebrar las reuniones para aprobar las operaciones vinculadas; (ii) *costes de información*: estudiar los materiales, adoptar posición, defenderla y votar; y, sobre todo, (iii) *costes estratégicos*, derivados de la posición de dependencia o monopolio bilateral en que se encuentra la mayoría respecto de la minoría, que puede llevar a esta a rechazar transacciones eficientes en su intento de capturar todo el excedente. La gravedad de estos costes depende de dos factores. Uno es la *frecuencia* y el otro la *calidad* esperada de las transacciones: cuanto mayor sea la magnitud de cada uno de ellos, mayor será la suma de los costes identificados¹⁶.

¹⁶ Z. Goshen, «The Efficiency of Controlling Corporate Self-Dealing: Theory Meets Reality», *Cal. L. Rev.* 91 (2003), p. 418.

Pues bien, en los grupos de sociedades la magnitud de cada uno de esos factores depende críticamente de la clase de transacciones de que se trate. La tipología básica está correlacionada con la competencia para aprobarlas, pudiendo distinguirse tres grandes clases: *transacciones estructurales* (que deben ser aprobadas por la junta general), *transacciones extraordinarias* (que deben ser aprobadas por el consejo) y *transacciones ordinarias* (que pueden ser aprobadas por el consejero delegado o la alta dirección). Nuestra conjetura es que en las tres esferas competenciales incide uno u otro factor de manera relevante, lo que puede justificar en todas ellas la transformación de la regla de propiedad en regla de la responsabilidad, de la regla de abstención en regla de inversión. Veamos rápidamente cómo ocurre esto en cada una de las hipótesis.

7. TRANSACCIONES ESTRUCTURALES

Dentro del concepto de transacciones estructurales se incluyen típicamente las que modifican el perfil organizativo, funcional o económico de la empresa y, en particular, las que tienen por objeto activos esenciales (art. 160 f) LSC) o modificaciones estructurales. A ellas hay que equiparar otras transacciones excepcionales que también están reservadas a la junta y que comprenden las que aquí interesan de forma más específica. Me refiero a las «grandes» operaciones vinculadas (incluidos el uso de activos sociales o la cesión de oportunidades de negocios), que nuestra ley define en función de un umbral cuantitativo: cuando su valor sea igual o superior al 10% de los activos sociales (art. 230.2 II LSC). Puesto que se trata de acuerdos que entrañan la dispensa de «obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme al artículo 230», cabría pensar que la sociedad matriz —el socio incurso en conflicto de interés— queda privada de su derecho al voto con arreglo a lo dispuesto por el art. 190.1 e) LSC y, por tanto, sujeta a la regla de la abstención. Como he recordado antes, así se ha interpretado en alguna ocasión por el Tribunal Supremo y así parecería, a primera vista al menos, que lo exige Directiva 2017/828.

No hace falta decir que tanto la *frecuencia* como la *calidad* esperadas de estas transacciones son escasas. La magnitud de su importe hace que sólo se planteen ocasionalmente o de vez en cuando y que cuando se planteen, por esa misma razón, lleven aparejado un elevado riesgo de desviación de valor. Bien podría sostenerse por ello que no existen costes de transacción significativos que justifiquen pasar de la regla de la abstención a la regla de la inversión. Sin embargo, este análisis dista de ser exacto. Es cierto que los *costes administrativos* asociados a la convocatoria de la junta son proporcionalmente bajos (considerados la ocasionalidad y el volumen y de la transacción puede decirse que «París bien vale una misa») y que los *costes de infor-*

mación de los accionistas minoritarios tampoco parecen excesivos, ya que la propia magnitud y trascendencia de la decisión les ofrece incentivos para el análisis y la participación. No lo es menos, sin embargo, que los *costes estratégicos* pueden ser prohibitivos. La regla de propiedad a menudo deja a la matriz al pie de los caballos.

En efecto, supuesto que la transacción es buena para la sociedad y para el grupo (y en muchas ocasiones es plausible suponerlo en atención al ahorro de costes contractuales derivado de las ventajas informativas y de los recursos de *enforcement* de que disponen los *insiders*, que los sitúan en una posición óptima para hacer la operación y para hacerla en mejores condiciones para la filial de las que podría ofrecerle un tercero¹⁷); supuesto eso —que es la hipótesis de base de la gobernanza contractual de los grupos—, la exigencia de la mayoría de la minoría puede frustrar una transacción eficiente a causa de la natural propensión de la minoría a explotar la situación de monopolio bilateral que le brinda la regla de la abstención para capturar todo el excedente y de la también natural propensión de la mayoría a no ceder para preservar su posición negociadora y su reputación. Es un tema bien conocido en la teoría de juegos, que ilustra bien la venerable solución del Código Civil en materia de servidumbres de paso. La racionalidad estratégica y no paramétrica que guía a los agentes en estos escenarios de interdependencia pone en peligro la celebración de transacciones mutuamente ventajosas. La tentación de apropiarse del último euro del excedente conduce con frecuencia a la ruptura de negociaciones y a la decepción¹⁸. Si los jugadores no se ponen de acuerdo en cómo dividir las ganancias en juego, el excedente se perderá.

Junto a este riesgo, han de tenerse en cuenta también las dificultades que entraña la regla para la planificación y coordinación del grupo, de las que no debe ser privada la sociedad matriz. Insisto, la opción de organizar la empresa como grupo obedece a menudo a la necesidad de solventar los problemas contractuales asociados a las inversiones específicas mediante la integración parcial. Cuando las partes contratan bajo condiciones de incertidumbre han de hacerlo necesariamente con contratos incompletos. El completamiento del contrato solo puede producirse *ex post* mediante la renegociación de sus términos a la vista de las nuevas circunstancias. Sin embargo, esta renegociación es justamente la que permite a una parte apropiarse de parte del valor creado por las inversiones específicas de la contraparte (vuelve a aflorar así el problema del monopolio bilateral y del *hold-up*). Por ello, anticipando el problema, la contraparte se abstendrá de antemano de contratar o lo hará reduciendo las inversiones específicas y con ello el valor de la transacción. El problema sólo puede evitarse reemplazando el contrato

¹⁷ Es ilustrativa al respecto la fenomenología del *proping*, tan difundida en los grupos.

¹⁸ V. C. Paz-Ares, «Principio de eficiencia y derecho privado», *Estudios homenaje Broseta*, Tirant Lo Blanch, Valencia 1995, vol. III, pp. 2862-2863.

por una relación jerárquica, el mercado por la empresa —en este caso, por el grupo— para decirlo en términos coasianos.

Desde el punto de vista del derecho positivo, el paso o tránsito de la regla de la abstención a la regla de la inversión no parece especialmente complicado. En realidad, podemos decir que ese paso ya lo ha dado el legislador porque, en rigor, pese a ciertas interpretaciones, en estos casos no es de aplicación el art. 190.1 LSC (que priva de voto al accionista en conflicto de interés en determinados casos), sino el art. 190.3 LSC, que cabalmente consagra la regla de la inversión:

«En los casos de conflicto de interés distintos de los previstos en el apartado 1, los socios no estarán privados de su derecho de voto. No obstante, cuando el voto del socio [...] incurso en conflicto de interés haya sido decisivo para la adopción del acuerdo, corresponderá, en caso de impugnación, a la sociedad y, en su caso, al socio [...] afectado por el conflicto, la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social.»

La doctrina dominante entiende con razón que la regla de la abstención de la letra e) el art. 190.1 LSC no es aplicable con carácter general, sólo en el caso especial o particular de que el socio sea a la vez administrador. Hoy es un tema sobre el que la jurisprudencia ya ha rectificado su criterio inicial (v., por ej. STS 2-II-2017 (RJ 396/2017) y la doctrina es concorde. No será preciso por ello insistir en él.

En el ámbito de las sociedades cotizadas, el problema se suscita con la Directiva 828/2017 pendiente de trasposición, cuyo art. 9. *quater*.4 III dispone que cuando en las «grandes operaciones vinculadas» —es decir, aquellas cuyo importe supera el 10% del valor de los activos en balance¹⁹— participe como contraparte «un accionista, este no participará en la aprobación o votación». Ahora bien, el obstáculo puede soslayarse fácilmente. Hay que tener en cuenta en ese sentido que la regla de abstención no es obligatoria en los supuestos en que la propuesta que se eleva a la junta haya sido aprobada por una mayoría de administradores independientes en el consejo. Quien puede lo más (no llevar la decisión a la junta), ha de poder lo menos (llevarla bajo el régimen del art. 190.3 LSC). Esta es cabalmente la solución que ahora contempla el Proyecto en la redacción que proporciona al nuevo art. 529-*duovicies*.1 LSC. El precepto limita la aplicación de la regla de la abstención a los «casos en que la propuesta de acuerdo haya sido aprobada por el con-

¹⁹ En rigor, la Directiva no realiza esta definición cuantitativa, sino que la deja a los legisladores domésticos. No obstante, en nuestro caso, la reforma en ciernes mantiene el criterio del 10% del art. 230.2 II LSC. De hecho, el Proyecto reitera el criterio del art. 230.2 LSC en los nuevos arts. 231-*bis*.1 y 529-*duovicies*.1 LSC.

sejo de administración sin el voto en contra de la mayoría de los consejeros independientes», precisando que en los demás «será de aplicación la regla de la inversión de la carga de la prueba prevista en el art. 190.3».

La necesidad de aprobación de la propuesta por los administradores independientes (una solución ya conocida en los protocolos consolidados en la práctica doméstica por indicación de la CNMV y a veces por algo más que eso) parece una salvaguarda suficiente. Carecería de sentido, por ejemplo, privar de voto a la sociedad matriz en una operación de fusión intragrupo.

Pero hay más: con independencia de lo anterior, siempre sería posible arbitrar una excepción específica para las operaciones vinculadas que se produzcan dentro un grupo de sociedades al amparo de lo previsto en el art. 9-*quater*.6 a) de la Directiva 828/2017, aun cuando —como ocurrirá a menudo en las sociedades no cotizadas— la propuesta no haya sido aprobada previamente por administradores independientes. La excepción se supedita, como es natural, a que el ordenamiento nacional provea una protección adecuada de los intereses en juego y, específicamente, de los accionistas externos. Aunque la Directiva solo afecta a las sociedades cotizadas, creo que confiere una base de legitimidad adicional para normalizar nuestra interpretación en el sentido de que, con carácter general, la regla de la inversión o del *entire fairness test* del art. 190.3 LSC ofrece una protección suficiente y adecuada de los intereses de los accionistas externos en los grupos.

8. LAS TRANSACCIONES ORDINARIAS

Algo más difícil desde el punto de vista del derecho positivo todavía en vigor es el caso de las transacciones ordinarias, que se sitúa en el extremo opuesto del arco competencial. En las sociedades de una cierta envergadura, que son las que primordialmente interesan aquí, la gestión ordinaria del negocio está encomendada al consejero delegado y al equipo ejecutivo que capitanea. El consejo no se ocupa de ella. Esta regularidad empírica aparece ahora reflejada en los arts. 249-*bis* b) y 529-*ter*.1 a) y f) LSC. Si estos preceptos reservan al *plenum* del consejo la gestión extraordinaria (o estratégica), es porque presuponen que la ordinaria («el día a día») queda en manos de la instancia ejecutiva, que es su lugar natural.

Pues bien, en este contexto, las transacciones ordinarias intragrupo presentan un desafío formidable para el funcionamiento de los grupos por dos razones que a nadie se le escapan. La *primera* reside en el hecho de que tales transacciones teóricamente no pueden ser decididas o realizadas por la instancia ejecutiva puesto que, tratándose de operaciones vinculadas, la competencia está atribuida al consejo (arts. 230.2 III, 249-*bis* c) y 529-

ter.1 h) LSC), el cual, además, debe valorarlas y decidir las sin la participación de los consejeros dominicales (arts. 228 c) y 230.2 III LSC *in fine*)²⁰. La *segunda* obedece a la circunstancia de que empíricamente las transacciones intragrupo ordinarias constituyen el pan nuestro de cada día en este tipo de organizaciones (recuérdese una vez más el simple dato de que más de un tercio del comercio internacional se desarrolla a través de operaciones vinculadas dentro de grupos de sociedades). Huelga insistir en que las sociedades que forman parte de un grupo realizan transacciones cruzadas de manera rutinaria y que, en buena medida, la eficiencia de una estructura de grupo depende de ellas, mediante las cuales se reasignan continuamente los recursos del conjunto.

Así las cosas, los costes de transacción que imponen las reglas procedimentales anteriores —competencia del consejo y abstención de los dominicales— resultan ahora verdaderamente prohibitivos. Volviendo a nuestra taxonomía, esta vez el problema no reside tanto en los *costes estratégicos* (no es de esperar que en esta clase de operaciones que pertenecen al curso ordinario de los negocios y están sujetas a su inercia constituyan una ocasión para poner en práctica el *hold-up game* por parte de los administradores independientes o incluso de los representantes de la minoría), cuanto en los demás. Los *costes administrativos* derivados de la permanente necesidad de convocatoria del consejo o, alternativamente, de la permanente necesidad de posponer las operaciones, son o pueden ser ciertamente insoportables. Lo propio ha de decirse respecto de los *costes de información*: los consejeros «independientes» llamados a decidir se sentirán abrumados al hacerlo precisamente porque no están en el día a día y, consiguientemente, al tanto de las operaciones. No digamos ya los accionistas externos en el caso de que la falta de independientes en el consejo obligue a elevar la cuestión a la junta, como se infiere del art. 230.2 LSC.

En resumen, dado que la *frecuencia esperada* de tales transacciones es muy elevada, la gestión se hace impracticable. Y dado que su *calidad esperada* es también elevada (hay que tener en cuenta que siguen en pie las reglas generales sobre información y supervisión de operaciones vinculadas), el beneficio es poco perceptible. Digo que es elevada la calidad porque en esas condiciones cabe suponer que el número de transacciones eficientes (que se benefician de la mejor información de los *insiders* y de los mecanismos disponibles en el grupo para su *enforcement*) es, en media, muy superior al número de transacciones ineficientes o extractivas. No en vano suelen deslindarse las pequeñas y las grandes operaciones vinculadas. Como nos recuerda el informe de la OECD (2012), *Related Party Transactions*,

²⁰ Más aún, si en el consejo no hay administradores independientes o representantes de la minoría, las decisiones han de elevarse a la junta (arg. *ex art.* 229.3 LSC).

pp. 21-22, las primeras se consideran en general «benignas» frente al carácter problemático de las segundas. La asimetría entre costes y beneficios derivados de la regla de abstención es tal que nos sitúa en el escenario de libro en que está justificada la transformación de la regla de propiedad en regla de responsabilidad con la finalidad justamente de facilitar la gobernanza contractual del grupo.

Esto nos obliga a reducir teleológicamente la norma que reserva al consejo la competencia sobre las operaciones vinculadas (arts. 230.2 III LSC y 529-ter.1 h) LSC) permitiendo que el consejero delegado —y, en general, la instancia ejecutiva— acometa las transacciones intragrupo necesarias o convenientes para la gestión ordinaria de los negocios, lo que lleva aparejada igualmente la reducción del alcance de la norma que impone la abstención al administrador —incluido el administrador delegado— de adoptar decisiones en las que sea portador de un conflicto, por cuenta ajena en nuestro caso (art. 228 c) LSC)²¹. La reducción teleológica viene avalada por tres consideraciones básicas.

La primera apela a la necesidad de preservar la funcionalidad de la estructura de gobierno. Se trata de evitar la distorsión organizativa que introduce la regla de abstención y que conduce o podría conducir en la práctica a privar de cualquier utilidad operativa a la propia institución de la delegación de facultades en el seno de los grupos dada la ubicuidad y recurrencia de las operaciones intragrupo. El derecho ha de evitar las contradicciones teleológicas. No puede facilitar con una mano los medios institucionales para organizar el funcionamiento del «día a día» de la sociedad (art. 249 LSC) y a renglón seguido poner con la otra obstáculos o cortapisas que impiden hacerlo efectivo (art. 249-bis c) LSC). No es de extrañar por ello que los ordenamientos con más veteranía en estas lides y, en particular, el derecho americano —que reserva la gestión ordinaria del negocio al CEO y su equipo ejecutivo— se preocupen de establecer las previsiones oportunas. Constatamos, en efecto, que de las severas reglas allí previstas para las transacciones con accionistas de control queden exceptuadas precisamente las transacciones realizadas en el curso ordinario de los negocios, una excepción que los *Principles of Corporate Governance* justifican cabalmente en atención a la dinámica propia de los grupos de sociedades²².

²¹ No hace falta decir que las operaciones del curso ordinario de los negocios nada tienen que ver con el limitadísimo subconjunto que forma la excepción prevista en el art. 529-ter.1 h) LSC. En realidad, ni siquiera puede calificarse de excepción en sentido propio. Para que así fuese debería subsistir el conflicto de interés, lo que por definición —como hemos tenido ocasión de anticipar— no ocurre cuando los términos en que se realizan son los mismos que los ofrecidos a la generalidad de los clientes.

²² Los apartados (a) y (b) de la sec. 5.10 de los citados *Principles* someten a reglas muy severas las transacciones del accionista de control con la sociedad exigiendo la aprobación en la junta por los accionistas desinteresados y/o en el consejo por los consejeros desintere-

La segunda consideración recuerda que la regulación legal de los conflictos de interés está pensada en relación a operaciones coyunturales y ocasionales o episódicas. Justamente por ello se basa en un sistema de dispensa singular o *ad hoc*. Ahora bien, esta no es la situación típica en los grupos de sociedades, en cuyo seno las transacciones internas constituyen una trama densa y compleja que convierte el conflicto en estructural o permanente. Parece por ello que en este escenario debería admitirse una dispensa general en forma de autorización preventiva al consejero delegado para concluir las operaciones intragrupo corrientes en condiciones razonables o de mercado e incluso sostenerse que esta dispensa va implícita en el acuerdo de delegación de facultades adoptado por una sociedad integrada en un grupo.

En todo caso, por razones de prudencia, es recomendable hacerla explícita y acompañarla de unas directrices generales de actuación. La reserva de competencia al consejo de las transacciones vinculadas quedaría así formalmente cubierta por la previsión de un marco genérico de actuación. De hecho, es frecuente en la práctica de nuestras sociedades, al menos de aquéllas que tienen cierta envergadura, que el consejo autorice al consejero delegado a efectuar transacciones ordinarias intragrupo o con sus accionistas significativos dentro de un marco de referencia preestablecido, con sujeción a las correspondientes obligaciones de *reporting* y supervisión.

La tercera consideración nos trae de nuevo a la Directiva 828/2017, la cual, en relación a las *transacciones ordinarias*, ofrece una magnífica oportunidad de homologar de manera expresa la interpretación correctora de la normativa actualmente vigente propuesta. Conforme a las previsiones del art. 9-*quater*.5 de la Directiva, se trataría de disponer, negro sobre blanco, que las decisiones relativas a las operaciones intragrupo celebradas en el curso ordinario no están reservadas a la competencia del consejo y pueden ser adoptadas por el consejero delegado o su equipo ejecutivo. En ese caso, la garantía que exige la Directiva es simplemente una supervisión especial del consejo. La norma de trasposición deberá contemplar consiguientemente la obligación del consejo de implantar un procedimiento interno para la evaluación periódica de las operaciones intragrupo realizadas en el curso ordina-

sados (so pena de quedar sometidas a las graves consecuencias del *entire fairness test* y de reglas de carga de la prueba). Pues bien, en su letra (c), relativa a una «transaction in the ordinary course of business, dispone que [i]n the case of a transaction between a controlling shareholder and the corporation that was in the ordinary course of the corporation's business, a party who challenges the transaction has the burden of coming forward with the evidence that the transaction was unfair, whether or not the transaction was authorized in advance or ratified by disinterested director or disinterested shareholders». La justificación de la excepción alude justamente a los grupos, cuyo funcionamiento se resentiría gravemente sin ella (v. American Law Institute, *Principles of Corporate Governance*, ALI Publishers, Saint Paul (Minn) 1994, vol. I, p. 329).

rio de los negocios. Y así lo hace el proyecto. En efecto, el art. 231-*bis*. 3 y, de manera algo redundante, en materia de sociedades cotizadas, el art. 529-*duovicies*.4 LSC, tras disponer que el consejo podrá delegar la aprobación de las operaciones vinculadas «ordinarias», precisan que la delegación habrá de estar acompañada de un «procedimiento interno de información y control periódico» por medio del cual se «verificará la equidad y transparencia de dichas operaciones».

No estará de más añadir que, comoquiera que el conflicto de interés subsiste, las decisiones del consejero delegado y las de supervisión del consejo no quedan protegidas por la *business judgment rule*.

9. LAS TRANSACCIONES EXTRAORDINARIAS

El caso intermedio, relativo a las transacciones extraordinarias, es sin duda el más difícil y complejo. El concepto de gestión extraordinaria se ha vuelto muy relevante porque, a raíz de la reforma de 2014, la ley la ha declarado competencia indelegable del consejo, según se desprende de la interpretación de los arts. arts. 249-*bis* b) y 529-*ter* f) LSC. No es momento ahora de detenerse sobre el particular, que plantea algunos problemas de delimitación. A los efectos de este estudio, podemos partir de un esquema básico que separa la gestión estratégica de la gestión operativa y correlaciona la gestión extraordinaria con la primera noción y la gestión ordinaria con la segunda. En la gestión extraordinaria tiene cabida por tanto cualquier transacción interna que, por su cuantía significativa²³ o su naturaleza cualitativa, tenga un impacto relevante en la estrategia general de la empresa. Pues bien, las operaciones vinculadas que caen dentro de este ámbito (de la letra c) del art. 249-*bis* LSC deben sustraerse ahora las operaciones ordinarias que el proyectado nuevo art. 231-*bis*.3 LSC excluye de la indelegabilidad) quedan efectivamente reservadas a la competencia del consejo.

Es cierto que cuando estemos ante una transacción de esa índole en principio deberíamos aplicar sin paliativos la regla de propiedad, la regla de la abstención (arts. 228 c) y 230.2 III LSC). La pregunta que vuelve a ponerse entonces sobre el tablero es la relativa a la posibilidad de transformarla, en el ámbito de los grupos de sociedades, en una regla de responsabilidad, en una regla de inversión. Nuestra opinión es resueltamente afirmativa, incluso a la luz del derecho positivo actualmente en vigor. La razón de ello nada tiene

²³ Por poner un ejemplo indicativo, en una empresa de la envergadura de Repsol se considera extraordinaria cualquier transacción que tenga un importe superior a 40 millones de euros (v. art. 5.7 del Reglamento del Consejo de Administración, disponible en la web de la compañía).

que ver esta vez con los *costes administrativos* o los *costes de información*, que ciertamente son irrelevantes pues no se eliminarían en la solución alternativa. Hay que convocar el consejo, pero justamente para este tipo de decisiones extraordinarias está el consejo. Los consejeros tienen que informarse y formar criterio, faltaría más, eso es cabalmente lo que se espera de ellos en las cuestiones más relevantes.

El problema radica ahora en los *costes estratégicos*. Nuevamente, resultan o pueden resultar muy significativos en relación a esta clase de transacciones caracterizadas por afectar a la planificación empresarial de la sociedad dentro de un grupo y tener normalmente un gran potencial de excedente. La regla de la abstención resulta poco apropiada porque en muchos escenarios —pienso sobre todo en sociedades no cotizadas con consejeros dominicales de la minoría— puede generar elevados costes de *hold-up* y frustrar operaciones eficientes²⁴ y en todos los escenarios porque despoja a la mayoría (a los administradores dominicales de la filial designados por la matriz) de su potestad natural de gobierno estratégico, de la que forman parte las decisiones sobre las transacciones vinculadas extraordinarias.

A partir de estas consideraciones y aun reconociendo la especial dificultad que plantea la tarea en este caso, parece necesario proceder de nuevo a la correspondiente reducción teleológica de la regla de abstención. De lo que se trata es de desaplicar los arts. 228 c), 230.2 y 529-ter 1. h) LSC y aplicar analógicamente la solución prevista en el art. 190.3 LSC para los conflictos de interés de los socios. No puedo acometer ahora esta delicada y compleja operación interpretativa, que he tratado de desarrollar en otros estudios recientes²⁵. En todo caso, la idea básica es fácil de comprender y recientemente ha sido defendida por la profesora Nuria Latorre. La idea es que cuando el conflicto no se tiene como tercero, sino como socio (sea por cuenta propia en el caso de la matriz o por cuenta ajena en el caso de sus administradores dominicales en la filial) no es aplicable la regla de la abstención, sino la regla de la inversión contemplada en el precepto de ma-

²⁴ El problema es aún más grave cuando la minoría no está representada en el consejo, porque en ese caso la decisión debe elevarse a la junta, con los problemas administrativos e informacionales adicionales que conlleva. En las sociedades no cotizadas, el problema del *hold-up* no es ciertamente relevante. No es de esperar que los consejeros independientes utilicen esa palanca de negociación dado que su suerte —su permanencia en el consejo— está muy mediatizada por el accionista mayoritario. La cuestión que se plantea entonces es la relativa a la eficacia de la protección. Todo parece indicar, en efecto, que en estos casos la regla del *entires fairness test* que enseguida propondremos también para las transacciones extraordinarias puede ser más efectiva que la regla de la mayoría de la minoría. Hasta el punto de que, justamente para evitar quedar sometida a ella, lo usual es que los consejeros dominicales decidan abstenerse.

²⁵ Paz-Ares, *¿Derecho común o derecho especial de grupos?*, pp. 216 ss.

rras²⁶. «En estos casos — se ha escrito con buen criterio—, parecería coherente que, dado que los administradores sufren el conflicto “por cuenta” del socio, la regla aplicable a esos conflictos fuera la que resuelve los conflictos que sufren los socios y no la que resuelve los conflictos que sufran los administradores, es decir, el art. 190.3 LSC». Aun cuando creo que el argumento no es generalizable, resulta aplicable sin duda al caso especial de los grupos de sociedades.

Si es así, parece legítimo realizar un desarrollo del derecho más allá del plan legislativo basado en lo que la metodología jurídica tradicional denomina la «naturaleza de las cosas», cuyo resultado desemboca en la susodicha reducción teleológica. El grupo es una creación empresarial que, supuesto que deba subsistir y en la medida en que deba hacerlo, necesita de determinadas reglas para asegurar su viabilidad y cumplir sus fines. De ahí no es que se obtenga un fragmento de ordenamiento, algo así como un derecho natural de contenido variable, ello nos devolvería a la falacia naturalista. La «naturaleza de las cosas» —el fenómeno empresarial de los grupos— puede tener diferentes posibilidades de configuración, pero hay algunas que son talmente extrañas y desproporcionadas que abocan a la superación selectiva de la regla general. Esto es lo que, a mi juicio, sucede con la regla de la abstención en materia de grupos. Lo pone de relieve: (i) la asombrosa unanimidad de la doctrina que, con independencia de su filiación a una u otra escuela de pensamiento y de la diversa naturaleza de los argumentos esgrimidos a tal efecto, no la considera practicable en los grupos; (ii) la propia Directiva 2017/828, a la que en seguida me referiré, en la cual se brinda a los Estados-miembro, por algo será, la posibilidad de establecer normas especiales para los grupos; y (iii) las enseñanzas que obtenemos de las economías de contratación tan cruciales para el funcionamiento mínimamente normalizado de los grupos.

Como acabo de indicar, la reforma en marcha para la transposición de la Directiva 828/2017 brinda una ocasión excelente para normalizar la solución propuesta. El paso de la regla de la abstención a la regla de la inversión está ahora al alcance de la mano. Basta hacer uso de la llamada «excepción de grupos» prevista en el art. 9-*quater*.6 a) de la Directiva. Se trata simplemente de habilitar *expressis verbis* a los administradores dominicales de la filial para que puedan participar en la deliberación y decisión de las operaciones vinculadas intragrupo reservadas a la competencia del consejo, con la expresa previsión, eso sí, de que la oposición al acuerdo de los administradores independientes determinará la inversión de la carga de la prueba y la sujeción del acuerdo al escrutinio del *entire fairnes test*, tanto a efectos de im-

²⁶ V. N. Latorre Chiner, «Las operaciones vinculadas en las sociedades cotizadas. Especial atención a las operaciones intragrupo», Rds 51 (2017), pp. 129 ss., esp. 155-157.

pugnación como de eventual responsabilidad de los administradores, todo ello conforme a los principios que informan el actual art. 190.3 LSC²⁷ La regulación contenida en el Proyecto se mueve afortunadamente en esta dirección. Las reglas, en buena medida pleonásticas, de los arts. 231-*bis*.2 y 529-*duovicies*.2 LSC son claras al respecto. Una y otra derogan en materia de grupos de sociedades la regla general de la abstención reemplazándola por la regla especial de la inversión:

«No obstante lo previsto en los artículos 228 c) y 230, la aprobación [*de las operaciones extraordinarias*] podrá hacerse con la participación de los administradores que estén vinculados y representen a la sociedad dominante, en cuyo caso, si la decisión o voto de tales administradores resultara decisivo para la aprobación, corresponderá a la sociedad y, en su caso, a los administradores afectados por el conflicto de interés, probar que el acuerdo es conforme con el interés social en el caso de que sea impugnado y que emplearon la diligencia y lealtad debidas en caso de que se exija su responsabilidad.» (Art. 231-*bis*.2 LSC, según el Proyecto)

²⁷ La Directiva supedita la aplicación de la «excepción de grupos» a que el ordenamiento nacional contemple medidas de salvaguardia suficiente para los intereses de los accionistas externos. La suficiencia de la regla de inversión a tales efectos ha sido confirmada por el Dictamen del Consejo de Estado, pp. 20-21.

El incumplimiento de las obligaciones de información del contrato de viaje combinado: consecuencias para el viajero

Aránzazu Pérez Moriones

Profesora Titular de Derecho Mercantil

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)¹

Sumario: I. Planteamiento.—II. Las obligaciones de información en el contrato de viaje combinado. 1. Preliminar. 2. Información precontractual. 2.1. Información normalizada relativa al viaje combinado. 2.2. Información acerca de las principales características de los servicios de viaje. 2.3. Información acerca de otros extremos. 3. Información a proporcionar en el contrato. 4. Información a proporcionar al viajero en dificultades.—III. El viajero ante el incumplimiento de las obligaciones de información del contrato de viaje combinado. 1. Preliminar. 2. Consecuencias derivadas del incumplimiento de las obligaciones de información del contrato de viaje combinado.—IV. Consideraciones finales.

I. PLANTEAMIENTO

En diciembre de 2018 se llevó a cabo una importante modificación del Libro Cuarto del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios² —en adelante, LGDCU— con objeto de transponer la Directiva (UE) 2015/302 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje

¹ Trabajo realizado en el marco de los Proyecto de Investigación «El transporte como motor del desarrollo socio-económico: soluciones legales», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (Ref. DER2015-65424-C4-1-P) y cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y «Nuevas tecnologías, transformación de mercados y Derecho de la Competencia», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (Ref. RTI2018-094201-B-C21) y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER). Asimismo, la autora forma parte de un grupo de investigación consolidado del Gobierno Vasco (modalidad A), dirigido por el profesor Alberto Emparanza Sobejano.

² Reforma realizada mediante el Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados, BOE n.º 312, de 27 de diciembre.

vinculados³ —en adelante, Directiva 2015 o la Directiva—, que, a su vez, deroga la anterior Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados⁴. La regulación aplicable hasta ese momento había devenido desfasada e insuficiente⁵, por lo que resultaba inexcusable su revisión. Factores como el imparable aumento del turismo —al que no ha sido ajena la liberalización del transporte aéreo— o la aparición de nuevos tipos de vacaciones, unido a la generalización de Internet y su utilización en tanto canal para la contratación de servicios de viaje justificaban la necesidad de una nueva regulación más acorde con los cambios vividos en estas últimas décadas, que demandaban nuevas soluciones jurídicas. A las observaciones precedentes se sumaba la existencia de disparidades significativas en la legislación de los Estados miembros. Recuérdese que la Directiva 1990 era una directiva «de mínimos», lo que se tradujo en divergencias en su transposición entre los distintos Estados miembros⁶, que, a su vez, dificultaron la creación de un «auténtico mercado interior de los consumidores en este ámbito»⁷. Por el contrario, la Directiva 2015 adopta una posición diametralmente opuesta al prohibir el mantenimiento y el establecimiento de disposiciones contrarias a las establecidas en ella, particularmente disposiciones más o menos estrictas que den a los viajeros un nivel diferente de protección —art. 4 Directiva—. De este modo, se pasa de una armonización mínima a una armonización prácticamente plena —salvo algún aspecto puntual— en materia de viajes combinados.

Como sabemos, uno de los objetivos prioritarios de la UE es la consecución de un alto nivel de protección de los consumidores. Y, al igual que ocurre en otros ámbitos de la contratación, la información constituye uno de los pilares sobre los que la Directiva 2015 erige la protección del viajero, esto es, toda persona que tiene la intención de celebrar un contrato o tiene derecho a viajar con arreglo a un contrato calificable como de viaje combinado —arts. 3.6) Directiva y 151.1.1.f) LGDCU—. De ahí

³ Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo, DOUE L 326, de 11 de diciembre de 2015.

⁴ Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, DO L 158, de 23 de junio de 1990.

⁵ Véase considerando 2 Directiva.

⁶ Como apuntan SCHULTE-NÖLKE, H. y MEYER-SCHWICKERATH, L., «Package Travel Directive (90/314)», en SCHULTE-NÖLKE, H. (editor) y TWIGG-FLESNER, C. y EBERS, M. (cooperadores), *EC Consumer Law Compendium —Comparative Analysis—*, Universität Bielefeld, abril 2007, pp. 206 y 207, tales divergencias afectaban a cuestiones como la información, la extensión del derecho a ceder la reserva, la responsabilidad del organizador y/o detallista, la falta de transposición de la obligación del consumidor de comunicar cualquier incumplimiento en la ejecución del contrato o las garantías adicionales.

⁷ Así, considerandos 4 y 5 Directiva.

que aquella prevea la obligación que pesa sobre organizador y/o minorista de proporcionarle información sobre determinados extremos y cumpliendo ciertos requisitos. Sin embargo, la Directiva 2015 prácticamente guarda silencio acerca de las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento; carencia que, obviamente y dadas las importantes implicaciones prácticas que conlleva, resulta merecedora de atención. A tal efecto, nuestro trabajo se estructura en dos grandes epígrafes. En el epígrafe II revisamos las exigencias en materia de información contenidas en la actual regulación del contrato de viaje combinado. Su análisis, siquiera breve debido a limitaciones por razón de espacio⁸, constituye presupuesto necesario para abordar las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de información desde el punto de vista del viajero, que constituye el epígrafe III. El trabajo finaliza con unas últimas reflexiones sobre la eficacia de la regulación de la obligación de información a efectos de alcanzar un alto nivel de protección del viajero.

II. LAS OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN EN EL CONTRATO DE VIAJE COMBINADO

1. Preliminar

La exigencia de proporcionar información al consumidor —bien antes de la conclusión del contrato, bien inmediatamente después o, incluso, en ambos momentos—, constituye un elemento común a las Directivas dictadas en materia de consumo⁹, que incluyen auténticos «catálogos» de requisitos informativos¹⁰. La Directiva 2015 es fiel reflejo de esta orientación, de modo que pretende capacitar al viajero, proporcionándole información clara, comprensible y destacada a lo largo de todo el *iter* contractual, desde la fase precontractual hasta, incluso, la ejecución del viaje, en caso de que el viajero se encuentre en dificultades. Efectivamente, no podemos negar que el contrato de viaje combinado presenta cierta complejidad, no solo debido a que está cons-

⁸ Para un estudio más detallado en el marco de la revisión del régimen de los viajes combinados y su incardinación en el proceso más amplio de reforma del *acquis* de consumo, véanse nuestras observaciones en PÉREZ MORIONES, A., «La obligación de información al viajero contratante de viajes combinados», *RDP*, 2019, n.º 3, pp. 61-96.

⁹ Así, TWIGG-FLESNER, C., «Informations duties», en SCHULTE-NÖLKE, H. (editor) y TWIGG-FLESNER, C. y EBERS, M. (cooperadores), *EC Consumer Law Compendium...*, *ob. cit.*, p. 714.

¹⁰ Resulta una afirmación común entre la doctrina. Por todos, EINDENMÜLLER, H., FAUST, F., GRIGOLEIT, H. C., JANSEN, N. WAGNER, G. y ZIMMERMANN, R., «Hacia una revisión del *acquis* de consumo», en CÁMARA LAPUENTE, S. (director) y ARROYO AMAYUELAS, E. (coordinadora), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2012, p. 152.

tituido por la combinación de al menos dos tipos de servicios de viaje¹¹, sino también porque normalmente se trata de un contrato de adhesión, conformado por condiciones generales de la contratación, y porque, además, cada vez con mayor frecuencia, se celebra mediante la utilización de técnicas a distancia. A mayor abundamiento, al futuro viajero le resulta imposible comprobar el producto que contrata con anterioridad no ya a la propia conclusión del contrato, sino a su ejecución.

A diferencia de la regulación anterior, la Directiva 2015 entiende innecesario el establecimiento de normas específicas sobre folletos, ya que las nuevas tecnologías permiten actualizaciones con facilidad¹². Es más, aquella adopta como premisa la consideración de que el folleto constituye un soporte más —junto con los anuncios o el sitio web del organizador— para proporcionar información precontractual al futuro viajero¹³. Así, el régimen en vigor guarda silencio respecto del soporte a utilizar en la comunicación de información en esta fase, si bien es conveniente servirse para ello de un soporte duradero. Por un lado, porque resultará indispensable para que un viajero medio pueda asimilar el considerable número de menciones respecto de las cuales debe recibir información. Además, parte importante de estas menciones integrará el contrato, en caso de que este finalmente se celebre, por lo que su inclusión en un soporte duradero le permitirá al futuro viajero comprobar que la información inicialmente proporcionada no ha sido modificada subrepticamente. Por otro lado, porque la carga de la prueba en relación con el cumplimiento de los requisitos de información recae en el empresario —art. 156 LGDCU—. A una solución similar se llega en relación con la información a proporcionar en el contrato o en su confirmación, ya que, con carácter general, el viajero siempre dispondrá como mínimo de una copia o una confirmación del contrato en un tipo de soporte que dependerá de la concreta modalidad de contratación y/o de la aceptación o petición del viajero —art. 155.2 LGDCU—. Por último, los medios electrónicos como correo electrónico, SMS o WhatsApp presentan una especial utilidad en la facilitación de aquellas informaciones a recibir con anterioridad al inicio del viaje o en caso de que el viajero se encuentre en dificultades.

Con matices, los artículos 5.3, 6.1 y 7.1 Directiva 2015 —arts. 153.3, 154.1 y 155.1 LGDCU— exigen que la información se proporcione de forma clara, comprensible y destacada y, cuando se facilite por escrito, que sea legible. A estos requisitos, el artículo 153.3 LGDCU añade la exigencia de que

¹¹ Es decir: i) transporte de pasajeros; ii) alojamiento, cuando no sea parte integrante del transporte de pasajeros ni tenga fin residencial; iii) alquiler de turismos o de otros vehículos de motor o motocicletas; y iv) cualquier otro servicio turístico distinto a los anteriores —véase art. 151.1.a) y b) LGDCU—.

¹² Véase considerando 26 Directiva.

¹³ *Ibidem*.

la información precontractual se facilite al viajero «al menos en castellano», la cual habrá de extenderse a todas aquellas informaciones que deben ser facilitadas con posterioridad¹⁴.

2. Información precontractual

2.1. Información normalizada relativa al viaje combinado

El legislador no ha sido ajeno a la coexistencia en el mercado de distintas fórmulas de viaje, lo que puede conducir a error al viajero, fundamentalmente en relación con el nivel de protección aplicable¹⁵. Por ello, el artículo 153.1 LGDCU prevé que el organizador y el minorista —si el viaje se vende a través de este— le deben proporcionar información normalizada, mediante la utilización de dos formularios incluidos en su anexo II, uno para contratos de viaje combinado en los que sea posible utilizar hiperenlaces —parte A— y otro para contratos de viaje combinado en supuestos distintos a los contemplados en la parte A —parte B—. En ellos se advierte al viajero que la combinación de servicios de viaje que se le ofrece es un viaje combinado, que gozará de todos los derechos aplicables en la UE a los viajes combinados, que la empresa o empresas serán responsables de la correcta ejecución del viaje en su conjunto y que están cubiertas por una garantía para reembolsarle los pagos realizados y asegurar su repatriación, si el transporte está incluido, en caso de que incurran en insolvencia. A esta información general se suma una enumeración de los principales derechos de que disfruta el viajero en virtud de la LGDCU, que se proporciona siguiendo un hiperenlace, en caso del formulario de información normalizada para contratos de viaje combinado en los que sea posible utilizar hiperenlaces —parte A—, o en el propio formulario, para contratos de viaje combinado en supuestos distintos al primero —parte B—. En definitiva, el legislador pretende que el futuro viajero sea perfectamente consciente de la modalidad de viaje que va a contratar, así como de la protección que lleva aparejada.

¹⁴ En cualquier caso, esta previsión ha de quedar completada por la normativa autonómica en materia de consumo de algunas de las Comunidades Autónomas con lenguas cooficiales, que regulan con distinto alcance los derechos lingüísticos de consumidores y usuarios, así como por la reglamentación catalana de las agencias de viajes.

¹⁵ Véase considerando 16 Directiva. De hecho, el TJUE, en su sentencia de 30 de abril de 2002, asunto C-400/00, Club-Tour, Viagens e Turismo, S.A. / Alberto Carlos Lobo Gonçalves Garrido y Club Med Viagens Ld.^a, había concluido que el concepto de viaje combinado comprendía los viajes organizados por una agencia de viajes a petición y por iniciativa del consumidor. Sin embargo, se mantenían las dudas respecto de otros supuestos, fundamentalmente aquellos en los que el consumidor adquiría distintas prestaciones de viaje en una sola página web o, incluso, en distintas páginas web vinculadas entre sí mediante un *link*.

2.2. *Información acerca de las principales características de los servicios de viaje*

A la información precedente, el artículo 153.1 LGDCU añade la obligación de proporcionar información al futuro viajero acerca de una serie de extremos enunciados en el mismo precepto. Se trata de un amplio listado de menciones, conformado por ocho extremos, el primero de los cuales se subdivide, a su vez, en otros tantos elementos.

Así, el artículo 153.1 LGDCU engloba en su letra a) «las principales características de los servicios de viaje» para, a continuación, dentro del mismo inciso, especificar aquellos elementos que considera como tales. Pues bien, aquel requiere en sus puntos 1.º a 4.º información acerca de extremos ya exigidos por la regulación anterior, aunque introduce ciertos cambios tanto en su estructura como en su redacción. Como resultado, organizador y minorista tienen que proporcionar información sobre el destino o los destinos de viaje, el itinerario y los periodos de estancia, con sus fechas y, cuando se incluya el alojamiento, el número de pernотaciones incluidas —art. 153.1.a).1.º LGDCU— y sobre los medios de transporte, sus características y categorías, los puntos, fechas y horas de salida y de regreso, la duración, los lugares de las paradas intermedias y las conexiones de transporte —art. 153.1.a).2.º LGDCU—. Del mismo modo, el futuro viajero debe recibir información acerca de la ubicación, las principales características y, si procede, la categoría turística del alojamiento con arreglo a las normas del correspondiente país de destino —art. 153.1.a).3.º LGDCU— y sobre las comidas previstas —art. 153.1.a).4.º LGDCU—¹⁶.

¹⁶ Ello ha supuesto una importante simplificación de los requisitos contenidos en las letras c) y d) del antiguo artículo 152 LGDCU, respectivamente. Por un lado, porque ha desaparecido la exigencia expresa de informar acerca del tipo, situación o nivel de comodidad —lo que no implica que no deban comunicarse estos extremos al futuro viajero, ya que pueden entenderse incluidos dentro de la exigencia más omnicompreensiva de informar acerca de las «principales características» del alojamiento— y porque la información acerca de la categoría turística de este último únicamente ha de proporcionarse «si procede», es decir, siempre que sea conveniente o adecuado. De hecho, GÓMEZ CALLE, E., *El contrato de viaje combinado*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 147 y 148, ya había subrayado que la información acerca de la clasificación turística del alojamiento en el lugar de destino podía ser de poca utilidad o, incluso, confundir al consumidor no familiarizado con su significación; opinión que reitera en trabajos posteriores —así, «Comentario al artículo 152 TRLGDU», en CÁMARA LAPUENTE, S. (director), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Editorial Colex, Madrid, 2011, p. 1312, y «En torno a una posible revisión del régimen del viaje combinado», en CÁMARA LAPUENTE, S. (director) y ARROYO AMAYUELAS, R. (coordinadora), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores...*, ob. cit., p. 397—. Por otro lado, porque la regulación española se ciñe estrictamente a la comunitaria, que, ya desde la Directiva 1990, exigía exclusivamente información sobre las comidas, pero no sobre las bebidas; mención esta última que fue añadida por el legislador español con ocasión de la inclusión de la regulación de los viajes combinados en la LGDCU.

El artículo 153.1.a) LGDCU completa los extremos ya señalados con otros nuevos, todos ellos relacionados con particularidades de carácter principal de los servicios de viaje, los cuales vienen a conformar sus puntos 5.º a 8.º. En concreto, las visitas, excursiones u otros servicios incluidos en el precio total acordado del viaje combinado —art. 153.1.a).5.º LGDCU—; la indicación de si alguno de los servicios de viaje se prestará al viajero como parte de un grupo y, en caso afirmativo, cuando sea posible, el tamaño aproximado del grupo, siempre que esta información no pueda deducirse del contexto —art. 153.1.a).6.º LGDCU—; el idioma en que se prestarán otros servicios turísticos, si su disfrute depende de la capacidad del viajero para comunicarse verbalmente de manera eficaz —art. 153.1.a).7.º LGDCU—; y, a petición del viajero, si el viaje o vacación es en términos generales apto para personas con movilidad reducida¹⁷, información precisa sobre la idoneidad del viaje o vacación en función de sus necesidades —art. 153.1.a).8.º LGDCU—¹⁸.

2.3. Información acerca de otros extremos

Junto con las características principales del viaje, el artículo 153.1 LGDCU contiene otras exigencias en materia de información precontractual, que conforman sus letras b) a h). En primer lugar, el artículo 153.1 LGDCU exige en sus letras d) a f) extremos ya requeridos en las letras e), g) y h) del artículo 152.1 LGDCU en su redacción anterior. Con todo, el contenido del

¹⁷ Al respecto, véase SAP Baleares, Sección 4.ª, de 14 de enero de 2009, JUR 2009\193466, que declara la inexistencia de responsabilidad de la agencia de viajes, porque informó al cliente de que el viaje que pretendía contratar no era adaptado a su minusvalía.

¹⁸ Nótese que estos dos últimos incisos no despliegan su eficacia de forma automática, de modo que no constituyen, necesariamente, parte del contenido de la información precontractual. Lógicamente, la información acerca del idioma únicamente será exigible en aquellos casos en que el viajero vaya a disfrutar de ciertos servicios turísticos, que dependen de su capacidad para comunicarse verbalmente de forma eficaz —por ejemplo, un guía o un instructor en idioma distinto al materno o los cuidadores o animadores en un miniclub, etc.—. Por su parte, mientras que el Anteproyecto de Ley acogió prácticamente de forma literal el último inciso del artículo 5.1.a) Directiva 2015, el Proyecto de Ley alteró el orden de los elementos del enunciado, lo que ha trastocado finalmente el contenido de dicha previsión. Así, atendiendo a la Directiva, el viajero siempre ha de recibir información acerca de la adecuación del viaje para las personas con movilidad reducida y, únicamente previa solicitud, información complementaria acerca de la adecuación del viaje a sus concretas necesidades. Por el contrario, la ubicación de la locución prepositiva «a petición del viajero» en el inicio del inciso 8.º del artículo 153.1.a) LGDCU, determina que el viajero no tenga que recibir, en principio, información alguna acerca de la adecuación del viaje a los viajeros con movilidad reducida. De ahí que, en nuestro ordenamiento, se traslade la iniciativa de valorar la aptitud del viaje para personas con movilidad reducida al propio viajero, que, en caso de que lo estime pertinente, habrá de solicitar dicha información. Como resultado, este cambio de redacción conlleva un nivel de protección diferente para el viajero y, en definitiva, choca con la prohibición contenida en el artículo 4 Directiva.

artículo 5.1 Directiva 2015, acogido prácticamente de forma literal en el artículo 153.1 LGDCU, ha dotado de sencillez a tales previsiones, que, a nuestro parecer, resultaban excesivamente enrevesadas y farragosas. Así, según la regulación en vigor, organizador y minorista deberán proporcionar información acerca de las modalidades de pago, incluido cualquier importe o porcentaje del precio que deba abonarse en concepto de anticipo y los plazos para abonar el saldo, o las garantías financieras que tenga que pagar o aportar el viajero —art. 153.1.d) LGDCU—; el número mínimo de personas necesario para la realización del viaje combinado, antes del inicio del viaje combinado, para la posible cancelación del contrato si no se alcanza dicho número —art. 153.1.e) LGDCU—; o los requisitos de pasaporte y visado, incluido el tiempo aproximado para la obtención de visados, e información sobre los trámites sanitarios para el viaje y la estancia en el país de destino —art. 153.1.f) LGDCU—.

En segundo lugar, la Directiva 2015 exige algunos datos no requeridos por la Directiva 1990, pero que sí se encontraban previstos en la regulación española de viajes combinados. Sin embargo, la transposición ha conllevado ciertos cambios en estos incisos, que han quedado completados o precisados y, uno de ellos, simplificado. En este sentido, el futuro viajero deberá recibir información acerca del nombre comercial, la dirección completa del organizador y, en su caso, del minorista, así como el número de teléfono y la dirección de correo electrónico de ambos —art. 153.1.b) LGDCU—¹⁹. Del mismo modo, al viajero habrá de comunicársele información sobre el precio total del viaje combinado con todos los impuestos incluidos y, en su caso, todas las comisiones, recargos y otros costes adicionales —propinas, tasas aeroportuarias, tasas de entrada y salida en determinados países o, en ocasiones, la prima del seguro de asistencia en viaje, entre otros— o, si dichos costes no pueden calcularse razonablemente antes de la celebración del contrato, una indicación del tipo de costes adicionales que el viajero podría tener que soportar —art. 153.1.c) LGDCU—. Por último, al futuro viajero también se le informará acerca de la posibilidad de resolver el contrato en cualquier momento antes del inicio del viaje combinado, a cambio del pago de una penalización adecuada²⁰, o en su caso, de la penalización tipo aplicada por este concepto por el organizador —art. 153.1.g) LGDCU—.

¹⁹ De este modo, se completa y actualiza la previsión del anterior artículo 152.1.j) LGDCU, al puntualizarla y añadir otras exigencias como teléfono o correo electrónico, dirigidas todas ellas a identificar al organizador, pero también al minorista. Obviamente, estos datos resultan imprescindibles en caso de que el viajero necesite ponerse en contacto con cualquiera de ellos. Piénsese, por ejemplo, en la comunicación de la cesión del contrato de viaje combinado a otro viajero, en la información acerca de cualquier falta de conformidad durante la ejecución del contrato o en el envío de mensajes, peticiones o quejas en relación con la ejecución del viaje combinado.

²⁰ A nuestro juicio, resulta especialmente oportuna la exigencia de información expresa acerca del abono de una penalización, aunque este dato debía entenderse exigido dentro de las cláusulas aplicables a posibles cancelaciones, ya prevista en la LGDCU. De hecho, según GÓ-

En tercer lugar, el artículo 153.1.h) LGDCU preceptúa como mención obligatoria en fase precontractual la información sobre la suscripción de un seguro facultativo que cubra los gastos originados en caso de que el viajero decida poner fin al contrato o los gastos de asistencia, incluidos los de repatriación, en caso de accidente, enfermedad o fallecimiento. Sin embargo, esta exigencia no constituye una novedad en sentido estricto, puesto que formaba parte de la información a proporcionar, si bien con el tiempo necesario antes del inicio del viaje combinado —anterior art. 156.1.d) LGDCU—. Por lo tanto, su carácter novedoso se circunscribe a un mero cambio de ubicación, sin duda pertinente, ya que, de este modo, el viajero dispone de más tiempo para informarse sobre el particular y reflexionar acerca de la conveniencia o no de contratar²¹. Es cierto que el contenido de este deber de información excede los límites del contrato de viaje combinado²². Sin embargo, salvo excepciones, el futuro viajero no suele tener presente la posibilidad de sufrir determinados percances durante el disfrute del viaje ni, mucho menos, conoce el elevado coste económico que pueden conllevar los tratamientos médicos por enfermedad o accidente —medicamentos, pruebas diagnósticas o, incluso, intervenciones quirúrgicas urgentes—, el envío de medicamentos no existentes en el país de destino, la prolongación de la estancia en caso de enfermedad o accidente, el transporte sanitario de vuelta al país de origen o la repatriación, entre otras actuaciones. De ahí la importancia que cobra la información sobre este extremo, así como que la misma sea proporcionada en la fase previa a la contratación, precisamente en el momento en que el futuro viajero recibe información sobre el viaje combinado.

En cuarto lugar, con la salvedad de las novedades relativas a las principales características de los servicios de viaje, el único extremo novedoso en materia de información precontractual que presenta el artículo 153.1

MEZ CALLE, E., «Comentario al artículo 152 TRLGDU», en CÁMARA LAPUENTE, S. (director), *Comentarios a las normas de protección...*, ob. cit., p. 1314, en nuestro país, las condiciones que han dado lugar a un mayor número de pronunciamientos judiciales son las relativas a los gastos de anulación y de gestión exigibles al consumidor que decide cancelar el viaje.

²¹ Por su parte, GÓMEZ CALLE, E., «Comentario al artículo 156 TRLGDU», en CÁMARA LAPUENTE, S. (director), *Comentarios a las normas de protección...*, ob. cit., p. 1337, ya había planteado la conveniencia de que la información relativa a esta posibilidad se adelantara y se incluyera en el programa o, si no, al menos en el contrato para que el consumidor recibiera esta información antes de la perfección del contrato y pudiera suscribir ambos contratos simultáneamente.

²² Tal y como afirma GÓMEZ CALLE, E., *El contrato...*, ob. cit., p. 160, y «Comentario al artículo 156 TRLGDU», en CÁMARA LAPUENTE, S. (director), *Comentarios a las normas de protección...*, ob. cit., p. 1339, aunque valora positivamente la exigencia contenida en la Directiva 1990; consideración que es acogida posteriormente por MORALEJO IMBERNÓN, N., «Comentario al artículo 156 TRLGDCU», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, 2.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 2200.

LGDCU, está constituido por un nuevo inciso i), inexistente en la Directiva 2015, relativo a «La información exigida por la normativa en materia de protección de datos de carácter personal».

Por último, adviértase que el artículo 153.1 LGDCU carece de una cláusula de cierre similar a la contenida en el anterior artículo 152.1 LGDCU, que, a los extremos expresamente exigidos, añadía «Toda información adicional y adecuada sobre las características del viaje ofertado»²³. A nuestro juicio, esta previsión debería haberse mantenido en el régimen jurídico de los viajes combinados. Piénsese que el extensísimo elenco de menciones informativas previstas legalmente no agota todas aquellas cuestiones cuya comunicación puede resultar necesaria para el futuro viajero, dada la heterogeneidad que presentan los viajes combinados. Pero, es más, en estrecha relación con esta última consideración, una cláusula como la mencionada permite acomodar la información a comunicar a las circunstancias del caso concreto. Ahora bien, en última instancia, las exigencias derivadas de la buena fe justificarían que organizador y minorista debieran informar igualmente respecto de otros datos relacionados con el específico viaje ofertado, aun cuando no estén explicitados en la Directiva ni, consiguientemente, en la LGDCU.

3. Información a proporcionar en el contrato

El artículo 155.2 LGDCU dispone la incorporación al contrato de viaje combinado o a su confirmación del contenido íntegro de lo acordado por las partes, incluida toda la información precontractual, así como de una serie de datos sobre los que el viajero ha de recibir información por primera vez, relacionados todos ellos con cuestiones vinculadas con la ejecución del viaje. Esta circunstancia explica que la exigencia de comunicación de estos extremos se realice en este momento temporal, cuando el futuro viajero efectivamente contrata. Al igual que en sede de información precontractual, aquel precepto incluye un nuevo e, igualmente, extenso listado, formado por ocho menciones —letras a) a h)—, la mayoría de las cuales constituyen información común a cualquier viaje combinado, de modo que inexcusablemente habrán de incluirse en todo contrato de viaje combinado. No así las informacio-

²³ Así, por ejemplo, nuestro tribunales han declarado en distintas ocasiones la responsabilidad derivada de la falta de información, con carácter previo a la contratación, de las previsiones meteorológicas, fundamentalmente, huracanes, que no se consideran fuerza mayor por entender que son previsibles por la zona, la frecuencia y la época del año —véanse, entre otras, la SAP Madrid, Sección 14.ª, de 22 de julio de 2009, AC 2010\1930, sobre contratación de un viaje de novios a la Riviera Maya; o la SAP Cantabria, Sección 4.ª, de 7 de noviembre de 2007, AC 2007\2012, en relación con la contratación de un viaje de novios a la República Dominicana—. Idéntica solución habría de darse, por ejemplo, en caso de viajes a zonas particularmente conflictivas.

nes exigidas en sus letras a) o f), cuya incorporación, evidentemente, queda condicionada a que el viajero presente necesidades especiales —por ejemplo, alergias o intolerancias alimentarias— y hayan sido aceptadas por el organizador y/o a que el viaje combinado incluya alojamiento y sean menores no acompañados los futuros viajeros, respectivamente. Por lo demás, de la lectura de dicho listado puede deducirse la voluntad del legislador de que el futuro viajero tenga información acerca de aquellos derechos que le asisten en caso de una incorrecta ejecución del viaje combinado o de una eventual insolvencia del empresario.

Así, en el contrato de viaje combinado deben incluirse la indicación de que el organizador y el minorista son responsables de la correcta ejecución de todos los servicios de viaje incluidos en el contrato y están obligados a prestar asistencia si el viajero se halla en dificultades —art. 155.2.b) LGDCU—; el nombre de la entidad garante en caso de insolvencia, el nombre de la entidad garante del cumplimiento de la ejecución del contrato de viaje combinado, y los datos de contacto, incluida su dirección completa, y, cuando proceda, el nombre de la autoridad competente designada a tal fin y sus datos de contacto —art. 155.2.c) LGDCU—; el nombre, dirección completa, número de teléfono, dirección de correo electrónico y, si ha lugar, número de fax del representante local del organizador y, en su caso, del minorista, de un punto de contacto o de otro servicio que permita al viajero, a su elección, ponerse en contacto con cualquiera de ellos rápidamente y comunicarse con ellos eficazmente, pedir asistencia cuando tenga dificultades o presente una reclamación por cualquier falta de conformidad advertida durante la ejecución del viaje combinado —art. 155.2.d) LGDCU—; e información sobre los procedimientos internos de reclamaciones disponibles y sobre sistemas de resolución alternativa de conflictos y, si procede, sobre la entidad de resolución de conflictos a la que esté adherida el empresario y sobre la plataforma a que se refiere el Reglamento (UE) n.º 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo —art. 155.2.g) LGDCU—.

Junto con los extremos ya mencionados, el contrato ha de informar acerca del deber del viajero de comunicar toda falta de conformidad advertida durante la ejecución del viaje combinado —art. 155.2.e) LGDCU— y del derecho del viajero a ceder el contrato a otro viajero —art. 155.2.h) LGDCU—. Se trata de informaciones que normalmente no serán conocidas de antemano por el futuro viajero, pero que presentan un indudable interés práctico. En el primer supuesto, porque la cesión del contrato constituye una opción en caso de que el viajero contratante no pueda o no quiera hacer uso del viaje. En el segundo supuesto, porque la aplicación de las distintas soluciones previstas para el caso de que el viaje combinado adolezca de una falta de conformidad —art. 161 LGDCU— depende inexcusablemente de que el organizador tenga conocimiento de dicha circunstancia. En efecto, difícilmente este último podrá subsanar la falta de conformidad u ofrecer fórmulas

alternativas adecuadas para la continuación del viaje combinado si el viajero no ha cumplido con su obligación de informar acerca de cualquier falta de conformidad. Del mismo modo, su eventual subsanación por parte del viajero, con las consecuencias que conlleva²⁴, queda supeditada a que el organizador no haya subsanado la falta de conformidad en un plazo razonable, de cuya existencia, a su vez, ha de tener conocimiento. Es más, el incumplimiento de esta obligación de comunicación puede ser tenido en cuenta en la determinación de la reducción del precio o de la indemnización por daños y perjuicios en los casos en que la notificación hubiera evitado o reducido tales daños y perjuicios²⁵.

El artículo 155.5 LGDCU prevé una última obligación de información a satisfacer por parte del organizador «con suficiente antelación al inicio del viaje combinado». Así, según aquel precepto, este último debe proporcionar al viajero, además de los recibos, vales y billetes necesarios, la información acerca de la hora de salida programada y, si procede, la hora límite para facturar, así como la hora programada de las escalas, conexiones de transporte y llegada. Obsérvese que la actual regulación reduce sustancialmente el contenido de la información a suministrar al futuro viajero en este momento temporal. La razón no es otra que buena parte de las informaciones que el anterior artículo 156.a) LGDCU exigía comunicar con carácter previo al inicio del viaje son requeridas en momentos temporales previos²⁶. Como resultado, el contenido de la información a suministrar con anterioridad al inicio del viaje se circunscribe a extremos relacionados exclusivamente con el desplazamiento.

4. Información a proporcionar al viajero en dificultades

El artículo 163.2 LGDCU prevé una última obligación de información a satisfacer durante la ejecución del viaje combinado. En efecto, aquel proclama la obligación que pesa sobre el organizador de suministrar información adecuada al viajero en dificultades sobre los servicios sanitarios, las autoridades locales y la asistencia consular, la cual forma parte de la obligación

²⁴ En concreto, el reembolso de los gastos necesarios o la resolución del contrato sin pagar penalización alguna, acompañada, si procede, de una reducción del precio y/o una indemnización por los daños y perjuicios causados

²⁵ Véase considerando 34 Directiva

²⁶ Así, los datos identificativos de la representación del organizador en destino y aquellos que permitan el contacto directo en caso de viajes y estancias de menores no acompañados han de constar en el contrato, tal y como se prevé en el artículo 155.2.d) y f) LGDCU, mientras que la posibilidad de contratar un seguro para cubrir gastos de cancelación o de asistencia forma parte de la información a proporcionar al viajero en fase precontractual —art. 153.1.h) LGDCU—.

más amplia de proporcionar asistencia al viajero en dificultades. A su vez, esta obligación y, por ende, la obligación de suministrar información nace en especial en caso de circunstancias inevitables y extraordinarias, es decir, en situaciones «...fuera del control de la parte que la alega y cuyas consecuencias no habrían podido evitarse incluso si se hubieran adoptado todas las medidas razonables» —art. 151.1.f) LGDCU—. Piénsese, por ejemplo, en catástrofes de la naturaleza, intentos o golpes de estado, atentados terroristas o pandemias, entre otras situaciones. Sin embargo, la redacción de la que se sirve el precepto —en concreto, la utilización de la expresión «en especial»— necesariamente lleva a concluir que la obligación de asistencia y, por tanto, la de suministrar información, puede aflorar en otras circunstancias no calificables de inevitables y extraordinarias. Por tanto, a nuestro entender, el viajero también deberá recibir información siempre que sufra algún tipo de suceso o incidente que le impida disfrutar razonablemente del viaje combinado tal y como este había sido organizado y en que, por lo tanto, puede requerir de ayuda para hacerle frente —por ejemplo, enfermedad, accidente, robo, agresión, pérdida de una conexión de transporte, etc.—. Naturalmente, la facilitación de esta información debe llevarse a cabo «sin demora indebida», es decir, sin tardanza o dilación, máxime si se tiene presente que la justificación última de esta obligación de información es precisamente que el viajero se encuentra en dificultades, por lo que el retraso en su suministro podría agravar su situación.

III. EL VIAJERO ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN DEL CONTRATO DE VIAJE COMBINADO

1. Preliminar

Analizadas las obligaciones de información al viajero contratante de viajes combinados, resta pronunciarnos acerca de las consecuencias derivadas de su incumplimiento. La Directiva 1990 no contenía previsión alguna sobre este tema, lo que condujo a la existencia de importantes diferencias en las legislaciones de los distintos Estados miembros²⁷. Se trataba —y se sigue tratando— de una orientación común a otras directivas en materia de consumo²⁸, que, con matices, la Directiva 2015 ha mantenido. En efecto, esta

²⁷ Así, SCHULTE-NÖLKE, H. y MEYER-SCHWICKERATH, L., «Package Travel Directive...», en SCHULTE-NÖLKE, H. (editor) y TWIGG-FLESNER, C. y EBERS, M. (cooperadores), *EC Consumer Law Compendium...*, *ob. cit.*, p. 274, que también señalaron que tales diferencias tenían un efecto positivo en el grado de cumplimiento de las obligaciones de información por parte de organizadores y detallistas en los casos transfronterizos, ya que dificultaban el cálculo de los costes de los incumplimientos cometidos en el extranjero.

²⁸ Al respecto, véase el análisis de TWIGG-FLESNER, C., «Informations duties...», en SCHULTE-NÖLKE, H. (editor) y TWIGG-FLESNER, C. y EBERS, M. (cooperadores), *EC*

última solamente se pronuncia sobre las consecuencias jurídicas del incumplimiento de la información sobre comisiones, recargos u otros costes adicionales. Sin embargo, guarda silencio respecto de otros supuestos de incumplimiento, que pueden afectar no solo al contenido de la obligación —tanto por omisión, como por inexactitud o falsedad de la información—, sino también a los requisitos exigidos para su exteriorización. Con todo, la LGDCU declara el carácter vinculante de la información precontractual —art. 154.1 LGDCU— y regula la falta de conformidad del viaje con el contrato en sus artículos 161 y 162 LGDCU; previsiones a las que habrá que acudir para dar solución al incumplimiento. Igualmente, no podemos olvidar que cabría igualmente servirse, en su caso, de las previsiones existentes en nuestro ordenamiento en materia de competencia desleal y de Derecho administrativo de consumo²⁹.

Lógicamente, la carga de la prueba en relación con el cumplimiento de cualquiera de los requisitos de información recaerá en el empresario. Es cierto que el artículo 156 LGDCU prevé esta solución respecto del cumplimiento de los requisitos de información «establecidos en el presente capítulo», por tanto, exclusivamente en relación con las menciones que forman parte de la información precontractual y aquellas que tienen que ser incluidas en el contrato. Ahora bien, la misma solución ha de adoptarse respecto de la satisfacción de aquellos requisitos de información exigidos en la fase de ejecución del contrato. Y ello no solo porque la solución opuesta conllevaría, en la mayoría de las ocasiones, una *probatio diabolica* para el viajero, sino porque, en último término, vendría a dificultar —si no impedir— la consecución de un alto nivel de protección de los viajeros.

2. Consecuencias derivadas del incumplimiento de las obligaciones de información del contrato de viaje combinado

La falsedad o inexactitud de la información proporcionada al viajero³⁰ deriva en la no ejecución o la ejecución incorrecta de alguno o de

Consumer Law Compendium..., *ob. cit.*, pp. 714-7. En cualquier caso, este silencio también existe en nuestro ordenamiento jurídico en relación con las consecuencias de la infracción de los deberes de información precontractual; cuestión sobre la que pueden consultarse las reflexiones de CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al artículo 60 LGDCU», en CÁMARA LAPUENTE, S. (director), *Comentarios a las normas de protección...*, *ob. cit.*, pp. 508-510.

²⁹ Así, STJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª, de 28 de mayo de 2002, JUR 2002\240236, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un mayorista contra la resolución de la Dirección General de Turismo, que le había impuesto una sanción de 150.000 pesetas por ofrecer una información inexacta obtenida de forma indirecta del examen de folletos turísticos y de datos suministrados por el propio hotelero.

³⁰ Por ejemplo, véanse SAP Madrid, Sección 21.ª, de 11 de diciembre de 2012, AC 2013\159, sobre deficiente información de las prestaciones contratadas, en particular,

varios de los servicios de viaje incluidos en el contrato de viaje combinado, lo que, atendiendo al artículo 151.1.k) LGDCU constituye una falta de conformidad. Por ello, la determinación de las consecuencias derivadas de informaciones falsas o inexactas habrá de realizarse con base en las previsiones contenidas en los artículos 161 y 162 LGDCU. Atendiendo a estos preceptos, el organizador y, en su caso, el minorista debe subsanar la falta de conformidad, salvo que resulte imposible o entrañe un coste desproporcionado. Es más, el incumplimiento de este deber en un plazo razonable establecido por el viajero faculta a este último a hacerlo y solicitar el reembolso de los gastos necesarios. En cualquier caso, aquel tendrá derecho a una reducción adecuada del precio, a la que habrá de sumársele una indemnización igualmente adecuada³¹, siempre que haya sufrido cualquier daño o perjuicio como consecuencia de dicha falta de conformidad.

Excepcionalmente, si la no ejecución o la ejecución incorrecta afecta a una proporción significativa de los servicios de viaje incluidos en el contrato, el organizador deberá ofrecer fórmulas alternativas adecuadas para la continuación del viaje combinado, de calidad equivalente o superior a las especificadas en el contrato y sin coste adicional alguno para el viajero. Por

las derivadas de ser la habitación del hotel «estándar» para uso de cuatro personas adultas; SAP Madrid, Sección 10.^a, de 22 de junio de 2011, JUR 2011\289204, en relación con la carencia de información de las características del buque tras la sustitución del inicialmente previsto; SAP Valencia, de 27 de abril de 2005, JUR 2005\164313, en la que la agencia de viajes proporciona a los viajeros una información sobre el hotel con una serie de prestaciones y servicios ajenos a la oferta de la mayorista; SAP Zaragoza, Sección 4.^a, de 17 de diciembre de 2002, JUR 2003\34322, respecto de la omisión de información sobre la situación conflictiva existente en destino y presentarla como idílica; SAP Asturias, Sección 5.^a, de 12 de junio de 2006, AC 2006\1031, sobre inexactitudes en relación con el autopullman y los apartamentos contratados; o SAP Granada, Sección 3.^a, de 23 de marzo de 1999, AC 1999\739, en relación con un folleto informativo en el que estaba incluido el término «caballos» referido a actividades de equitación, pero el hotel contratado no podía suministrarlo en el propio establecimiento y sí en un hotel cercano.

³¹ Como puntualiza el considerando 34 Directiva, la indemnización también debe cubrir los perjuicios morales, en particular la indemnización por la pérdida de disfrute del viaje o vacación por causa de problemas sustanciales en la ejecución de los servicios de viaje de que se trate. Al respecto, véase STJUE de 12 de marzo de 2002, asunto C-168/00, Simone Leitner / TUI Deutschland GmbH & Co. KG.

Por lo demás, existen numerosos pronunciamientos en los que se reconoce el daño moral en caso de frustración de un viaje combinado. Así, entre otros, véanse SJM Vigo n.º 3 de 22 de octubre de 2018, AC 2018\1955; SAP Madrid, Sección 11.^a, de 28 de abril de 2017, JUR 2017\164390; SAP Baleares, Sección 3.^a, de 28 de octubre de 2014, JUR 2015\54442; SAP Madrid, Sección 8.^a, de 10 de junio de 2013, JUR 2018\138428; SAP Barcelona, Sección 13.^a, de 5 de junio de 2013, JUR 2013\269268; SAP Vizcaya, Sección 4.^a, de 20 de noviembre de 2012; JUR 2014\156348; SAP Málaga, Sección 5.^a, de 29 de febrero de 2012, AC 2012\1256; SAP Madrid, Sección 10.^a, de 26 de mayo de 2011, AC 2011\1329; SAP Palencia, Sección 1.^a, de 17 de junio de 2010, AC 2010\1069; o SAP Madrid, Sección 8.^a, de 4 de mayo de 2010.

su parte, si la falta de conformidad afecta sustancialmente a la ejecución del viaje combinado y el organizador no ha procedido a la subsanación, el viajero podrá poner fin al contrato de viaje combinado sin pagar penalización alguna. En relación con este concreto supuesto, el artículo 161.6 LGDCU expresamente prevé que el viajero puede «solicitar, en su caso, tanto una reducción del precio como una indemnización por los daños y perjuicios causados». En realidad, se trata de una mera reiteración, a nuestro juicio con una redacción desafortunada, del contenido del artículo 162 LGDCU. Y ello porque, atendiendo al apartado primero de este último precepto, el viajero siempre tiene derecho a una reducción del precio si sufre una falta de conformidad, mientras que únicamente —es decir, en su caso— tendrá derecho a una indemnización, si ha sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la falta de conformidad. Así, el tenor de aquellos artículos puede llevar a entender erróneamente que el derecho a la reducción del precio constituye una mera posibilidad al ir precedido de la expresión «en su caso» y no que existe en todo supuesto en que el viajero sufra una falta de conformidad, siempre, desde luego, que lo ejercite. Por lo demás, la profusión de términos imprecisos en la regulación de la responsabilidad por la ejecución del viaje combinado —así, coste desproporcionado, gravedad de la falta, plazo razonable, gastos necesarios, proporción significativa, fórmulas alternativas adecuadas, calidad equivalente, reducción adecuada/inadecuada del precio, indemnización adecuada, sin demora indebida, etc.— inevitablemente planteará dificultades en su aplicación práctica.

Hemos avanzado que la LGDCU únicamente se pronuncia respecto de la omisión en relación con la obligación de informar sobre comisiones, recargos u otros costes adicionales. De ahí que sean los operadores jurídicos quienes tengan que determinar las consecuencias derivadas de la falta de información acerca de cualesquiera otros extremos exigidos legalmente; determinación que ha de realizarse de forma individualizada, es decir, mención a mención, dado su heterogéneo contenido, lo que da lugar a una profusa casuística. En efecto, el artículo 154.2 LGDCU establece que, si antes de la celebración del contrato, el organizador y, en su caso, el minorista, no cumplen con los requisitos de información sobre comisiones, recargos u otros costes adicionales, el viajero no tendrá que soportarlos. Como resultado, el silencio en relación con esta concreta información lleva aparejada su inexigibilidad al viajero; solución que, a nuestro parecer, ha de extenderse a otros supuestos de omisión. Nos estamos refiriendo a la falta de información sobre si alguno de los servicios de viaje se prestará al viajero como parte de un grupo —art. 153.1.a).6.º LGDCU—, siempre, desde luego, que esta información no pueda deducirse del contexto; las modalidades de pago, en particular, la cantidad a abonar en concepto de anticipo, o las garantías financieras que tiene que pagar o abonar el viajero —art. 153.1.d) LGDCU—; el número mínimo de personas necesario para la realización del viaje combi-

nado³² —art. 153.1.e) LGDCU—; o el deber del viajero de comunicar toda falta de conformidad advertida durante la ejecución del viaje combinado³³ —art. 155.2.e) LGDCU—. Con todo, en la práctica resultará habitual que la no concurrencia del número necesario de viajeros para la prestación de alguno de los servicios de viaje o para la celebración del propio viaje lleve aparejada su frustración, incluso en el supuesto de que el viajero no haya recibido información al respecto. De ahí que en los casos de omisión de dicha información y no prestación del servicio o ejecución del viaje, el viajero tenga derecho a la devolución del precio abonado, así como a una indemnización por los daños y perjuicios causados³⁴. Aquella consecuencia —es decir, la inexigibilidad— debe extenderse, siquiera parcialmente, al caso de omisión de la información relativa a la posibilidad del viajero de resolver el contrato en cualquier momento antes del inicio del viaje, a cambio del pago de una penalización —art. 153.1.g) LGDCU—. En buena lógica, el viajero podrá poner fin al contrato, aunque no le será exigible el abono de penalización alguna³⁵.

A su vez, el silencio en relación con alguna o varias de las principales características del viaje³⁶ —art. 153.1.a) LGDCU— legitimará al viajero para exigir aquellas características o prestaciones que usualmente presentan viajes combinados del mismo tipo³⁷. Ahora bien, en caso de que su pretensión no sea atendida, nos encontraríamos ante un supuesto de no ejecución o de ejecución incorrecta de alguno o de varios de los servicios de viaje incluidos en el contrato de viaje combinado, por tanto, ante una falta de conformidad, a la que se le aplicarían las soluciones anteriormente mencionadas.

³² También sostuvo la inoponibilidad de esta información en caso de silencio sobre la misma GÓMEZ CALLE, E., *El contrato...*, *ob. cit.*, p. 176, y en «Comentario al artículo 152 TRLGDU», en CÁMARA LAPUENTE, S. (director), *Comentarios a las normas de protección...*, *ob. cit.*, p. 1321.

³³ Igualmente, GÓMEZ CALLE, E., «Comentario al artículo 152 TRLGDU» y «Comentario al artículo 156 TRLGDCU», en CÁMARA LAPUENTE, S. (director), *Comentarios a las normas de protección...*, *ob. cit.*, pp. 133 y 1341.

³⁴ En un sentido similar, MORALEJO IMBERNÓN, N., «Comentario al artículo 152 TRLGDCU», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Comentario...*, 2.ª ed., *ob. cit.*, p. 2172, si bien parte de la premisa de la frustración del viaje siempre que no se alcance el número mínimo de participantes, con independencia de que dicha información se haya proporcionado al viajero o se haya omitido.

³⁵ Del mismo modo, SAP Álava, Sección 1.ª, de 2 de febrero de 2011, AC 2011\1739; SAP Barcelona, Sección 16.ª, de 23 de mayo de 2008, JUR 2008\204560; o SAP Barcelona, Sección 16.ª, de 26 de enero de 2006, AC 2006\166.

³⁶ Así, por ejemplo, véase la SAP Madrid, Sección 18.ª, de 30 de mayo de 2006, AC 2006\2209, en relación con un supuesto de ausencia de información a los viajeros sobre los alojamientos, con especificación de su tipo, situación, caracteres, homologación y nivel de comodidad, por lo que se produjo una falta de información, que generó la frustración de aquellos en sus legítimas expectativas.

³⁷ Igualmente, GÓMEZ CALLE, E., *El contrato...*, *ob. cit.*, p. 176, y en «Comentario al artículo 152 TRLGDU», en CÁMARA LAPUENTE, S. (director), *Comentarios a las normas de protección...*, *ob. cit.*, p. 1321.

En cambio, la omisión de otras informaciones tendrá que solventarse mediante la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios causados. Piénsese en el silencio sobre la suscripción de un seguro que cubra los gastos de terminación del contrato por el viajero o los gastos de asistencia en caso de accidente, enfermedad o fallecimiento —art. 153.1.h) LGDCU—³⁸, por más que se trate de un seguro facultativo; la información que permita el contacto directo con un menor o con la persona responsable del mismo en el lugar de estancia de aquel, en caso de que viajen menores no acompañados por un familiar u otro adulto autorizado —art. 155.2.f) LGDCU—; el derecho del viajero a ceder el contrato a otro viajero —art. 155.2.h) LGDCU—; y, en definitiva, todas aquellas menciones exigidas por el artículo 155.2 LGDCU, que despliegan su eficacia en caso de una hipotética ejecución incorrecta del viaje combinado o insolvencia del empresario. Idéntica solución habrá de aplicarse en el supuesto de la falta de inclusión en el contrato de la información relativa a las necesidades especiales del viajero aceptadas por el organizador —art. 155.2.a) LGDCU—, siempre, desde luego, que aquel pueda probar tal aceptación; y de incumplimiento por parte del organizador de suministrar información sobre los servicios sanitarios, las autoridades locales y la asistencia consular al viajero en dificultades —art. 163.2 LGDCU—.

Por último, la falta de información sobre el idioma en que se prestarán los servicios turísticos si su disfrute depende de la capacidad del viajero para comunicarse verbalmente de manera eficaz —art. 153.1.a).7.º LGDCU— o sobre los requisitos de pasaporte y visado³⁹ y los trámites sanitarios para el

³⁸ Así también lo entendió MORALEJO IMBERNÓN, N., «Comentario al artículo 156 TRLGDCU», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Comentario...*, 2.ª ed., *ob. cit.*, p. 2202.

³⁹ En distintas ocasiones nuestros tribunales han declarado la responsabilidad de organizador y detallista por el incumplimiento de la obligación de información acerca de la necesidad de pasaportes, visados u otros documentos, aunque únicamente cuando se trata de un viaje combinado y no si se ha adquirido solamente un billete de avión, tal y como puntualizó la SAP Islas Baleares, Sección 4.ª, de 11 de abril de 2011, AC 2011\1921. Así, véanse, SAP Islas Baleares, Sección 3.ª, de 28 de octubre de 2014, JUR 2015\54442; SAP Alicante, Sección 9.ª, de 26 de marzo de 2013, JUR 2013\215126; SAP Madrid, Sección 8.ª, de 19 de enero de 2010, JUR 2010\127142; SAP Madrid, Sección 9.ª, de 12 de marzo de 2010, AC 2010\968; SAP Zaragoza, Sección 5.ª, de 15 de febrero de 2008, AC 2008\849; o SAP Barcelona, Sección 17.ª, de 18 de julio de 2007, JUR 2008\16684. La SAP Barcelona, Sección 13.ª, de 24 de enero de 2012, AC 2012\298, considera que dicha responsabilidad existe incluso en el supuesto de que no todos los contratantes del viaje necesitaran visado, ya que el viaje se había programado para viajar todos juntos. A su vez, la SAP Islas Baleares, Sección 5.ª, de 10 de febrero de 2006, AC 2006\308, atribuyó la responsabilidad al 50% entre la agencia y el cliente, ya que la primera no comprobó la nacionalidad extranjera del cliente y el segundo hizo figurar como DNI un número que no lo era. En cambio, lógicamente, la SAP Zaragoza, Sección 5.ª, de 23 de febrero de 2007, JUR 2007\142488, desestimó la reclamación, porque se acreditó el suministro de información al viajero de las condiciones aplicables en materia de pasaportes y visados y de las formalidades necesarias para el viaje y la estancia.

país de destino —art. 153.1.f) LGDCU— dificultará o, incluso, imposibilitará bien el disfrute de alguno o algunos de los servicios incluidos en el viaje, bien la entrada en el país de destino. En definitiva, frustrará la ejecución de parte o de todo el viaje combinado. Por ello, ha de entenderse que el viajero tendrá derecho a la devolución del precio pagado por el servicio o servicios o, incluso, por el propio viaje, así como, en su caso, a una indemnización de los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento⁴⁰. Esta misma consecuencia tiene que sostenerse en caso de omisión de la información relativa a la hora de salida programada⁴¹, hora límite para facturar y hora programada de las escalas, conexiones de transporte y llegada —art. 155.5 LGDCU—, dependiendo del grado de afectación del concreto viaje combinado.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Al igual que otras directivas en materia de consumo, la Directiva 2015 y, por ende, la LGDCU, parten de la premisa de que el suministro de información paliará la situación de desigualdad en la que se encuentra el viajero y lo capacitará para participar en el mercado. De ahí la imposición de deberes de información a cargo del organizador y el minorista, particularmente intensos en fase precontractual. Es más, probablemente, esta necesidad se acen-

⁴⁰ Igualmente, GÓMEZ CALLE, E., *El contrato...*, *ob. cit.*, p. 176, y «Comentario al artículo 156 TRLGDCU», en CÁMARA LAPUENTE, S. (director), *Comentarios a las normas de protección...*, *ob. cit.*, p. 1340; y MORALEJO IMBERNÓN, N., «Comentario al artículo 152 TRLGDCU», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coordinador), *Comentario...*, 2.^a ed., *ob. cit.*, p. 2168.

Es más, nuestros tribunales han optado por una solución similar en el supuesto de falta de información de la concurrencia de distintas circunstancias que imposibilitaron disfrutar de las vacaciones en condiciones normales —entre otras, paso de un huracán, existencia de conflictos laborales o la erupción de un volcán—. Al respecto, véanse SAP Madrid, Sección 20.^a, de 8 de julio de 2015, AC 2015\1166; SAP Málaga, Sección 5.^a, de 29 de febrero de 2012, AC 2012\1256; SAP Madrid, Sección 8.^a, de 12 de mayo de 2010, AC 2010\1041; SAP Murcia, Sección 4.^a, de 2 de octubre de 2009, AC 2009\2121; SAP Madrid, Sección 13.^a, de 2 de julio de 2009, AC 2009\1796; SAP La Rioja, Sección 1.^a, de 4 de junio de 2009, JUR 2009\289993; SAP Málaga, Sección 5.^a, de 5 de mayo de 2009, JUR 2009\421858; SAP Madrid, Sección 13.^a, de 25 de marzo de 2008, AC 2008\994; o SAP Zamora (Sección 1.^a) de 4 de diciembre de 2007, AC 2008\317.

⁴¹ Lógicamente, la responsabilidad existe igualmente en caso de omisión de información de otras vicisitudes que afecten al horario de salida. Así, por ejemplo, la SAP Madrid, Sección 9.^a, de 28 de abril de 2008, JUR 2008\178145, por falta de información de la existencia de un retraso superior a dos horas en el traslado del aeropuerto al hotel y la realización del vuelo en hora distinta a la prevista por el cliente; la SAP Valladolid, Sección 3.^a, de 14 de abril de 2008, JUR 2008\304169, por la falta de comunicación de que el vuelo para incorporarse al crucero que se había contratado dentro del paquete se había adelantado; o la SAP Asturias, Sección 4.^a, de 24 de diciembre de 2001, AC 2001\2560, por no haber puesto en conocimiento de los contratantes la posibilidad de retraso por posibles problemas laborales de la compañía aérea.

túa en el contrato que nos ocupa, debido a su complejidad intrínseca y a la heterogeneidad que presentan los viajes combinados. Sin embargo, la solución no radica en la exigencia de informar de manera extremadamente detallada en aras de la protección del viajero. Ha de tenerse presente que, desde hace años, cierto sector doctrinal ha denunciado el distanciamiento existente entre el modelo de consumidor adoptado por el legislador —un consumidor medio informado y razonable— y el consumidor real, que, en general, no lee las informaciones que le facilita el empresario; las lee, pero no las entiende o se ve superado por la sobrecarga de información⁴². Desafortunadamente, la Comisión Europea, asida a una imagen de consumidor que ha devenido errónea⁴³, ha sido consciente de esta deficiencia tardíamente⁴⁴, al menos por lo que respecta a la regulación de los viajes combinados. Resulta improbable que un viajero medio pueda atender a la ingente cantidad de información que le debe suministrar el empresario y, en el caso de que lo haga, sea capaz de comprender todos los extremos. Lógicamente, esta disonancia pone en tela de juicio la eficacia de la técnica utilizada por el legislador para proteger y capacitar al viajero. Así, a nuestro entender, el cumplimiento escrupuloso de las exigencias en materia de información, con los importantes costes que ello conlleva, permitirá que organizador y minorista eludan una eventual exigencia de responsabilidad, pero no implicará necesariamente que el viajero haya quedado adecuadamente protegido. Por su parte, el *cuasi* silencio legal en relación con las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de dichas obligaciones traslada la labor de su determinación a los operadores jurídicos. El carácter vinculante de la información precontractual —art. 154 LGDCU— y el régimen previsto para la falta de conformidad del viaje combinado —arts. 161 y 162 LGDCU— se revelan como instrumentos útiles en una tarea en la que, necesariamente, aquellos deberán valorar cuidadosamente la trascendencia del incumplimiento de la concreta mención o menciones no comunicadas al viajero dada la disparidad de su contenido.

⁴² Entre otros, ZIMMERMANN, R., *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 246 y 247; y EINDENMÜLLER, H., FAUST, F., GRIGOLEIT, H. C., JANSEN, N. WAGNER, G. y ZIMMERMANN, R., «Hacia una revisión del *acquis* de consumo...», en CÁMARA LAPUENTE, S. (director) y ARROYO AMAYUELAS, E. (coordinadora), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores...*, *ob. cit.*, pp. 149 y 152.

⁴³ Sobre esta cuestión, véase HUALDE MANSO, T., *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho europeo de consumo*, Dykinson, Madrid, 2016, págs. 83-165.

⁴⁴ Tal y como se pone de manifiesto, entre otros documentos, en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Una Agenda del Consumidor Europeo para impulsar la confianza y el crecimiento, COM (2012) 225 final.

Cláusulas abusivas y competencia desleal: protección del pasajero junto al Reglamento (CE) 261/2004 y el Convenio de Montreal

M.^a Victoria Petit Lavall
Catedrática de Derecho mercantil
Universitat Jaume I¹

Sumario: I. Introducción.—II. Análisis de algunas cláusulas a la luz de las recientes sentencias y decisiones. 1. Cláusulas sobre equipaje. 1.1. Cláusulas abusivas. 1.2. Equipaje de mano y competencia desleal. 2. Cláusulas sobre denegación de embarque. 2.1. Las cláusulas *no show*. 2.2. Presentación sin los documentos adecuados. 2.3. Pasajeros conflictivos. 3. Cláusulas que prohíben la resolución del contrato por el pasajero. 4. Cláusulas sobre precios. 4.1. Repercusión de los incrementos de las tasas. 4.2. Imposición de cargos por impresión de la tarjeta de embarque. 4.3. Prohibición de pago en efectivo. 4.4. La imposición de otros cargos.

I. INTRODUCCIÓN

Es sabido que en el ámbito de la UE, mediante el Reglamento (CE) n.º 261/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen las normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) n.º 295/91 (en adelante, Reglamento 261/2004)² se ha prestado especial atención a la protección del pasajero como consumidor, configurándose unos derechos mínimos que necesariamente deben ser respetados ante determinados supuestos o incumplimientos contractuales de las compañías aéreas: denega-

¹ El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto «Implicaciones legales del uso de innovaciones tecnológicas en el transporte: problemas actuales y retos de futuro», 2020-2022, UJI-B2019-46 (IP Achim Puetz). Es una versión actualizada, de la publicada, con mayor extensión en la revista *Diritto e politica dei trasporti*, n. II/2019, pp. 104-129.

² D.O.U.E. L 46, de 17 de febrero de 2004.

ción de embarque, cancelación, gran retraso del vuelo y acomodo del pasajero en la aeronave en un plaza de clase inferior.

Sin embargo, tras más de quince años de vigencia, su aplicación en la práctica no ha dado los frutos que cabía esperar. Por un lado, la falta de claridad, lagunas y ambigüedades de algunos de sus preceptos han suscitado dudas y divergencias de interpretación en los distintos tribunales nacionales ocasionando distintas peticiones de decisiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) con las consiguientes sentencias³. Por otro lado, se ha visto la necesidad de ampliar la protección del pasajero frente a otras «dudosas» prácticas habituales de las compañías aéreas, incorporando aspectos o circunstancias no contemplados expresamente en el Reglamento, entre otras, las reprogramaciones de vuelos, las pérdidas de conexiones, el denominado no show (práctica de anulación del trayecto de vuelta si el pasajero no ha utilizado el de ida), o la admisión de la cesión del contrato de pasaje a un tercero. Así, desde 2013 existe una Propuesta de modificación del mismo⁴, que sigue sin ver la luz.

Pero, junto a este Reglamento sectorial, no puede perderse de vista que también al pasajero, calificado ampliamente como consumidor, le resulta de aplicación la normativa protectora de los derechos de los consumidores y usuarios, en concreto en España el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TR 1/2007). En efecto, siendo el contrato de transporte aéreo un contrato con condiciones generales al mismo le resulta de aplicación la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC). En consecuencia, las condiciones generales predispuestas por las compañías aéreas deben pasar un doble control, de incorporación (arts. 5 y 7 LCGC) y de contenido, siendo nulas aquellas que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la propia LCGC o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva (art. 8.1 LCGC); y en particular, aquellas que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor (art. 8.2 LCGC), cuya definición se encuentra en el art. 82.1 TR 1/2007, que incorpora la contenida en la Directiva 93/13/CEE de Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁵; siendo en todo caso abusivas aquellas enumeradas en los arts. 85 a 90 TR 1/2007.

³ Como afirma KONING, I., «The enforcement of airline passengers' rights in Europe», *European Journal of Consumer Law*, 2011/2, p. 364, el Reglamento no es un ejemplo de perfecta técnica legislativa.

⁴ COM (2013) 0130 final.

⁵ D.O.C.E. núm. 95, de 21 de abril de 1993.

Así lo declaró el TJUE (Sala Quinta), en Sentencia de 18 de septiembre de 2014⁶ (Caso Vueling Airlines), al afirmar que el Derecho de la UE no se opone, sin perjuicio de la aplicación, en particular, de las normas en materia de protección de los consumidores, a que los Estados miembros regulen aspectos relativos al contrato de transporte aéreo, especialmente a efectos de proteger a los consumidores contra las prácticas abusivas. Esta postura se ha confirmado posteriormente por la Sentencia (Sala Cuarta) de 6 de julio de 2017 (Caso Air Berlin)⁷, concluyendo que las normas nacionales que transponen la Directiva 93/13/CEE protegiendo a los consumidores frente a las cláusulas abusivas resultan de aplicación a los contratos de transporte aéreo. En concreto, afirma que la libertad de fijación de los precios de los servicios aéreos en el interior de la Unión, establecida en el art. 22.1 Reglamento (UE) n.º 1008/2008 del Parlamento Europeo y del de 24 de septiembre de 2008 sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad⁸, no puede impedir la aplicación de tal normativa nacional a las cláusulas de los contratos de transporte aéreo.

Pues bien, hasta la fecha ya son muchas las sentencias que han tenido que analizar los clausulados de los contratos de transporte aéreo de pasajeros de distintas compañías aéreas ante demandas de acciones declarativas y de cesación de determinadas cláusulas, tanto individuales como, sobre todo, colectivas presentadas por distintas organizaciones de defensa de consumidores y usuarios, cuyas soluciones —por desgracia— no siempre son coincidentes. Con todo, destaca la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 631/2018, de 13 noviembre⁹, que ha declarado la nulidad por abusivas de determinadas cláusulas de la compañía aérea IBERIA¹⁰.

⁶ ECLI:EU:C:2014:2232.

⁷ TJCE\2017\164.

⁸ *D.O.U.E.* L 293, de 31 de octubre de 2008.

⁹ RJ\2018\4922.

¹⁰ Resulta de interés el análisis de las condiciones generales de distintas compañías aéreas efectuado por la Cámara de Comercio de Milán, que destaca hasta veintitrés tipos de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, agrupándolas en tres tipologías: cláusulas sobre precios, cláusulas sobre horarios y cláusulas sobre retraso. https://www.milomb.camcom.it/c/document_library/get_file?uuid=d9af8946-a9e8-4dc0-81ab-2c232d291430&groupId=10157

II. ANÁLISIS DE ALGUNAS CLÁUSULAS A LA LUZ DE LAS RECIENTES SENTENCIAS Y DECISIONES

1. Cláusulas sobre equipaje

1.1. *Cláusulas abusivas*

La SAP de Barcelona (Sección 15.^a) núm. 363/2013, de 21 octubre¹¹, considera abusiva y, por ende, nulas las siguientes cláusulas de la compañía VUELING:

«El Transportista no será responsable de los daños ocasionados al equipaje (como rotura de candados, precintos o embalajes) como consecuencia de las tareas de registro y/o inspección, salvo que exista negligencia por su parte.»

En efecto, la misma contiene un régimen de responsabilidad totalmente distinto al previsto en el art. 17.2 CM que establece la responsabilidad objetiva del transportista por daños al equipaje facturado, salvo que el daño se deba a la naturaleza, a un defecto o a un vicio propios del equipaje. Así, más que ser nula por abusiva, de conformidad con el art. 86.1 TR 1/2007, lo es por contradecir en perjuicio del adherente lo dispuesto en una norma imperativa (art. 8.1 LCGC).

Asimismo, es analizada la cláusula por la cual la compañía se reserva el derecho a rechazar transportar como equipaje:

«1. Artículos u objetos que, a juicio del Transportista, no sea adecuado transportar debido a su peso, configuración o tamaño.»

Entiende la Sala que su tenor es oscuro o ambiguo por falta de concreción, pues, el pasajero, al comprar su billete, desconoce cuándo un determinado artículo reúne las condiciones de tamaño, peso o configuración exigidas por la compañía, por lo que debería precisar, cuando menos, las dimensiones máximas y los kilos permitidos. Por no ser así, la cláusula atribuye a la transportista la facultad exclusiva de interpretar un aspecto esencial del contrato, prohibido por el art. 85.3 TR 1/2007. Una postura similar es mantenida por la Sentencia del Tribunal de Bari, de 25 de marzo de 2002¹².

«2. Artículos u objetos que, a juicio del Transportista, puedan poner en peligro la aeronave, su tripulación o a otros Pasajeros. En este sentido se consideran como peligrosos aquéllos bienes u objetos definidos como tales por las normas OACI y por las normas IATA.»

¹¹ AC\2013\1860.

¹² *Il Foro Italiano*, n.10, octubre 2002, pp. 2827 y 2828.

La cláusula, se concluye, es oscura por cuanto no permite conocer de antemano qué artículos se consideran peligrosos. Además, el reenvío a textos que no son accesibles para el común de los usuarios o el empleo de siglas que son desconocidas para el consumidor medio impiden comprender el alcance de la prohibición. En consecuencia, es contraria por falta de claridad siguiendo los arts. 7 LCGC y 80.1.a) del TR 1/2007.

«3. «por razones operativas».

Es un concepto amplísimo e indeterminado que contraviene los requisitos de claridad y concreción exigidos en los arts. 7 LCGC y 80.1.a) del TR 1/2007.

«4. «artículos u objetos frágiles y/o perecederos, dinero en efectivo o en valores negociables, valores mobiliarios, muestrarios, cámaras, videojuegos, joyas y objetos de valor, piedras y metales preciosos, ordenadores dispositivos electrónicos, documentos de identidad (pasaportes, DNI, etc.)».

Entiende el Tribunal que la cláusula es contraria al art. 97 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea (en adelante, LNA), que dispone que «el transportista estará obligado a transportar juntamente con los viajeros... el equipaje con los límites de peso, independientemente del número de bultos, y volumen que fijen los Reglamentos» y, por tanto, nula, puesto que excluye derechos que son reconocidos legalmente a los consumidores. No está acreditado que el litio (como afirma la compañía aérea) ponga en riesgo la seguridad aérea, ni puede aceptarse que todos los aparatos electrónicos contengan ese metal.

Por lo que respecta a las piedras y otros objetos preciosos la intención de la transportista es exonerarse de su responsabilidad por daños o pérdidas del equipaje, cuando el CM establece límites cuantitativos de responsabilidad salvo que el pasajero realice una declaración especial de valor.

Llamativamente, una cláusula similar del condicionado de RYANAIR ha sido declarada válida pese a sus ambigüedades por la SAP Madrid (Sección 28.^a) núm. 392/2017, de 26 de julio¹³, seguida por la Sentencia del Juz-

¹³ AC 2017/1514. No se le permite incluir como equipaje (...)

Objetos que de una manera razonable, consideramos inadecuados para el transporte debido a que son peligrosos, poco seguros o que, debido a su peso, dimensiones, forma o naturaleza, o aquellos que sean frágiles o perecederos, considerando entre otras circunstancias el tipo de avión utilizado.

Nos podemos negar a transportar como Equipaje cualquier objeto que, de forma justificada, consideramos inadecuado para el transporte debido a sus dimensiones, forma, peso, contenido naturaleza, o por motivos de seguridad u operatividad, o por la comodidad de los demás Pasajeros».

gado de lo Mercantil de Gijón (Provincia de Asturias) núm. 2/2019, de 8 enero¹⁴, que no obstante sí ha declarado nula por falta de concreción, siguiendo los arts. 5.5 LCGC y 80.1.a) TR 1/2007 otra de similares características:

«De acuerdo con el artículo 8.6.3, se le exige que recoja el equipaje facturado tan pronto como este se ponga a su disposición en el destino. Si no lo recoge en un *periodo de tiempo razonable*, le podemos cobrar un cargo en concepto de almacenamiento. Si no reclama su equipaje facturado en los tres (3) meses siguientes desde el momento en que se puso a su disposición, podremos deshacernos de él sin incurrir por ello en ninguna responsabilidad hacia usted.»

La expresión «plazo razonable» y la no cuantificación del coste de depósito supone conceder a la compañía aérea predisponente la facultad de integrar el contenido del contrato según su particular interpretación, prohibida por el art. 85.3 TR 1/2007, al reservar a favor del empresario facultades de interpretación del contrato.

1.2. Equipaje de mano y competencia desleal

En enero de 2018 Ryanair anunció la modificación de su política de equipaje, que entraría en vigor el 1 de noviembre de ese año. Derivada de la misma, la tarifa *Standard* dejó de incluir el equipaje de mano, denominado por la compañía aérea «grande», esto es, el conocido como *trolley bag* (de dimensiones máximas de 55 × 40 × 20 cms y peso máximo de 10 kgs). Por el contrario, ahora se exige a los pasajeros el pago de un suplemento que varía entre 6 y 12 euros, llegando hasta 25 euros, en función del momento en que se contrate el mismo, si durante la reserva del vuelo, con posterioridad, pero antes del *check-in* o en el momento del *check-in* en el aeropuerto de salida.

En consecuencia, desde el 1 de noviembre de 2018 las tarifas que ofrece la compañía son¹⁵:

- Tarifa «No prioritario»: incluye sólo la posibilidad de llevar una bolsa de dimensiones que no excedan de 40 × 20 × 25 cms (bolsos, fundas de ordenadores portátiles y mochilas pequeñas).
- Tarifa «Prioridad & 2 piezas de equipaje de mano» (*Priority*): única que permite llevar 2 equipajes de mano, 1 equipaje pequeño que

¹⁴ AC\2019\1.

¹⁵ <https://www.ryanair.com/es/es/planear-viaje/volar-con-nosotros/politica-de-equipaje-de-mano>

- quepa debajo del asiento delantero (40 cm × 20 cm × 25 cm) y el otro (no superior a 10 kg y dimensiones 55 cm × 40 cm × 20 cm) que se puede guardar en el compartimento superior. No obstante, si el servicio de Prioridad se encuentra agotado, no aparece en la sección de extras del viaje, pero se puede adquirir una maleta facturada de 10 kg.
- Tarifa Equipaje de 10 kg: permite llevar un equipaje de 10 kg que debe dejarse en el mostrador de facturación (el precio oscila entre 10 y 25 euros).

Es decir, el equipaje de mano se ha reducido de dos bultos (bolso y trolley) a uno sólo (bolso).

Pues bien, esta nueva política de precios fue calificada de práctica desleal por la Autoridad de la Competencia en Italia (*Autorità Garante de la Concorrenza e del Mercato*) en su Resolución de 20 de febrero de 2019, imponiendo a la compañía aérea una multa de 3.000.000 de euros, por entender que es una práctica comercial contraria a los arts. 20, 21.1.b) y d) y 22 del *Codice del Consumo* que incorporan la Directiva CE 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (arts. 5 y 6)¹⁶. En concreto, se concluye que es una práctica engañosa, por cuanto es contraria a la diligencia profesional e idónea para proporcionar una falsa representación del coste real del precio del billete. Contiene información sobre el precio que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induce o puede inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico. La desagregación *ex ante* del equipaje de mano, que es un elemento esencial del servicio de transporte aéreo y, por tanto, un suplemento previsible y no eventual de la tarifa aérea, distorsiona en gran medida el comportamiento económico del consumidor promedio en relación con el servicio ofrecido por el profesional.

Siguiendo la opinión de la Autoridad, el trolley (denominado ahora metafóricamente por la compañía «equipaje de mano grande») constituye un elemento obligatorio y predecible del precio final del servicio de transporte que no puede ser desglosado del precio del servicio y sometido a solicitud de pagos adicionales. Por el contrario, debe incluirse en el precio básico del billete para no afectar negativamente la comparación y libertad de elección de los consumidores haciendo que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado. En definitiva, el equipaje de mano «grande» constituye un elemento indispensable e inevitable del servicio de transporte aéreo de pasajeros y es un coste inevitable, que

¹⁶ D.O.U.E. L 149, de 11 de junio de 2005.

no puede transformarse en un servicio facultativo por el que cobrar un suplemento adicional. La práctica totalidad de los pasajeros se ve abocada al pago de la tarifa *Priority*, a la que llegan al final del proceso de reserva, mientras que la tarifa *Standard* es la ofrecida al inicio de la reserva que es el idóneo para poder comparar los precios de las distintas compañías. Constituye pues un supuesto típico de precio de compra engañoso (*drip pricing* o precio por goteo), que se enmarca en la práctica común del sector del *ancillary revenue* o ingresos complementarios (p. ej. cobro por reserva de asiento, embarque prioritario, por reserva mediante tarjeta de crédito, etc.)¹⁷.

Tal práctica no puede ampararse en la libertad de precios establecida por el Reglamento (CE) n.º 1008/2008. En efecto, si bien el Reglamento (CE) n.º 1008/2008 parte del principio de libre determinación de los precios por las compañías (art. 22.1), su art. 23, con la finalidad de garantizar la transparencia de precios para que los consumidores «puedan comparar realmente entre compañías aéreas los precios por servicios aéreos» (Considerando 16), exige que se indique «en todo momento el precio final que deba pagarse, que incluirá la tarifa o flete aplicable así como todos los impuestos aplicables y los cánones, recargos y derechos que sean obligatorios y previsibles en el momento de su publicación». Por su parte, «Los suplementos opcionales de precio se comunicarán de una manera clara, transparente y sin ambigüedades al comienzo de cualquier proceso de reserva, y su aceptación por el pasajero se realizará sobre una base de opción de inclusión». Así deriva de la Sentencia TJUE (Sala Quinta) 18 de septiembre de 2014 (*Vueling Airlines*)¹⁸ que ha declarado que «el equipaje de mano... debe considerarse, en principio, un elemento indispensable del transporte de los pasajeros y que su transporte, por consiguiente, no puede ser objeto de un suplemento de precio, siempre y cuando dicho equipaje responda a las exigencias razonables relativas a su peso y dimensiones y cumpla con los requisitos de seguridad aplicables». Y la exclusión del espacio interior de la cabina de la aeronave de su función natural para ser utilizado para ofrecer un servicio de pago sin ninguna alternativa para los consumidores carece de justificación por razones de seguridad aérea o exigencias operativas y no es razonable.

De la misma fecha, 20 de febrero de 2019, es también la resolución de Autoridad de la Competencia italiana que, con idéntico contenido, califica de engañosa la similar práctica de precios llevada a cabo por Wizz Air, condenando a la compañía al pago de una multa de 1.000.000 euros. En definitiva, si la práctica totalidad de los pasajeros abona el suplemento de equipaje

¹⁷ Un informe de 2013 pone de relieve que las compañías aéreas ingresaron 23.598 millones de euros en concepto de servicios complementarios (16 dólares por pasajero de media). <https://www.economista.es/turismo-viajes/noticias/6010265/08/14/Ancillary-revenue-el-gran-filon-de-las-aerolineas.html>

¹⁸ EU:C:2014:2232.

de mano, no puede concluirse que sea un suplemento adicional del precio, siguiendo el Reglamento (CE) n.º 1008/2008, sino que constituye un suplemento inevitable (los datos muestran que sólo entre el 1 y el 10% de los pasajeros viajan con un solo bolso de pequeñas dimensiones).

Sin embargo, lamentablemente distinta ha sido la solución dada por el *Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima)* en sus sentencias de 29 de octubre de 2019 n. 12455/19¹⁹ y n. 12456²⁰, anulando las sanciones impuestas a las dos compañías. A juicio del Tribunal, éstas no impiden que el consumidor lleve un «equipaje de mano» gratis en la cabina, sino que sólo establecen límites para su tamaño. Y esta política de precios no es contraria a la Sentencia Vueling Airlines. En efecto, el TJUE sólo declara que el equipaje de mano es un elemento indispensable del transporte de pasajeros, pero en ningún momento indica cuáles deben ser sus dimensiones (mínima o máxima) y el número de bultos que debe comprender. Por el contrario, únicamente prevé que dicho equipaje debe responder «a las exigencias razonables relativas a su peso y dimensiones». De este modo, en ausencia de una regulación general que determine cuáles deben ser las dimensiones específicas del equipaje de mano, se deja a las empresas (y a las autoridades nacionales) la facultad de establecer la «razonabilidad» de dichas dimensiones. Y las dimensiones máximas del equipaje de mano establecidas por las compañías no son «irrazonables», máxime teniendo en cuenta el concepto equipaje de mano establecido en la Circular de la ENAC APT-09, de 8 de mayo de 2001. Además, el mensaje contenido en la web de las aerolíneas permite que el consumidor sea capaz de comprender de inmediato, sin necesidad de tener que realizar una compleja operación matemática, cuál es el precio del billete si desea llevar equipaje de mano «grande», desde el inicio del proceso de reserva o «primer contacto», como exige el Reglamento (CE) n.º 1008/2008, al establecer las dimensiones del equipaje de mano permitidas. El art. 23 obliga a incluir en el precio final los «suplementos inevitables y previsibles» y precisamente el suplemento del trolley es «evitable» y no indispensable (no todos los pasajeros tienen necesidad de viajar con él) cumpliendo las compañías con el tenor del precepto. Es un suplemento opcional del precio, comunicado de forma clara y transparente al comienzo del proceso de reserva, y su aceptación por el pasajero se realiza sobre una base de opción de inclusión (*opt in*).

Por lo que respecta a España, la asociación de consumidores Facua presentó denuncia por los mismos hechos y basada en los mismos fundamentos contra ambas compañías aéreas a finales de 2018 ante la Comisión Na-

¹⁹ http://www.dirittoegiustizia.it/allegati/16/0000086541/TAR_Lazio_sez_I_sentenza_n_12455_19_depositata_il_29_ottobre.html

²⁰ <http://www.dirittodeiservizipubblici.it/sentenze/sentenza.asp?sezione=dettsentenza&id=6397>

cional de los Mercados y la Competencia (CNMC) con base en el art. 3 de 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 (en adelante, LCD), al considerar que dicha práctica constituye un acto de competencia desleal de los arts. 4 y 5 LDC que distorsiona gravemente las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público²¹. La CNMC dictó resolución el pasado 24 de octubre de 2019²² archivando las actuaciones. Concluye que la conducta de las compañías no infringe el art. 3 LDC, pues para que un acto desleal pueda afectar al interés público debe ser de tal entidad que cause una grave perturbación en los mecanismos que regulan el funcionamiento del mercado. Y no sólo no se ha acreditado que la nueva política de precios de las compañías haya distorsionado el mercado relevante hasta el punto de provocar un perjuicio para el interés público, sino que tampoco ha quedado acreditada, siquiera potencialmente, la existencia de un falseamiento de la competencia. Por el contrario, «no existe constancia de que el usuario se vea sometido a aceptar un precio distinto al resultante de completar el proceso de compra ni de que el usuario no pueda recurrir a otra compañía en caso de no querer aceptar el precio de ese billete con anterioridad a ejecutar la compra». No obstante, la CNMC también analiza la posible vulneración de los arts. 4 y 5 LCD. En opinión de la misma la práctica no constituye un acto de engaño, ni es contraria a la buena fe. Entiende que la información proporcionada por las compañías aéreas no es falsa, ni su presentación induce o puede inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico (art. 5 LCD). Y ello por cuanto: las compañías realizaron comunicados de prensa y publicaron los cambios en su política de precios en las páginas web y en redes sociales; y la información proporcionada durante el proceso de compra es suficiente para poder tomar una decisión razonada sin que el cambio de política de precios pueda considerarse idóneo para cambiar el comportamiento económico de los usuarios. Tampoco dicha política de precios para el equipaje de mano actuación es contraria a la buena fe y a la debida diligencia profesional. Ha sido debidamente anunciada y explicada a los usuarios, por lo que no reúne el nivel de engaño o el grado de deshonestidad profesional de las compañías que precisa la LCD para reputarlo desleal, falseando la competencia en el mercado.

Hubiese sido deseable que la CNMC hubiese alcanzado la misma conclusión que la ofrecida por la Autoridad de la Competencia italiana. Las de-

²¹ <https://www.preferente.com/noticias-de-transportes/noticias-de-aerolineas/denuncia-a-ryanair-y-wizz-air-por-competencia-desleal-al-cobrar-la-maleta-a-bordo-282145.html>; <https://www.europapress.es/turismo/transportes/aerolineas/noticia-denuncia-ryanair-wizz-air-competencia-desleal-cobrar-equipaje-mano-20181108135811.html>

²² Expte. S/0651/18, equipaje de mano, en https://www.cnmc.es/sites/default/files/2768291_0.pdf

cisiones de los consumidores (pasajeros) que se adoptan como consecuencia de la información inicialmente proporcionada sobre los precios de los billetes dando a entender erróneamente que incluye el equipaje de mano, no sólo les afectan a ellos, sino también a los competidores al desviarse la demanda. En efecto, la prohibición de los actos de engaño persigue la transparencia del mercado, necesaria para el logro su correcto funcionamiento que presupone la existencia de un orden concurrencial libre y no falseado²³. De hecho, el propio Reglamento (CE) n.º 1008/2008 persigue esta necesidad de transparencia y claridad de los precios de las compañías aéreas. Así deriva del Considerando 16 al establecer que los «clientes deben poder comparar realmente entre compañías aéreas los precios por servicios aéreos»; y del art. 23 al exigir que el precio se comunique de una manera clara, transparente y sin ambigüedades al comienzo de cualquier proceso de reserva²⁴.

Así lo ha entendido también la Comisión Europea en su «Guía para la implementación / aplicación de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales»²⁵. Pese a que el Reglamento (CE) n.º 1008/2008 exige que el precio anunciado incluya, desde el principio, todas las tasas y recargos aplicables, «muchas líneas aéreas indican el precio sin impuestos, tasas y comisiones, y un buen número de ellas añaden comisiones que califican de «opcionales», pero que son, de hecho, inevitables (por ejemplo, pago gratuito únicamente si se utiliza la tarjeta de crédito de la compañía aérea)». Y este sistema de «precios por goteo» tiene repercusiones particularmente perjudiciales en la fase en que los consumidores comparan precios para decidir con conocimiento de causa.

Con todo, la apreciación del carácter desleal de esta práctica comercial constituye además un elemento que puede aducirse para evaluar el carácter abusivo de una cláusula contractual, pues los criterios establecidos por el legislador para alcanzar dicha conclusión son muy amplios: todas las circunstancias concurrentes en el momento de celebración del contrato (art. 82.3 TR 1/2007 siguiendo el art. 4.1 Directiva 93/13/CEE). Así

²³ Vid. Sobre los actos de engaño MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 212 y ss.; GARCÍA CRUCES, J. A., «La prohibición de los actos de engaño y omisiones engañosas», en *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad* (dir. GARCÍA CRUCES), t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 1207 y ss.; EMPARANZA, A., «Artículo 7: actos de engaño», en *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal* (dir. MARTÍNEZ SANZ), Tecnos, 2009, pp. 95 y ss.; TATO PLAZA, A. / FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. / HERRERA PETRUS, P., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, La Ley, Madrid, 2010, pp. 106 y ss.

²⁴ LENZONI MILLI, L., «Sulla trasparenza del prezzo nei biglietti aerei e sui rapporti tra la disciplina nazionale a tutela dei consumatori e la libertà del vettori in materia di tariffe», *Diritto dei Trasporti*, 2018, n.º 284, p. 136.

²⁵ COM(2016)320 final, «Sector de los viajes y el transporte», p. 168.

lo ha declarado la STJUE (Sala Primera) de 15 de marzo de 2012 (caso Pereničová)²⁶.

Debe destacarse que la cuestión todavía no está cerrada. En efecto, distinta es la solución alcanzada, por el momento, por la jurisdicción ordinaria. En este sentido, el Juzgado de lo Mercantil n.º 13 de Madrid, en sentencia de 24 de octubre de 2019²⁷ ha condenado a la compañía Ryanair a devolver los 20 euros de suplemento adicional, más el interés moratorio, a una pasajera por llevar una maleta de diez kilogramos y no haber adquirido un billete de tarifa «priority». Entiende el juzgador, contrariamente a lo sostenido por el *Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio* que el cambio en la política comercial de Ryanair sobre las tarifas aplicables al equipaje de mano no está amparado por el Reglamento (CE) n.º 1008/2008 y es contrario a la Sentencia Vueling Airlines, siendo una práctica y cláusula «abusiva» y, por tanto, nula al cercenar los derechos que el pasajero tiene reconocidos por el art. 97 LNA, al generar un grave desequilibrio de prestaciones entre las partes contratantes en perjuicio del consumidor, conforme a lo dispuesto en los arts. 82.1 y 4, 86.7, 87 y 89.5 TR 1/2007.

2. Cláusulas sobre denegación de embarque

2.1. *Las cláusulas no show*

Ha venido siendo práctica habitual de las compañías aéreas la inclusión en sus condiciones generales de las conocidas como «cláusulas *no show*», por las que quedan facultadas para denegar el embarque en los vuelos circulares o vuelos de conexión, esto es, denegar el embarque en el vuelo de vuelta cuando no el pasajero no ha utilizado el de ida del mismo billete o denegar el embarque en un vuelo de conexión cuando no se ha utilizado el anterior trayecto.

Las compañías aéreas han venido justificando esta práctica al afirmar que constituye un elemento fundamental de su política dirigida al abaratamiento de sus precios, máxime en un mercado hoy altamente competitivo. Afirman que la venta por separado de cada uno de los tramos del transporte aéreo le reportaría beneficios superiores a la venta conjunta de tales tramos, en un único billete, como es el caso de los billetes de ida y vuelta o de los que incluyen varios enlaces.

²⁶ ECLI:EU:C:2012:144.

²⁷ *La Ley* 59357/2019.

Si bien ya habían venido siendo calificadas de abusivas por muchos tribunales²⁸ (entre otras Sentencias Juzgado de lo mercantil núm. 1 de Bilbao, 7 julio 2008²⁹ y 3 julio 2009³⁰; Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Palma de Mallorca, 22 marzo 2010³¹; 4 diciembre 2014³²; 22 junio 2016³³; Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Badajoz, 29 septiembre 2016³⁴) por entender que «una cláusula de cancelación automática del vuelo si no se usa la ida carece de justificación razonable. Puede tenerla que la bonificación o descuento se pierda. Pero no que, como es el caso, se niegue absolutamente la prestación contractual pactada, pues ello supone que la parte contractualmente más débil sufre perjuicios intolerables»; otros por el contrario afirmaban su licitud (Sentencia Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante, de 2 de marzo de 2015)³⁵.

Finalmente ha sido el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) en sentencia núm. 631/2018 de 13 noviembre³⁶ el que ha resuelto la cuestión declarando la ilegalidad de las cláusulas *no show*, al igual que anteriormente se habían pronunciado el *Bundesgerichtshof* en sentencia de 29 de abril de 2010; el *Oberster Gerischtshof* (Austria), en sentencia de 24 de enero de 2013³⁷; o en Italia el *Consiglio di Stato*, en sentencia de 30 de septiembre de 2016³⁸ o el Giudice di Pace de Trapani, en sentencia de 8 de junio de 2017. Por el contrario, con anterioridad el Tribunal de Bari, en sentencias de 12 de febrero y 25 de marzo de 2002³⁹ declaró que era válida la cláusula de ALITALIA que permitía la cancelación del vuelo de vuelta en caso de no utilización de la ida, en caso de que el pasajero no diese el preceptivo aviso (reconfirmación) en plazo a la compañía⁴⁰.

²⁸ Vid. Una relación de las mismas por FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, E., «Veinte años de cláusulas abusivas en el contrato de transporte aéreo de pasajeros», en *El transporte como motor del desarrollo socioeconómico* (dirs. PETIT / PUETZ), Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 479 y 480.

²⁹ AC 2009\306.

³⁰ AC 2009\1802.

³¹ AC 2010\2143.

³² JUR 2015\283631.

³³ AC 2016\1348.

³⁴ JUR 2016\237204.

³⁵ AC 2015\355.

³⁶ RJ2018\4922.

³⁷ European Parliament, Committee on Petitions, «Petition No 0165/2018 by Mario Berger (German) on passengers being excluded from return flights if they have not taken the out-bound flight», 21.9.2018, en www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?NONSGM

³⁸ <http://www.neldiritto.it/appgiurisprudenza.asp?id=13369#.Xa7ihugzaUk>

³⁹ Cit.

⁴⁰ Aunque consideró que era nula por incumplimiento del requisito de incorporación por cuanto la pasajera no había tenido oportunidad de conocer su contenido en el momento de la contratación (art. 1469.Quinquies.3 *Codice Civile*, actual art. 36.2.c) del *Codice de Consumo*; art. 5.3 LCGC en España).

En concreto, el tenor de la cláusula analizada de la compañía aérea IBERIA es el siguiente:

«Dependiendo del tipo de tarifa, clase de servicio, estancia en destino, oferta, etc., puede realizar su reserva para vuelos de ida o ida o vuelta. Independientemente de la tarifa aplicada, si alguno de los trayectos comprados no se usa, automáticamente se cancelarán los trayectos restantes comprendidos en el mismo billete.»

Pues bien, con acierto considera el Alto Tribunal que la decisión de comercializar un billete que incluye varios tramos conjuntamente a un precio inferior al que habría supuesto hacerlo separadamente es una opción legítima de la compañía aérea. Ahora bien, el hecho de que el pasajero sólo utilice alguno de esos tramos (por ejemplo, en un billete de ida y vuelta, la no utilización de la ida y sí solamente de la vuelta) no comporta un perjuicio a la compañía aérea. En efecto, ésta ya ha cobrado el precio íntegro del billete que sacó a la venta, sin que la ausencia del pasajero en el avión incremente sus costes. De hecho, incluso podría vender el billete de ese tramo a otro pasajero en lista de espera, de existir esta, o evitar las consecuencias negativas de un *overbooking*.

En consecuencia, se afirma que la cláusula es abusiva, puesto que comporta un desequilibrio importante de derechos y obligaciones contrario a la buena fe, ya que a un consumidor que ha cumplido con su obligación (el pago del precio) se le priva del disfrute de la totalidad de la prestación contratada, que por razones que pueden ser de naturaleza muy diversa ha decidido o se ha visto impelido a disfrutar solo en parte.

En este sentido, debe destacarse que la Dirección General de Consumo del Govern balear en 2018 sancionó a IBERIA con una multa de 440.000 euros, precisamente por aplicar la cláusula *no show*, habiendo sido sancionada la misma compañía por los mismos hechos ya en tres ocasiones en los anteriores tres años⁴¹. También Qatar Airways fue objeto de sanción con una multa por importe de 8.750 euros por el mismo motivo⁴²; y del mismo modo Alitalia por la *Autorità garante della concorrenza e del mercato*⁴³.

Es decir, sigue en vigor el artículo 95 LNA, que faculta al pasajero para renunciar a su derecho a efectuar el viaje obteniendo la devolución del pre-

⁴¹ <http://www.rtve.es/noticias/20181210/baleares-sanciona-iberia-440000-euros-aplicar-clausula-abusiva-no-show/1850980.shtml>

⁴² <https://www.europapress.es/illes-balears/noticia-govern-abre-12-expedientes-nueve-aerolineas-2018-sanciones-16100-euros-total-cuatro-ellas-20190327173252.html>

⁴³ *Vid.* Consiglio di Stato, Sezione VI, Sentencia 30 de septiembre 2016, n. 4048, en <http://www.neldiritto.it/appgiurisprudenza.asp?id=13369#.XZyZyPbfOUk>

cio del pasaje. Sin embargo, el precepto remite a ulterior desarrollo reglamentario tanto la cuantía de la devolución, como los plazos en los que debe efectuarse la renuncia. Dicha regulación fue llevada a cabo por el Real Decreto 2047/1981, de 20 de agosto, por el que se establecen normas a seguir en caso de anulación de plazas y reembolso de billetes en el transporte aéreo⁴⁴ y por el Real Decreto 227/1989, de 3 de marzo, por el que se adoptan las disposiciones necesarias para el desarrollo de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 87/601/CEE, de 14 de diciembre, sobre tarifas para el transporte aéreo regular entre Estados miembros⁴⁵. No obstante, la Directiva fue derogada, estando en la actualidad en vigor el Reglamento (CE) n.º 1008/2008, por lo que también dichas normas internas hay que concluir que han sido tácitamente derogadas.

Debe destacarse que el actual Reglamento 261/2004 no contempla la práctica *no show*. La Propuesta de Reglamento pretende regularlo. Parte de la prohibición de este tipo de cláusulas (nuevo art. 4.4), pero admite que las compañías aéreas puedan establecer normas especiales al respecto, en concreto, el cobro de una tasa suplementaria, para así evitar que las compañías sufran pérdidas por la no presentación de los pasajeros. Es decir, parece que se prohibirán *ex lege* las conocidas como «cláusulas *no show*» tal y como están predispuestas en la actualidad por las compañías aéreas⁴⁶. No obstante, la IATA ya ha modificado su condicionado general previendo que las reservas no sean canceladas si el pasajero avisa a la compañía de que parte del billete no será utilizado «por fuerza mayor»⁴⁷

2.2. Presentación sin los documentos adecuados

Entre los motivos por los cuales puede denegarse el embarque justificadamente por causas que recaen en la esfera del pasajero expresamente mencionados por el Reglamento (CE) n.º 261/2004 se encuentra su presentación sin los documentos adecuados (art. 2.j)⁴⁸.

⁴⁴ BOE núm. 222, de 16 de septiembre de 1981.

⁴⁵ BOE núm. 58, de 9 de marzo de 1989.

⁴⁶ MARTÍNEZ ROSADO, J., «Nulidad de ciertas cláusulas por abusivas en el transporte aéreo: comentario a la SJMER núm. 8 de Barcelona, de 23 de mayo de 2012», en *La nueva ordenación del mercado de transporte* (dirs. PETIT/MARTÍNEZ SANZ/RECALDE), Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 619.

⁴⁷ Parliamentary questions, Answer given by Mrs. Reding on behalf of the Commission, 1 julio 2010, en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2010-3237&language=SV>

⁴⁸ Se trata de un deber de cooperación del pasajero, ZAMPONE, «La responsabilità del vettore aereo per negato imbarco e cancellazione del volo», en *Negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo* (a cura di M. DEIANA), Edizioni AV, Cagliari, 2005, p. 58.

Pues bien, las condiciones generales de todas las compañías aéreas, con una redacción más o menos acertada, contienen una cláusula que les faculta para denegar el embarque a los pasajeros cuando éstos se presentan sin documentos de viaje válidos⁴⁹, con un billete de avión adquirido por métodos ilegales, con un billete cuya pérdida o robo ya haya sido notificado o con un billete falsificado, sobre las que ya se han pronunciado nuestros tribunales.

Debe destacarse el análisis de la cláusula contenida en las condiciones de RYANAIR efectuado por la SAP Madrid (Sección 28.^a) núm. 392/2017, de 26 de julio⁵⁰, cuyo tenor es el siguiente:

«Las tarjetas de residencia, el permiso de conducir, los libros de familia, las libretas de identificación marítima, un informe de la policía (expedida en caso de pérdida del documento de viaje o robo), tarjetas de identificación militares, entre otros, NO se aceptarán como documentos válidos. Las identificaciones con fotografías caducadas o dañadas no se aceptarán en ningún vuelo.»

La misma ha sido declarada ilícita puesto que los documentos acreditativos que exige son contrarios a los previstos en el Programa Nacional de Seguridad para la Aviación Civil (en adelante, PNS) español. En efecto, si bien el Derecho aplicable al contrato, siguiendo Roma I puede ser el irlandés, el art. 9.2 prohíbe que esta libertad de elección restrinja la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro, definidas en el art. 9.1. En consecuencia, resulta de aplicación la legislación española. Y esta conclusión es conforme con el Ordenamiento español. En concreto, con el art. 8.1 CC, que prevé que las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español; con el art. 7 LNA, que establece que, a las aeronaves extranjeras, mientras se encuentren en territorio de soberanía española, o en espacio aéreo a ellas sujeto, les serán aplicadas las disposiciones de esta Ley, así como las penales, de policía y seguridad pública vigentes en España; y con el PNS dictado en desarrollo del art. 3.1 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea (en adelante, LSA) que determina las medidas y los procedimientos necesarios para garantizar la aplicación efectiva de las normas de seguridad de la aviación civil en los aeropuertos, aeródromos e

⁴⁹ El Programa Nacional de Seguridad de la Aviación Civil contiene detalladamente toda la documentación necesaria en función de la nacionalidad y edad de las personas y del tipo de vuelo (nacional/UE-Schengen/internacional): Resolución de 16 de julio de 2012, de la Secretaría General de Transportes, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 6 de julio de 2012, por el que se modifica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de mayo de 2006, por el que se aprueba el Programa Nacional de Seguridad para la Aviación Civil; modificado en diversas ocasiones, siendo la última por Resolución de 9 de julio de 2019, de la Secretaría General de Transporte, por la que se aprueba la actualización de la parte pública del Programa Nacional de Seguridad para la Aviación Civil.

⁵⁰ Cit.

instalaciones de navegación aérea y la prevención de actos ilícitos contra las actividades aeronáuticas.

En consecuencia, los Estados miembros distintos de Irlanda en los que RYANAIR presta sus servicios están facultados para exigirle que aplique sus respectivos programas nacionales para la seguridad de la aviación civil cuando opere en ellos y, por tanto, rigen las normas previstas en España (PNS).

En este sentido se ha pronunciado la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Gijón (Provincia de Asturias) núm. 2/2019, de 8 de enero⁵¹, declarando la nulidad de la cláusula de VOLOTEA que le faculta para denegar el embarque en casos de presentación de DNI caducado para vuelos nacionales, siguiendo el art. 86.7 TR 1/2007, esto es, por la imposición de renuncias o limitación de los derechos del consumidor y usuario ya que, siguiendo el PNS:

- el pasajero nacional mayor de 14 años puede identificarse con DNI o pasaporte que no esté en vigor o con carné de conducir expedido en España;
- el pasajero nacional menor de 14 años está exento de presentar documentación alguna, bajo la responsabilidad de la persona con la que realiza el viaje;
- el pasajero de un Estado miembro de la Unión o de un país del espacio Schengen, Andorra o Liechtenstein puede identificarse con pasaporte o documento de identidad válido que no esté en vigor, o con permiso de residencia español o de alguno de los Estados Schengen en vigor, o con carné de conducir expedido en España.

2.3. Pasajeros conflictivos

La SAP Madrid (Sección 28.^a) núm. 392/2017, de 26 de julio⁵², ha analizado la cláusula que faculta a RYANAIR para denegar el embarque del siguiente tenor:

«nos podemos negar a transportarles o transportar su Equipaje... Si ha mostrado una mala conducta en un vuelo anterior y tenemos motivos para creer que esta conducta podría repetirse.»

Con acierto, entiende el Tribunal que la mala conducta en un vuelo anterior y la existencia de motivos para considerar que tal conducta pudiera

⁵¹ Cit.

⁵² Cit.

repetirse no es equiparable a la definición de «pasajero potencialmente conflictivo» contenida en el art. 3.18 Reglamento (CE) n.º 300/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008, sobre normas comunes para la seguridad de la aviación civil y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 2320/2002⁵³, como pasajero que bien ha sido expulsado de un país, bien es considerado inadmitido a efectos de inmigración o bien viaja custodiado. Es más, la cláusula no delimita un modo siquiera aproximativo en qué puede consistir la mala conducta, y ni siquiera permite asociar la «mala conducta» con un comportamiento amenazante para la seguridad del avión prevista en el PNS. Dada su ambigüedad debe declararse contraria a los arts. 5 LCGC y 80.1.a) TR 1/2007, así como nula de conformidad con el art. 85.3 TR 1/2007, esto es, por reservar a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato.

3. Cláusulas que prohíben la resolución del contrato por el pasajero

Es la cláusula analizada por la SAP de Barcelona (Sección 15.^a) núm. 363/2013, de 21 octubre⁵⁴, que no incluye la posibilidad de solicitar la devolución del importe del billete en los casos de defunción o intervención quirúrgica obligatoria, sino que sólo permite cambiar el vuelo por otro idéntico en los seis meses siguientes.

Con acierto entiende el Tribunal que la misma es abusiva y, por ende, nula, por cuanto excluye la facultad de liberarse del contrato en los casos de fuerza mayor, lo que constituye una limitación de los derechos del consumidor prohibida por el art. 86.7 TR 1/2007, que considera abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas.

En efecto, siguiendo el art. 1105 CC, el caso fortuito y la fuerza mayor exoneran al deudor y producen efectos liberatorios. Asimismo, el art. 160 TR 1/2007 prevé expresamente para los viajes combinados el derecho del consumidor de resolver el contrato sin indemnización en los supuestos de fuerza mayor. Pero, además, el tenor de la cláusula obvia otras circunstancias excepcionales que afecten a la salud o, en general, que puedan considerarse como de fuerza mayor, por lo que tiene un carácter restrictivo o tasado, al excluir otros acontecimientos imprevisibles que impidan al pasajero realizar el viaje y que puedan incardinarse en el ámbito del art. 1.105 CC.

⁵³ D.O.U.E. L 97, de 9 de abril de 2008.

⁵⁴ Cit.

En el mismo sentido se ha pronunciado también la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Gijón (Provincia de Asturias) núm. 2/2019, de 8 enero⁵⁵, respecto de una cláusula de VOLOTEA de contenido similar.

Es de esperar que sea esta la solución que adopten los tribunales ante la práctica empleada por algunas compañías aéreas que, ante la cancelación masiva de vuelos con ocasión del COVID-19, no reembolsan el precio del billete y sólo ofrecen la posibilidad de cambio en un futuro vuelo asumiendo el pasajero además el coste del posible incremento de precio. Sin duda es una práctica contraria al Reglamento n.º 261/2004 pues en caso de cancelación el art. 8 establece que es el pasajero quien tiene el derecho de opción entre el reembolso del precio del billete en siete días, o la conducción a destino en una fecha posterior. De hecho, así lo ha concluido la comisión Europea en su comunicación de 18 de marzo de 2020 [C(2020) 1830 final].

4. Cláusulas sobre precios

4.1. *Repercusión de los incrementos de las tasas*

Estas cláusulas, habituales en los condicionados muchas compañías aéreas por las cuales se reservan la facultad de repercutir al pasajero los incrementos de las tasas aeroportuarias y de seguridad posteriores a la realización de la reserva, pero antes del vuelo, han sido objeto de análisis en varias sentencias.

Tanto las analizadas SAP de Barcelona (Sección 15.^a) núm. 363/2013, de 21 octubre, como posteriormente la SAP de Madrid (Sección 28.^a) núm. 392/2017, de 26 julio, han concluido que son contrarias al art. 85.10, párrafo 1.º TR 1/2007, que declara abusivas las cláusulas «que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas y sin reconocer al consumidor y usuario el derecho a resolver el contrato *si el precio final resulta muy superior* al inicialmente estipulado». Ello, no porque el transportista se reserva la facultad de repercutir en el pasajero los incrementos de tasas o impuestos, sino porque priva al consumidor de la posibilidad de resolver el contrato si el precio del billete finalmente se ve incrementado por un aumento de las tasas aeroportuarias. En efecto, cualquier aumento de las tasas, si implica un precio muy superior al inicialmente concertado, debe llevar aparejado el derecho a resolver el contrato. Y tal derecho se excluye en las cláusulas, que sólo contemplan la obligación del pasajero de asumir las modificaciones en las tasas.

⁵⁵ Cit.

Por precio muy superior al inicialmente establecido puede considerarse un incremento que exceda del 8%. Así deriva, del art. 158.1 TR 1/2007 que, previsto para los viajes combinados, permite el incremento de los precios después de la celebración del contrato, sólo en tres supuestos, como consecuencia directa de cambios en: a) el precio del transporte de pasajeros derivado del coste del combustible o de otras fuentes de energía; b) el nivel de los impuestos o tasas sobre los servicios de viaje incluidos en el contrato, exigidos por terceros que no están directamente involucrados en la ejecución del viaje combinado, incluidas las tasas, impuestos y recargos turísticos, de aterrizaje y de embarque o desembarque en puertos y aeropuertos; o c) los tipos de cambio de divisa aplicables al viaje combinado. Ahora bien, se exige que se cumplan los requisitos previstos en propio artículo, de tal forma que si el incremento del precio supera el 8% del precio total del viaje combinado (incremento sustancial) el viajero debe tener la opción, en un plazo razonable especificado por el organizador, de aceptar el cambio propuesto o de resolver el contrato sin pagar penalización.

Además, con acierto, ambos Tribunales descartan que dicha cláusula tenga amparo en el párrafo 2.º del art. 85.10 TR 1/2007, que excluye el derecho de resolución en aquellos casos de *«adaptación de precios a un índice, siempre que tales índices sean legales y que en el contrato se describa explícitamente el modo de variación del precio»*. En efecto, la repercusión de tasas e impuestos al pasajero nada tiene que ver con la fijación del precio de acuerdo con parámetros legales previamente establecidos (como es el caso, en el sector bancario de aplicación del EURIBOR).

No obstante, llama la atención la posterior Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Gijón (Provincia de Asturias) núm. 2/2019, de 8 enero⁵⁶. Pese a hacerse eco de los fundamentos expuestos por la Audiencia de Barcelona, declara la licitud de la cláusula simplemente por no quedar al arbitrio del profesional el aumento legal de impuestos durante la vigencia del contrato, sin tener en cuenta si el incremento es o no muy superior al inicialmente previsto, y aunque al pasajero no se le otorga el derecho a resolver el contrato, como exige el art. 85.10, párrafo 1.º TR 1/2007.

4.2. *Imposición de cargos por impresión de la tarjeta de embarque*

Constituye esta una cláusula que ha venido siendo habitual en las compañías *low cost*, por la que se obliga al pasajero a llevar consigo impresa la tarjeta de embarque bajo la penalización (en la actualidad se admiten ya las tarjetas de embarque móvil), en caso contrario, de tener que abonar entre 30 y

⁵⁶ AC\2019\1.

50 euros por la impresión o reimpresión de la misma en el mostrador del aeropuerto, como requisito para el embarque. La misma ha sido objeto de análisis por nuestros tribunales, no existiendo hasta la fecha una doctrina unánime. Por el contrario, la Sección 15.^a de la AP de Barcelona y la Sección 28.^a de la AP de Madrid mantienen posturas enfrentadas.

En efecto, la cláusula fue analizada por la sentencia de la AP Barcelona (Sección 15.^a) de 5 de octubre de 2011, que contó con un voto particular, declarando la validez de la predispuesta por RYANAIR⁵⁷. A juicio del Tribunal, el art. 92 LNA, el art. 3.1 CV y el 3.1 CM, obligan al transportista a *entregar* (en puridad, expedir) el billete de pasaje a la otra parte del contrato, pero no le imponen el deber de soportar los gastos de la tramitación y documentación del contrato o los que a ellos sean equiparables, por lo que no resulta de aplicación el art. 89.3 TR 1/2007, que declara abusiva «*la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por Ley imperativa correspondan al profesional*».

Y se alcanza esta conclusión pese a que el Reglamento (CE) n.º 261/2004 es claro al definir el billete (art. 2.f) como «*todo documento válido que dé derecho al transporte, o su equivalente en forma no impresa, incluida la electrónica, expedido o autorizado por el transportista aéreo o por su agente autorizados*». Obvia el Tribunal no sólo el concepto de billete ofrecido por el Reglamento, sino la propia configuración de dicho documento y del contrato de transporte contenida en el CM y en la LNA⁵⁸. En efecto, el contrato de transporte aéreo de personas es un contrato consensual y no formal por lo que la emisión del billete o de la tarjeta de embarque no constituye un requisito para la validez del mismo. Además, en todo caso, tanto la LNA (art. 92) como el CM (art. 3) imponen la obligación de documentar el contrato al transportista, bien por escrito o bien en cualquier otro soporte de naturaleza duradera por lo que, dicha documentación debe ser gratuita para el pasajero. Así deriva del art. 63.2 TR 1/2007, que exige que la formalización del contrato sea gratuita para el consumidor, cuando legal o reglamentariamente deba documentarse por escrito o en cualquier otro soporte de naturaleza duradera; y del art. 89.3 TR 1/2007, puesto que supone la imposición al consumidor de gastos de documentación y tramitación que por ley corresponden al empresario. Si bien la legislación internacional y nacional no imponen expre-

⁵⁷ Fue declarada nula por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona, Sentencia 10 enero 2011 (AC 2011V7).

⁵⁸ Vid. una acertada crítica a la misma por CANO ORTEGA, C., «Cláusulas abusivas en el contrato de transporte aéreo: la exigencia de la impresión de la tarjeta de embarque», en *Estudios de Derecho del comercio internacional. Homenaje a Juan Manuel Gómez Porrúa* (dirs. JÍMENEZ SÁNCHEZ/DÍAZ MORENO), Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 221 y ss. También MÁRQUEZ LOBILLO, P., «Contratación del transporte aéreo low cost en internet, protección de pasajeros y condicionado del contrato en el ordenamiento jurídico español», en *Profili giuridici del trasporto aéreo low cost*, Edizioni AV, Cagliari, 2013, pp. 216 y ss.

samente a las compañías aéreas la obligación de soportar los gastos de emisión o expedición del billete, sí lo hacen de modo implícito al hacer recaer sobre ellas precisamente la obligación de emisión⁵⁹.

La SAP Madrid (Sección 28.ª) núm. 392/2017, de 26 julio, alcanza distinta conclusión, aunque mantiene la opinión, entendemos que errónea, de que no es obligación del transportista la documentación y entrega gratuita del billete al pasajero. Fundamenta la calificación de la cláusula como abusiva con base en el art. 89.6 TR 1/2007, que declara abusivas las «cláusulas que supongan la imposición de una *indemnización desproporcionadamente alta*, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones». En opinión del Tribunal debe compararse la cuantía que resulta de la aplicación de la cláusula (40 euros) con el valor de los daños y perjuicios efectivamente causados al predisponente.

En similares términos, se pronuncia también el Juzgado de lo Mercantil de Valencia, en sentencia núm. 37/2017 de 16 febrero⁶⁰, considerando que la cláusula que impone el cobro por la falta de impresión es abusiva pues es desproporcionada, resultando de aplicación el art. 89.6 TR 1/2007. No se prueba por la compañía el coste que le supone la reimpresión de la tarjeta y no es razonable pensar que la cantidad que tiene que satisfacer cada viajero resulte equivalente a los gastos que esta prestación de servicios le cuesta a aquella.

Con todo, de nuevo recientemente, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Gijón (Provincia de Asturias) núm. 2/2019, de 8 enero, reproduce los fundamentos de la Sentencia AP Barcelona (Sección 15.ª) de 5 de octubre de 2011, y concluye que la calificación como abusiva de la cláusula no ha de buscarse tan solo en lo desproporcionado del precio (y no lo es 30 euros), sino en si el pasajero dispone de la información completa, adecuada y previa al embarque sobre dicho coste del *check-in* en aeropuerto, lo que sí proporciona la compañía aérea.

4.3. Prohibición de pago en efectivo

Se trata de una cláusula de la compañía aérea RYANAIR, también analizada por la Sentencia de la AP Madrid (Sección 28.ª) núm. 392/2017, de 26 de julio, que establece que no acepta dinero en efectivo para abonar tarifas

⁵⁹ Con acierto MARTÍN OSANTE, J. M., «Cargo económico adicional por emisión del billete electrónico en el transporte aéreo», *Rdt*, n.º 12, 2013, pp. 148 y ss.; IDEM, «Transporte aéreo *low cost*: información precontractual y cláusulas abusivas», en *Profili giuridici del trasporto aéreo low cost*, Edizioni AV, Cagliari, 2013, pp. 164 y ss.

⁶⁰ AC2017212.

aéreas, tasas o cargos por el transporte del exceso de equipaje y material deportivo en los mostradores de los aeropuertos.

La misma ha sido declarada abusiva y, por tanto, nula por ser contraria al art. 86.7 TR 1/1007, por cuanto impone una renuncia o limita los derechos del consumidor, en concreto los derivados del art. 1170 CC que faculta al pago de las deudas en moneda de curso legal. Como ha afirmado la Comisión Europea «*los comercios están obligados a aceptar todos los pagos con billetes y monedas de euros*» y, en el mismo sentido el Banco de España «*dotar a una moneda de curso legal implica que el pago de cualquier deuda no puede ser rechazado cuando se realiza con la expresión física de la misma, esto es, con billetes y monedas*»⁶¹. En definitiva, nadie puede oponerse al pago en efectivo, sin perjuicio de que existan otros medios legales de pago para la liquidación de deudas monetarias y de que en atención a especiales intereses de orden público se puedan establecer límites y condiciones a aquella regla.

4.4. *La imposición de otros cargos*

Igualmente son varias las cláusulas de la compañía aérea RYANAIR que imponen al pasajero distintos cargos, analizadas por la Sentencia AP Madrid (Sección 28.^a) núm. 392/2017, de 26 de julio, y declaradas válidas.

«En todas las reservas se aplica un cargo por facturación en línea, excepto en aquellos casos en que concurre una determinada tarifa promocional. Este cargo se cobra por persona y por vuelo, y asciende a 6 euros/6 libras por las reservas realizadas a través de <http://www.ryanair.com/> y a 12 euros/12 libras por las reservas efectuadas a través de un centro de llamadas o al aeropuerto. Salvo por lo dispuesto en los artículos 10.2 o 10.3 siguientes, estos cargos no son reembolsables.»

En efecto, dicho cargo corresponde a un suplemento opcional del precio de los contemplados en el art. 23.1 Reglamento (CE) n.º 1008/2008. Estos suplementos opcionales del precio derivan de servicios accesorios y no esenciales para el transporte aéreo, como los seguros de cancelación, la elección de un determinado asiento, el embarque prioritario, la facturación *on line*, la emisión del billete electrónico, la facturación de equipaje no de mano, etc. Además, cumple los requisitos previstos en la norma para su validez: se ha comunicado de una manera clara, transparente y sin ambigüedades al comienzo de cualquier proceso de reserva, tanto su concepto como su importe; y su aceptación por el pasajero se realiza sobre una base de opción de inclu-

⁶¹ <http://www.fec.es/index.php?opc=vernoticia&id=663>

sión. Es decir, no sólo se exige que se informe de los suplementos opcionales del precio con claridad y transparencia, sino que sean aceptados expresamente por el pasajero (sistema *opt in*) prohibiéndose su inclusión por defecto (sistema *opt out*), esto es, que deba rechazarlos expresamente. Así lo ha declarado ya el TJUE [(Sala Tercera), sentencia de 19 de julio de 2012 (asunto C-112/11)⁶²; (Sala Quinta) 18 de septiembre de 2014 (Vueling Airlines); Sentencia (Sala Cuarta) de 6 de julio de 2017 (Caso Air Berlin)].

Con todo, como se ha expuesto, siguiendo al TJUE la libertad de precios del Reglamento (CE) n.º 1008/2008 no se opone al posible análisis de la calificación como abusivas de las cláusulas de fijación de precios. Y, en concreto, el cargo por facturación en línea no es una cláusula contraria al art. 89.3 TR 1/2007, puesto que no supone una traslación al usuario de gastos de documentación y tramitación que por Ley corresponden al empresario; y tampoco contraria al art. 89.5 TR 1/200, ya que no implica un incremento del precio que no corresponde a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptadas o rechazadas.

A la misma conclusión llega el Tribunal respecto del «*Cargo UE 261*», esto es, de la repercusión a los pasajeros en el precio del billete de los gastos generados por el cumplimiento por las compañías aéreas de las obligaciones de asistencia derivadas del Reglamento 261/2004. Así lo declaró ya la STJUE (Sala Tercera) 31 enero 2013 (Denise McDonagh)⁶³, al afirmar que las compañías son libres de repercutir los gastos generados por esta obligación en los precios de los billetes de avión.

Igualmente sucede con los cargos por equipaje facturado. La cláusula está amparada en la libertad de fijación del precio de la que disfruta el transportista aéreo, de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 1008/2008, cuestión que fue resuelta por la STJUE (Sala Quinta) 18 septiembre 2014 (caso Vueling Airlines)⁶⁴, al afirmar que el precio a pagar por el transporte del equipaje facturado puede constituir un elemento opcional del precio (art. 23.1) dado que tal servicio, a diferencia del equipaje no facturado o de mano, no puede considerarse obligatorio o indispensable para el transporte de dichos pasajeros.

De hecho, la STJUE (Sala Quinta) 18 septiembre 2014 ha declarado que el art. 97 LNA, que regula el equipaje a transportar, tanto facturado como de mano, obligando al transportista «*a transportar juntamente con los viajeros, y dentro del precio del billete, el equipaje con los límites de peso, independientemente del número de bultos, y volumen que fijen los Reglamentos*» es

⁶² Petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Oberlandesgericht Köln (Alemania), mediante resolución de 2 de marzo de 2011, *Rec.* 2012.

⁶³ TJCE 2013\29.

⁶⁴ ECLI:EU:C:2014:2232.

incompatible con la libertad de fijación de precios en el transporte aéreo establecida en el art. 22.1 del Reglamento (CE) n° 1008/2008.

Sobre el cobro de un cargo adicional en caso de pago del viaje con tarjeta de crédito, contenido en las condiciones generales de IBERIA se ha pronunciado el Juzgado de lo Mercantil de Málaga, en sentencia núm. 150/2014, de 27 junio⁶⁵. Dicha cláusula se considera válida siempre que cumpla los requisitos del art. 60.Ter TR 1/2007 y del art. 24.3 Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago. Así, se admite la posibilidad de que el operador haga recaer en el cliente el coste financiero del pago con tarjeta, siempre que el cargo no supere el coste soportado por el empresario por el uso de tal medio; y siempre que le informe de ello, siguiendo el art. 19 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo⁶⁶.

⁶⁵ AC2016\1724.

⁶⁶ D.O.U.E. L 304, de 22 de noviembre de 2011.

Evolución y sistema de la sociedad cotizada en el Derecho español

Jesús Quijano González
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid

Sumario: 1. Introducción.—2. La sociedad cotizada en la Ley de Sociedades de Capital. 2.1. Antecedentes: la materia refundida (Ley de Sociedades Anónimas y Ley del Mercado de Valores). 2.2. El régimen resultante en la Ley de Sociedades de Capital. 2.3. Las reformas posteriores: en especial las de 2011 y 2014.—3. La sociedad cotizada en el anteproyecto de Código Mercantil. 3.1. Planteamiento. 3.2. Las especialidades en materia de acciones y obligaciones. 3.3. Las especialidades en materia de órganos. 3.3.1. La junta general. 3.3.2. El consejo de administración. 3.4. Otras especialidades: pactos parasociales; aumento y reducción de capital; información societaria.—4. Reflexión final.

1. INTRODUCCIÓN

La evolución de la sociedad cotizada en el Derecho societario español ha seguido, con relativa fidelidad, un itinerario en el que, de forma paralela, se han ido encontrando y entrelazando tanto la progresiva configuración de su régimen jurídico, como la relevancia sistemática que se iba concediendo a la figura, por referencia al tronco común de la sociedad anónima. Ese contraste entre su concepción como una sociedad anónima con especialidades, o como una sociedad distinta, o un tipo propio, resultante de una singular mutación de la sociedad anónima común, ha constituido el hilo conductor de tal evolución, que es bien evidente en la sucesión de fases que ha seguido la construcción de su régimen jurídico en nuestro Derecho.

En efecto, en una fase inicial, que hoy podemos considerar ya sólo como antecedente de la situación actual en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC), el régimen de la sociedad cotizada no iba más allá de un conjunto de reglas especiales dispersas, dentro de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 (LSA). Hasta que aquel peculiar Título X, incorporado en la Ley del Mercado de Valores (LMV) en 2003, no agrupó algunos preceptos

precedentes de las recomendaciones de buen gobierno de la época (Código Olivencia, de 1998, y, especialmente a estos efectos por la influencia inmediata y directa en aquella reforma legislativa, Código Aldama, de 2003), la sociedad cotizada no había dispuesto de un espacio sistemático propio, capaz de dar cuenta de su creciente dimensión particular, o del progresivo grado de diferenciación que iba experimentando respecto del régimen general de la sociedad anónima.

La LSC, que se nutrió en la refundición de las dos leyes que regulaban separadamente los dos tipos de sociedades de capital, pero también del citado Título X de la LMV, vino a consolidar una opción sistemática razonablemente adecuada al estado de la sociedad cotizada en ese momento, en el que podía considerarse como una variante ya notablemente especial respecto de la sociedad anónima; algo más que un subtipo con especialidades, pero quizá todavía no un tipo claramente distinto, que mereciera incluso una legislación propia y separada. Todavía en esa misma dirección, pero con la nueva perspectiva que deriva de la integración del conjunto del Derecho societario en un cuerpo normativo más amplio, el Anteproyecto de Código Mercantil (ACM), de 2013, avanzó algún paso más en la línea de la diferenciación, aproximando el régimen de la sociedad cotizada al de un tipo propio, con elevado grado de autonomía material y sistemática. De nuevo podría afirmarse que estas opciones de ubicación y ordenación de la sociedad cotizada, tanto en la LSC como en el ACM, se correspondían con la evolución y estado de desarrollo de su régimen jurídico en esta fase, que ha venido a intensificarse por efecto de las importantes reformas que en 2014 afectaron al Título XIV de la LSC, donde está acogida la sociedad cotizada, con posterior repercusión en la nueva versión del ACM, elaborada en 2018 con el fin de mantener el paralelismo entre ambos textos.

Introducida así la evolución sistemática de la sociedad cotizada, procederá examinar con más detalle cada uno de los pasos que ha seguido el citado itinerario para comprobar sobre el terreno si el volumen de identidad que ha alcanzado la figura, tanto en el ámbito societario, como en el del mercado de valores, aconseja avanzar aún más, hasta reconocer a la sociedad cotizada un estatuto propio, correspondiente a un tipo autónomo, que ya no expresa simplemente las especialidades respecto del tipo de procedencia, la sociedad anónima, sino que ofrece características particulares, relacionadas con su función, con el ámbito en que actúa, con las peculiaridades organizativas que derivan de los intereses en juego y, en fin, con la singularidad estructural que necesita su propia complejidad. Cabría entonces proponer, como opción de llegada en esta evolución, la configuración de la sociedad cotizada como un tipo especial, y no sólo como una variante especializada de un tipo común más amplio, por más que en su régimen contenga un elevado volumen de normas que tienen, y mantienen, esa procedencia. Lo que sería independiente del hecho de que su ubicación formal se mantuviera in-

tegrada en un conjunto normativo común del Derecho societario, sea ley, código propio, o parte de un código mercantil general, sin descartar la opción, más remota, de que, mientras se conserve la estructura actual de la materia societaria, todavía con cierta dispersión, la sociedad cotizada pudiera alojarse en un texto legislativo propio que expresara con más nitidez su creciente autonomía o su carácter de tipo diferenciado. Pero es obvio que tal punto de llegada requiere de un contraste y de una reflexión más continuada y profunda que la aquí se trata de suscitar, en un planteamiento inicial de la cuestión.

2. LA SOCIEDAD COTIZADA EN LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

2.1. Antecedentes: la materia refundida (LSA y LMV)

En el momento de elaborarse el Texto Refundido de la LSC, atendiendo el mandato que había sido recogido en la Disposición Final séptima de la Ley de Modificaciones Estructurales, en 2009, el material jurídico relacionado con la sociedad cotizada procedía, como ya se indicó, de una doble fuente: de un lado, un conjunto de especialidades dispersas que la LSA entonces vigente (se trataba, a su vez, del Texto refundido de la LSA, de 1989, con reformas posteriores) había ido acogiendo y situando en los preceptos del régimen general en que operaban como excepción, matización, variante o regla de aplicación alternativa; de otro lado, en el singular Título X de la LMV, donde se habían agrupado unas cuantas reglas procedentes de, o impulsadas por, recomendaciones de buen gobierno corporativo, una vez que el Informe Aldama consideró necesario elevar al rango de normas jurídicas algunas de esas recomendaciones, lo que se hizo mediante la denominada Ley de transparencia de las sociedades anónimas cotizadas, de 17 de julio de 2003, que, a la vez que añadía ese Título X en la LMV, también modificaba la LSA, introduciendo algunas normas de aplicación más propia en la sociedad cotizada, aunque se incorporaran al régimen general de la sociedad anónima en muchos casos.

El conjunto de especialidades que con el paso del tiempo se habían ido insertando en la LSA se corresponde bien con las que pasaron a integrar el Título XIV de la LSC en 2010, pues no en vano ésta debía acogerlas en cumplimiento del mandato de refundición. Así, por ejemplo, la representación de las acciones mediante anotaciones en cuenta, del artículo 60; el tratamiento del dividendo preferente en los artículos 50 y 91, éste para las acciones sin voto; las acciones rescatables de los artículos 92 bis y ter; el derecho de suscripción preferente en caso de usufructo de acciones en el artículo 70; el régimen de exclusión de tal derecho, especialmente en caso de

delegación del aumento de capital en los administradores, etc., procedían de la LSA, aunque no todas estas reglas estaban en su texto original de 1989, sino que algunas habían sido incorporadas posteriormente en sucesivas reformas. La ya mencionada Ley de transparencia, de 2003, en concreto, introdujo en la LSA algunos cambios (en el voto o representación a distancia, de los artículos 105 y 106; en el derecho de información, del artículo 112; en los deberes de los administradores, en los artículos 127, bis, ter y quáter, con el especial despliegue de los deberes de diligencia, fidelidad y lealtad) que, siendo de aplicación general, tenían especial sentido en la sociedad cotizada, fuera por expresa indicación del precepto, fuera por adecuación a su ámbito propio.

La otra fuente de material a refundir, con independencia de que su contenido y alcance fueran más bien parcos, era el Título X de la LMV (artículos 111 a 117 de aquel texto), de especial interés en la evolución normativa de la sociedad cotizada, pues significó la primera agrupación sistemática, bajo un rótulo expreso («De las sociedades cotizadas»), de reglas jurídicas específicas para esta sociedad. Se abría el Título con una delimitación del ámbito de aplicación, utilizando un concepto simple de sociedad cotizada («sociedades anónimas cuyas acciones están admitidas a negociación en un mercado oficial de valores») y añadiendo una indicación de régimen aplicable (lo previsto en el Título, como derecho especial, las disposiciones de las sociedades anónimas, como derecho supletorio general, y las demás normas que sean de aplicación en cada caso, como referencia implícita al derecho sectorial particular).

El resto del conjunto normativo, distribuido en capítulos, tenía por objeto, en primer lugar, someter los pactos parasociales, fueran de voto o de bloqueo, a un régimen de transparencia que incluía la comunicación a la CNMV, la publicación como hecho relevante y el depósito en el Registro Mercantil, con advertencia de ineficacia respecto del derecho de voto y de la transmisión mientras no se cumplieran tales medidas. Venían a continuación las especialidades en materia de órganos sociales: la obligación de disponer de un reglamento para la junta general y de otro para el consejo de administración, que debían ser comunicados a la CNMV e inscritos en el Registro Mercantil; la inclusión, dentro de un precepto rotulado como «deberes de los administradores», de un particular deber de abstención en la junta general de administradores que hubieren obtenido la representación de acciones mediante solicitud pública y se encontraran en conflicto de interés respecto de los asuntos que se citaban (nombramiento, cese, ejercicio de acción social de responsabilidad y operaciones vinculadas, que, además, debían mencionarse en la memoria anual), así como de un deber de no utilizar información privilegiada para realizar, o sugerir realizar, operaciones sobre valores de la propia sociedad. Finalmente, un aspecto entonces ciertamente novedoso se refería a la información societaria, donde se in-

cluía el germen originario del informe anual de gobierno corporativo (el artículo 116, luego desarrollado en detalle, contenía ya la sistemática básica del informe, donde se distinguía la estructura de propiedad de la sociedad, la estructura de la administración, las operaciones vinculadas, los sistemas de control de riesgos, el funcionamiento de la junta general y el grado de seguimiento de las recomendaciones de gobierno corporativo o, en su caso, la explicación de la falta de seguimiento, en una inicial formulación del principio «cumple o explica»); además, y bajo una mención genérica a los instrumentos de información que las sociedades cotizadas debían disponer para cumplir las obligaciones exigidas de publicidad, se recogía ya la concreta necesidad de disponer de una página web, para atender al ejercicio del derecho de información de los socios y para difundir las informaciones relevantes cuando así se requiriera. Tal conjunto normativo, contemplado desde la perspectiva de lo que entonces suponía acoger esas reglas procedentes de recomendaciones de buen gobierno y en combinación con las que permanecían ubicadas como tales en los Códigos de la época, no era desdeñable como base para empezar a configurar un ámbito propio de la sociedad cotizada en aquel momento.

2.2. El régimen resultante en la LSC

El Texto Refundido de la LSC, aprobado por el Real Decreto Legislativo de 2 de julio de 2010, acogió la materia objeto de refundición en un título propio, el Título XIV, expresamente dedicado a las «Sociedades Anónimas Cotizadas». Si hasta ahora, como ya se indicó, las normas precedentes se encontraban dispersas, de un lado como especialidades incrustadas en el régimen general de la sociedad anónima en la LSA de 1989, y de otro, como el incipiente bloque incorporado en 2003 en el Título X de la LMV, el nuevo Título XIV de la LSC ofrecía una sistemática mucho más acorde con el grado de singularidad que la cotizada iba adquiriendo, tal como se expone sintéticamente a continuación.

El artículo 495, que por sí mismo integraba un Capítulo I, de Disposiciones generales, recogía el concepto ya conocido de la sociedad cotizada (sociedad anónima cuyas acciones están admitidas a negociación en un mercado secundario oficial de valores), tomado del artículo 111 de la LMV, con una única variación, pues se añadía ahora el término «secundario», como precisión respecto del mercado de valores donde se producía la admisión a negociación de las acciones. Asimismo, el precepto acogía también la regla, de igual procedencia, sobre prelación de normas a aplicar, con la conocida prioridad de las especiales respecto de las comunes de la sociedad anónima.

A partir de ahí, comenzaba la primera experiencia de ordenación sistemática de las normas particulares de la cotizada, presentadas siempre como

«especialidades» por materias, con un criterio ciertamente clásico, pues es el que ha orientado la disposición normativa de la sociedad anónima tradicionalmente.

Así, el Capítulo II agrupaba las reglas especiales en materia de acciones, comenzando por su necesaria representación en anotaciones en cuenta, tanto para acceder a la cotización, como para permanecer admitidas, regla que procedía de la propia LMV, a la que el artículo 60 de la LSA de 1989 se remitía sin más, y que se completaba con la amortización de pleno derecho de los títulos transformados en anotación en cuenta. A ello se había añadido, en términos inicialmente simples en el artículo 497, el derecho a conocer la identidad de los accionistas por parte de las sociedades emisoras, formulado como obligación de proporcionar los datos necesarios por parte de las entidades encargadas de llevar los registros de valores representados por medio de anotaciones en cuenta. Las demás reglas, ordenadas en Secciones dentro del Capítulo, se referían sucesivamente a las acciones con derecho a un dividendo preferente, de obligado reparto cuando hubiera dividendo distribuible, con aplicación del régimen previsto al respecto para las acciones sin voto; a las acciones rescatables, trayendo aquí lo que la LSA, tras la reforma experimentada en 1998, disponía en relación con la emisión y la amortización de estas acciones; y a las acciones sometidas a usufructo, en relación con el cálculo del valor de nuevas acciones suscritas a las que se extendiera el usufructo, o con la compensación a satisfacer cuando el usufructo se extinguiera, o no se extendiera a nuevas acciones por falta de suscripción del nudo propietario, ya que entonces debería tomarse en cuenta el precio medio de cotización en los periodos establecidos.

El Capítulo III acogía las especialidades en materia de suscripción de acciones, cuestión ésta de mayor complejidad, pues el régimen general inicialmente establecido en la LSA de 1989 había experimentado notables modificaciones, en reformas de 1998 y 2002, sobre todo en lo referido a la exclusión del derecho de preferencia, y muy en particular en el caso de las sociedades cotizadas. De manera que lo que ahora hacían los artículos 503 a 508 de la LSC era ordenar esas reglas que ya venían dispuestas para la sociedad cotizada: así, el plazo mínimo para ejercer el derecho de suscripción (que el artículo 158 de la LSA tenía fijado en 15 días, al menos para las sociedades cotizadas); la distinción entre el régimen general y el especial de exclusión del derecho de preferencia, basada en la posibilidad de las sociedades cotizadas de emitir nuevas acciones a cualquier precio superior al valor neto patrimonial determinado por el auditor; la delegación en los administradores de la facultad de exclusión del derecho de suscripción preferente respecto de las nuevas acciones emitidas, cuando la junta general les hubiera delegado la facultad de aumentar el capital; la obligación de comunicar a la CNMV el fracaso total o parcial, por suscripción incompleta, de un aumento de capital en cuya verificación inicial hubiera intervenido; y, finalmente, la

especialidad en cuanto a la cancelación de la inscripción de un aumento de capital por el transcurso de un año sin inscribir la escritura de ejecución del acuerdo, con la consiguiente restitución de las aportaciones realizadas.

El Capítulo IV, integrado por un único artículo sobre el límite máximo de la autocartera, se limitaba a recoger la especialidad del máximo del diez por ciento, procedente de la reforma de la LSA en 2009, a su vez motivada por la reforma de la Segunda Directiva comunitaria en esta materia. También el Capítulo V, referido a la emisión de obligaciones, declaraba inaplicable el límite máximo a la emisión, lo que ha perdido significado tras la reforma de 2015 en la materia, una vez que el artículo 401 sólo mantiene el límite para la sociedad limitada, y extendía la delegación en los administradores de la facultad de excluir el derecho de suscripción preferente, en caso de delegación de la emisión de obligaciones convertibles, como ya se hacía en la emisión de acciones, teniendo en cuenta que tal derecho había quedado reservado exclusivamente a los accionistas, conforme al artículo 416 y en virtud de la Sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 2008, que había estimado incorrecto que tal derecho pudiera ser también ejercitado por obligacionistas de emisiones anteriores.

Los siguientes Capítulos VI y VII estaban dedicados a recoger las especialidades relativas a los órganos sociales, en aquel momento ciertamente limitadas si se compara con lo que posteriormente ha ocurrido en esta materia. En efecto, a propósito de la junta general, se traían aquí las reglas que la LMV había incluido en el Título X: el carácter obligatorio del reglamento de la junta, aprobado por ella misma con el quorum legal ordinario, salvo que lo hubiera superior en los estatutos, y sometido a doble publicidad, por el Registro Mercantil y por la CNMV; y el deber de abstención de voto en la junta general de los administradores que hubieren formulado solicitud pública de representación, respecto de las acciones representadas y de los acuerdos en que estuvieran en conflicto de interés, con enumeración, estuvieran o no en el orden del día, de un mínimo de casos (nombramiento, cese, acción social de responsabilidad y operaciones vinculadas). A estas especialidades referidas a la junta se había añadido en 2010, e incorporado directamente a la LSC, otra de elevada significación, como era la nulidad de las cláusulas estatutarias que limitaran el número máximo de votos a emitir por un mismo accionista o sociedades pertenecientes al mismo grupo, de manera que, si una sociedad anónima que tuviera tal cláusula en sus estatutos resultaba admitida a cotización posteriormente, debía eliminarla en el plazo de un año, teniéndose por no puesta a partir de entonces. Ocurrió, no obstante, que otra reforma de 2012, en sentido contrario, restableció la posibilidad de estas cláusulas limitativas, incluso para la actuación en forma concertada, si bien quedarían sin efecto tras una oferta pública de adquisición que alcanzara un porcentaje igual o superior al 70% del capital con derecho a voto, salvo que el oferente no estuviera sujeto a medidas de neutralización equivalentes o no

las hubiera adoptado, siendo éste el régimen que permanece en la actualidad. Más simple era aún el ámbito de especialidad en la administración societaria en aquel momento, ya que solamente alcanzaba al carácter obligatorio del reglamento del consejo de administración y a la correspondiente publicidad de tal instrumento, pensado para complementar el régimen interno y de funcionamiento orgánico, dentro del marco legal y estatutario.

Por su parte, el Capítulo VIII incorporaba las reglas sobre pactos parasociales sujetos a publicidad, también procedentes de la LMV, donde se les definía por razón de su contenido (pactos sobre el ejercicio del derecho de voto en la junta general o que restrinjan o condicionen la libre transmisión de acciones, obligaciones convertibles o canjeables) y se sometía a la doble publicidad registral y como hecho relevante, tras la comunicación a la CNM, tanto su celebración, como su prórroga o modificación, quedando legitimado cualquier firmante para realizar las comunicaciones o el depósito exigido, teniendo en cuenta que, mientras no se efectuara tal publicidad, el pacto carecería de efectos en las materias indicadas; la regla se extendía también a pactos entre socios de una entidad que ejerciera el control sobre una sociedad cotizada, pero se reconocía también la posibilidad de excepcionar temporalmente la publicidad, total o parcial, mediante dispensa de la CNMV, cuando pudiera ocasionar un grave daño a la sociedad afectada.

Finalmente, el Capítulo IX agrupaba ahora toda la especialidad sobre la información societaria; tanto la que estaba más dispersa en la normativa societaria contable (así, cuando la sociedad estuviera admitida a cotización en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea, la prohibición de formular cuentas abreviadas, el deber de información complementaria en la memoria, y la inclusión del informe de gobierno corporativo en el informe de gestión, si bien no se incluyó en el TR de la LSC el detalle sobre su estructura que sí estaba en el artículo 116 de la LMV), como otras peculiaridades diversas (así, la extensión del derecho de información, luego suprimida, a la que se hubiera facilitado a la CNMV desde que se celebró la anterior junta general, o la ampliación de instrumentos especiales de información, pues a la obligación de disponer de una página web, que ya estaba en el Título X de la LMV, se unía ahora la habilitación en ella del Foro Electrónico de Accionistas y la posibilidad de constituir Asociaciones específicas y voluntarias de accionistas, quedando su régimen remitido a un desarrollo reglamentario aún pendiente).

Como bien se aprecia por la observación en conjunto del régimen resultante de la refundición de la LSC en 2010, quedó en ella configurada una base de suficiente entidad para avanzar en su tipología diferenciada. El proceso posterior, con reformas y replanteamientos, tanto de contenido como de sistemática, confirma el sentido de esa evolución en los términos que se describen a continuación.

2.3. Las reformas posteriores: en especial, las de 2011 y 2014

Con posterioridad a la refundición de 2010, la LSC ha sido objeto de importantes reformas de distinto origen. Unas veces se trataba de incorporar el contenido de Directivas comunitarias referidas a las sociedades cotizadas, estando pendientes de trasposición otras en el próximo futuro; otras veces era la propia evolución de las recomendaciones de buen gobierno lo que motivaba la traslación al texto legal de reglas contenidas en los Códigos, o auspiciadas en ese contexto del buen gobierno corporativo; otras, en fin, han tenido motivos más singulares, no exentos de interés, aunque en un nivel distinto al de las principales reformas.

Ejemplo de estas reformas más puntuales es la introducida por la Ley de Economía Sostenible, de 4 de marzo de 2011, en el artículo 497, sobre el derecho a conocer la identidad de los accionistas, precisando más su contenido y alcance; o también la introducida, en 2012, por la Ley de simplificación de obligaciones formales relativas a las modificaciones estructurales, que afectó al régimen de la página web, obligatoria en las sociedades cotizadas, con efectos importantes, entre otros, en la convocatoria de la junta general; o la más reciente, derivada de la Ley de 28 de diciembre de 2018, sobre información no financiera, que obliga a las sociedades cotizadas, como un aspecto del principio de igualdad de trato a los accionistas, a proporcionar el apoyo necesario a personas con discapacidad y personas mayores para que puedan ejercer los derechos de información y voto, y añade la descripción de la política de diversidad como nueva materia a incluir en el apartado de la estructura de la administración, dentro del informe anual de gobierno corporativo, en el artículo 540; o, en fin, el cambio producido en el artículo 505, sobre exclusión del derecho de suscripción preferente, donde la nueva Ley de Auditoría de Cuentas, de 20 de julio de 2015, sustituyó «auditor» por «experto independiente» a propósito de la elaboración del informe sobre el valor patrimonial neto de las acciones.

Pero, sin duda, las de mayor calado son las reformas que tuvieron lugar en 2011 y 2014; la primera motivada por la incorporación de la Directiva de 2007, sobre ejercicio de derechos por los socios; la segunda, por ese objetivo de mejora del buen gobierno, relacionado con la propia evolución de las recomendaciones, a partir del llamado Código Unificado de Buen Gobierno, de 2006. Cada una de ellas merece una breve consideración.

La reforma operada por la **Ley de 1 de agosto de 2011** afectó principalmente el régimen de la junta general de la sociedad cotizada, en el que se añadió una Sección 2.^a, bajo el título de «Funcionamiento de la junta general», con tres Subsecciones (Disposiciones generales; Participación en la junta por medio de representante; Votación de acuerdos), que alcanzaban desde el artículo 514 al 527. Lo que ya estaba en el texto de 2010 (reglamento de la junta, derecho de voto de los administradores en caso de soli-

cidad pública de representación; nulidad de las cláusulas limitativas del derecho de voto) permaneció, cambiando los correspondientes artículos de numeración; pero se añadió todo un conjunto de reglas que configuraban un régimen de la junta general de la sociedad cotizada, ya no tanto con especialidades por referencia al régimen general, sino más bien como un régimen propio, que se abría con la invocación de un principio de igualdad de trato que las sociedades cotizadas debían garantizar a todos los accionistas que se hallen en la misma posición, en lo referido a la información, la participación y el ejercicio del derecho de voto en la junta general.

Los aspectos que resultaban ser objeto de tal régimen propio eran, por este orden: en primer lugar, la convocatoria de la junta (plazo, publicidad, contenido del anuncio, con expresa referencia a la información a proporcionar a los accionistas) y la información a proporcionar (información previa a la junta a través de la página web, derecho de minoría a completar el orden del día y a presentar nuevas propuestas de acuerdo, ejercicio del derecho de información y participación a distancia), todo ello formando parte de las Disposiciones generales en materia de funcionamiento de la junta general; en segundo lugar, la participación en la junta por medio de representante, con reglas sobre la representación del accionista, concebida como un derecho no limitable, sobre el conflicto de interés del representante, con enumeración ejemplificativa de situaciones de potencial conflicto, y sobre las relaciones entre el intermediario financiero y sus clientes a los efectos del ejercicio del derecho de voto, que podría ser en forma divergente y que podría ser delegado en tercero delegado por el cliente; en tercer lugar, la votación de los acuerdos, donde se incluían las dos reglas ya establecidas con anterioridad (voto por administrador en caso de solicitud pública de representación y nulidad de cláusulas limitativas del voto) y se añadía otra más novedosa sobre la forma de establecer el resultado de la votación y su publicación en la página web de la sociedad.

Mayor impacto en el régimen de la sociedad cotizada tuvo la reforma introducida por la **Ley de 3 de diciembre de 2014**, para la mejora del gobierno corporativo. Esta reforma, en efecto, trasladó un conjunto de recomendaciones de buen gobierno al texto legal, convirtiéndolas, con discutible técnica, en normas a menudo imperativas, e insertándolas, en algunos casos en el régimen general de las sociedades de capital, tanto anónimas como limitadas, y en otros en el ámbito propio de las especialidades de la sociedad cotizada, de manera que éste quedó ampliamente afectado, tanto en lo cualitativo como en lo cuantitativo, además de la consecuencia indirecta que supuso la elaboración de un nuevo Código de Buen Gobierno en 2015, para sustituir al Código Unificado de 2006, vaciado en parte por la indicada técnica.

La primera manifestación de la reforma de 2014, de especial importancia por su alcance, consistió en establecer requisitos propios para ejercer de-

rechos de minoría (tres por ciento del capital en vez del cinco por ciento general, y uno por mil para la legitimación para impugnar acuerdos sociales), así como reducir de un año a tres meses el plazo de impugnación de acuerdos que no sean contrarios al orden público. Asimismo, el derecho de la sociedad a conocer la identidad de sus accionistas se extendió también a las asociaciones de accionistas constituidas en la sociedad emisora que representen al menos el uno por ciento del capital, e incluso a socios que alcancen, individual o conjuntamente, al menos el tres por ciento, pero sólo a efectos de facilitar la comunicación entre accionistas para el ejercicio sus derechos y la mejor defensa de sus intereses comunes, con advertencia de responsabilidad por daños y perjuicios en caso de utilización abusiva o perjudicial de la información solicitada, y manteniendo la remisión a un desarrollo reglamentario que concrete los aspectos técnicos y formales, que en buena medida han sido ya armonizados por el Reglamento europeo de 3 de diciembre de 2018, para la ejecución de la Directiva de 2007 sobre ejercicio de derechos de los accionistas en las sociedades cotizadas.

A partir de ahí, las principales reformas afectaron al régimen de los órganos sociales de la sociedad cotizada, teniendo en cuenta la finalidad de mejora del buen gobierno corporativo. En el caso de la junta general, destacan en primer lugar las dos novedades incorporadas: el listado de competencias adicionales de la junta, en el artículo 511 bis, complementario del listado general de materias reservadas en el artículo 160, y la fijación, en el artículo 521 bis, de un máximo de mil acciones como límite del número mínimo exigido en los estatutos para asistir a la junta. Las demás modificaciones afectaban a aspectos del régimen de la junta que ya tenían regulación: así, en el artículo 518, en cuanto a la información que debe publicar la página web de la sociedad desde el anuncio de la convocatoria hasta la celebración de la junta; en el 519, respecto del derecho a completar el orden del día y a presentar nuevas propuestas de acuerdo, que se había introducido en 2011, donde ahora quedaba reducido al tres por ciento del capital el porcentaje para ejercer tal derecho de minoría; en el 520, para matizar algunos aspectos del ejercicio del derecho de información del accionista, principalmente cuando se tratara de información disponible en la página web; y, finalmente, en el 524, donde se eliminaron algunas equívocas referencias al ejercicio del voto en el contexto de las relaciones entre el intermediario financiero y sus clientes, manteniendo lo relativo a la delegación de la representación por el intermediario en los titulares indirectos o en terceros, sin límite del número de delegaciones, y a la posibilidad de fraccionar el voto y emitirlo de forma divergente por las entidades legitimadas como accionistas cuando reciban instrucciones de voto diferentes.

Mayor aún ha sido el impacto en las especialidades de la administración societaria: donde el texto anterior sólo recogía la necesidad de disponer de un reglamento del consejo y de darlo publicidad, se ha incluido ahora un régimen prácticamente completo del consejo de administración, canalizado a tra-

vés del singular despliegue, de sobra conocido, desde el artículo 529 bis hasta el 529 novodécies. La materia incorporada comienza estableciendo el carácter necesario del consejo de administración, que debe velar por la observancia de criterios de diversidad en la selección de sus miembros (aspecto éste incluido luego, en 2018, por la Ley de información no financiera), para enumerar a continuación un amplio listado de competencias indelegables, que se añaden al listado, también amplio, del 249 bis, en el régimen general del consejo, lo que ha venido a configurar un «núcleo duro de supervisión» en la función de control y vigilancia del consejo, incidiendo así con fuerza en la tendencia dual que hoy también orienta los modelos tradicionalmente unitarios o monistas. Las especificaciones en cuanto al deber de asistencia y a la información de los consejeros concretan aquí aspectos fundamentales del deber general de diligencia previsto en el artículo 225; se perfilan las posiciones de los cargos unipersonales (presidente y secretario), con enumeración de funciones y con la novedosa previsión de un consejero coordinador cuando el presidente sea un consejero ejecutivo; se obliga a una evaluación anual del desempeño del consejo; se ordenan especialidades para el nombramiento y la reelección de consejeros; y se fija una duración del mandato por determinación estatutaria, con un máximo de cuatro años, y posibilidad de reelección, una o varias veces, por periodos de igual duración máxima. Pero, junto a esto, la más amplia atención se dedica a la composición y organización del consejo, con una detallada definición de las categorías de consejeros, distinguiendo los ejecutivos y el resto (dominicales, independientes, definidos éstos de manera especialmente particular, y otros externos, sin concretar en este caso), y una regulación de las comisiones internas del consejo, en las que se distingue un ámbito facultativo de comisiones voluntarias y otro obligatorio, integrado por las dos comisiones mínimas necesarias, la de auditoría y la de nombramientos y retribuciones, cuyos aspectos básicos de composición y funciones quedan establecidos en la propia ley, como mínimo normativo, sin perjuicio de la remisión a los estatutos de la sociedad y al reglamento del consejo. Finalmente, la última parte del bloque de preceptos en materia de administración societaria está dedicada a las especialidades en materia de retribuciones de los consejeros, partiendo del principio de que el cargo es necesariamente remunerado; frente a las conocidas divergencias que ha venido suscitando el asunto de la retribución en el régimen general de los administradores de las sociedades de capital, compuesto de elementos dispersos en los artículos 217 y siguientes y 249, en el ámbito de la sociedad cotizada es más nítida la distinción entre la remuneración de los consejeros en su condición de tal y la remuneración de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas, en ambos casos ajustadas a la política de remuneraciones, que debe atenerse al sistema previsto en los estatutos y aprobarse cada tres años por la junta general, salvo que, por rechazo del informe anual sobre remuneraciones, la política a aplicar para el siguiente ejercicio deba ser sometida a la junta con carácter previo aunque no hayan transcurrido los citados tres años.

Los restantes aspectos del régimen de la cotizada son los que procedían de la LSC de 2010, con las reformas ya señaladas que se introdujeron en 2011; así, las reglas sobre los pactos parasociales, y la llamada información societaria, que comprende las especialidades en las cuentas anuales, en la memoria y en el informe de gestión, además de los instrumentos especiales de información. Es precisamente en éstos donde se han introducido novedades por la reforma de 2014, con carácter general: así, en el contenido de la página web, donde se alberga el foro electrónico de accionistas; en los aspectos básicos de las asociaciones de accionistas; y, sobre todo, en la incorporación al texto legal de los dos informes anuales obligatorios, el de gobierno corporativo, en el artículo 540, con especial detalle, que recupera el precedente de la LMV, cuyo artículo 116 no pasó al TR de la LSC en 2010, quedando remitido en su estructura a las sucesivas Órdenes Ministeriales (actualmente, la de 20 de marzo de 2013), y el más novedoso, sobre remuneraciones de los consejeros, con información general y particular, también desarrollado por la misma Orden Ministerial, que es la base de los modelos aprobados por Circulares de la CNMV de 12 de junio de 2013 y modificados por Circular de 6 de octubre de 2020.

Hasta aquí la evolución de la sociedad cotizada que conduce a la situación actual; a partir de aquí, lo que hay son sólo, y de momento, previsiones de futuro. La más particular, la que atañe a la eventualidad de que un nuevo texto codificado pueda ver la luz en algún momento, lo que situaría a la sociedad cotizada en un nuevo contexto sistemático, dentro de un ámbito general e integrado del Derecho de Sociedades. El precedente de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles, elaborado en 2002 en el seno de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, apuntó ya en esa misma dirección sistemática. La sociedad cotizada ocupaba un Libro diferenciado, el Libro III de aquella Propuesta, en el que se sucedían unas Disposiciones Generales, sobre ámbito de aplicación, admisión a cotización, capital mínimo, número mínimos de acciones y accionistas y concepto de minoría, con criterio decreciente, seguidas de especialidades en distintos aspectos (por este orden: pactos parasociales sujetos a publicidad, acciones y obligaciones, órganos sociales, aumento y reducción del capital, pérdida de la condición de sociedad cotizada). Más recientemente, la preparación del Anteproyecto de Código Mercantil (ACM) ha vuelto a ofrecer ocasión para el debate sobre la naturaleza de la sociedad cotizada y la sistemática más acorde con ella. El ACM fue elaborado teniendo presente tanto la Propuesta citada de 2002, como el TR de la LSC de 2010, y de ambas influencias surgió la versión inicial elaborada en 2013, también en la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación. Con posterioridad, el ACM, en una segunda versión fechada en 2017, una vez dictaminado por el Consejo de Estado, ha recogido las reformas experimentadas hasta entonces por la LSC, en una tarea de actualización que se ha prolon-

gado posteriormente cada vez que ha tenido lugar alguna nueva modificación del TR de la LSC y que, previsiblemente, tendrá continuidad a medida que se vayan incorporando las recientes Directivas que están pendientes de trasposición, especialmente en lo que afectan de manera particular a las sociedades cotizadas, como es el caso de la llamada Directiva de fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas, aprobada ya en 2017, como reforma de la de derechos de socios de 2007, pues las demás (Directivas de digitalización de las sociedades, de operaciones transfronterizas y, en alguna medida, de reestructuración preventiva, todas ellas de 2019) tienen un alcance más general.

Convendrá, pues, ofrecer a continuación una panorámica sintetizada de la orientación del régimen de la sociedad cotizada en el ACM, como complemento útil de la reflexión sobre la evolución seguida por la figura, a partir de la perspectiva de futuro que eventualmente pueda plantearse. Se trata, en suma, de un paso más en esa evolución, que, aunque no tenga el carácter de norma reguladora vigente, constituye un hito importante para la continuidad de la reflexión planteada.

3. LA SOCIEDAD COTIZADA EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

3.1. Planteamiento

El Título VIII del Libro II del ACM acoge la sociedad cotizada como un subtipo especializado de la sociedad anónima al que se ha pretendido reconocer una cierta autonomía que empieza por manifestarse en su propia ubicación sistemática, lo que se aprecia bien si se compara esta opción con la que se ha seguido en el caso de la sociedad anónima europea, anclada junto a la sociedad anónima en el Capítulo IV del Título III («De las sociedades de capital»).

La propia Exposición de Motivos del ACM resulta sumamente reveladora al explicar con especial empeño esta orientación: su apartado 10 empieza reconociendo el «nivel creciente de identidad propia» de la sociedad cotizada, que hace discutible su consideración como mero subtipo o como variante de la sociedad anónima, para justificar luego el ámbito de regulación en el texto articulado, que se extiende a los aspectos societarios y estructurales de la figura y remite los que tienen relación con la actividad de la sociedad cotizada en el mercado a la legislación del mercado de valores o a la normativa sectorial de aplicación.

En la medida en que sea posible y más clarificador, es interesante enfocar el análisis combinando los criterios que orientaron la redacción inicial

del ACM, de 2013, y su resultado articulado, con las modificaciones introducidas posteriormente, hasta llegar a la nueva versión de 2018, como antes se señaló, tomando como punto de partida el concepto de sociedad cotizada finalmente acogido (281-1): se trata de un concepto simple, extendido a sociedades anónimas y comanditarias, que pone el énfasis en la admisión a negociación de las acciones en un mercado secundario oficial de valores. De él ha desaparecido la referencia a la negociación en sistemas multilaterales debidamente reconocidos, como también un conjunto de requisitos (capital social mínimo, desembolso íntegro y número mínimo de acciones) que cabe considerar más relacionados con la admisión a cotización, que exige acuerdo de la junta general, que con la configuración conceptual de la sociedad cotizada. También en el primer texto se incluía una regla de inaplicabilidad del régimen legal del derecho de separación en las sociedades cotizadas, consecuencia de que los accionistas no dispongan de tal derecho en estas sociedades, regla que no contiene el nuevo texto y que fue remitida como excepción a la regulación de la separación en las sociedades de capital.

El régimen jurídico, por su parte, queda construido a partir de la relación entre lo especial y lo general que corresponda al tipo, de manera que, en lo que no haya previsión expresa en el Título VIII, serán de aplicación las reglas de la sociedad anónima y las demás que proceda. Esto, no obstante, el artículo 281-2 selecciona ya las tres especialidades que se incorporaron a la LSC en la reforma de 2014 y que bien pudieran ubicarse en el lugar correspondiente: la reducción del 5 al 3% para ejercitar derechos de minoría en la sociedad cotizada; la exigencia del uno por mil del capital como requisito específico de legitimación para impugnar acuerdos sociales; la fijación de un plazo propio de tres meses como plazo de caducidad de la acción de impugnación. Por su parte, se recoge en ambos textos la regla de aplicación del régimen previsto a las sociedades que, no cotizando en el mercado español, lo hagan en un mercado organizado extranjero, con algunas distinciones y especialidades.

3.2. Las especialidades en materia de acciones y obligaciones

El Capítulo II de este Título VIII agrupa un conjunto de especialidades, procedentes en su mayoría del derecho vigente, que afectan al régimen de las acciones, y en algún aspecto al de las obligaciones, en distintos aspectos. Es el caso, por ejemplo, de la necesaria representación de ambas mediante anotaciones en cuenta como requisito para acceder o permanecer admitidas a cotización, lo que supone la anulación de pleno derecho de los títulos en que anteriormente hubieran estado representadas. Ni las acciones, ni las obligaciones, pueden tener, por obvios motivos, restringida o condicionada la libre transmisibilidad en los estatutos, y si se adoptare acuerdo de modificación

estatutaria para introducir cláusula limitativa, no producirá efecto mientras la sociedad tenga valores admitidos a cotización.

Aunque la cuestión tenga otro significado, está también incluido aquí el derecho de la sociedad emisora a conocer la identidad de sus accionistas, con el mismo alcance que finalmente ha adquirido en el artículo 497 de la LSC, tras la reforma de 2014, extendido, por tanto, a las asociaciones de accionistas que alcancen el 1% del capital y a los accionistas que, individual o conjuntamente, alcancen el 3% con el fin de facilitar la comunicación entre socios para ejercer derechos y defender intereses comunes, con advertencia de responsabilidad por daños y perjuicios por el uso abusivo o perjudicial de la información. Resulta curioso observar que, en la primera versión del ACM, el derecho se reconocía sin más a las asociaciones de accionistas constituidas en la sociedad emisora, sin otro requisito, mientras que no se reconocía a accionistas con participación significativa en el capital, lo que es prueba palpable de la adecuación del ACM a la reforma de la LSC de 2014. En todo caso, como ya se indicó, la trasposición pendiente de la Directiva de implicación de accionistas, aprobada en 2017, podrá afectar a algún aspecto del derecho a conocer la identidad de los accionistas, teniendo en cuenta que la Directiva sólo lo reconoce a la sociedad emisora, y no a asociaciones ni a accionistas, por lo que, si se modificara la LSC, tal modificación tendría también previsible efecto en el ACM.

Las demás especialidades que se recogen en este Capítulo hacen referencia a la obligación de la sociedad cotizada de acordar el reparto del dividendo preferente, cuando tenga emitidas acciones especiales que atribuyan este derecho y existan beneficios distribuibles, al régimen de las acciones rescatables, cuya emisión es privativa de estas sociedades, especialmente en lo que atañe a su amortización cuando se ejercite el derecho de rescate que puede corresponder a la sociedad, a los titulares o a ambos, al sistema de cálculo del valor de las acciones en usufructo, y al límite de acciones propias en autocarera, que seguirá siendo del 10% del capital social.

Al margen de estos aspectos, hay dos cuestiones que merecen especial consideración en esta materia: del texto revisado del ACM han desaparecido en este punto las «acciones privilegiadas sin voto», que en los textos previos se consideraron también privativas de la sociedad cotizada junto con las acciones rescatables, pero cuya emisión ha vuelto a ser finalmente una posibilidad generalizada a todas las sociedades de capital, incluidas las limitadas, por lo que han quedado integradas en las disposiciones comunes de éstas (Subsección 5.^a de la Sección 3.^a del Capítulo I del Título III de este Libro II, «De las participaciones y acciones sin voto»), tal como ocurre en la vigente LSC, cuyos artículos 98 a 103 regulan las participaciones y acciones sin voto indistintamente; también ha desaparecido la prohibición de cláusulas estatutarias de limitación del número máximo de votos en la sociedad cotizada, que

el artículo 282-3 del primer ACM recogía, cuando ese era el estado legislativo en la cuestión, sustituido ahora por la regla permisiva del 233-42, de alcance general, con la especialidad en la cotizada de pérdida de eficacia de la limitación, o neutralización automática, cuando una OPA alcance el 70% o más del capital con derecho de voto, tal como resulta de los artículos 188,3 y 527 de la LSC actualmente.

3.3. Los órganos de la sociedad cotizada

Los órganos de la sociedad cotizada son, como ya se ha podido apreciar en la LSC, especialmente tras la reforma de 2014, el ámbito donde se concentra mayor volumen de especialidad; es aquí donde las recomendaciones y normas, imperativas o dispositivas, de buen gobierno, han tenido mayor incidencia, una vez que el ACM de 2013 ha sido acomodado al estado actual de la LSC en esta materia. Se trata, por tanto, de exponer separadamente los aspectos relativos a la junta general y al consejo de administración, teniendo en cuenta que, en ambos casos y dada la sistemática del Libro Segundo del ACM, muchas de las cuestiones que integran el régimen jurídico de las sociedades cotizadas están tratadas en las disposiciones comunes de las sociedades de capital o en las propias de la sociedad anónima, que le son aplicables como normas supletorias, por lo que aquí sólo se consideran las que constituyen verdadera especialidad de la sociedad cotizada.

3.3.1. *La junta general*

Las peculiaridades de la junta general de la sociedad cotizada aparecen agrupadas en el ACM siguiendo el orden tradicional de su proceso de funcionamiento, que abarca desde la convocatoria hasta la adopción de acuerdos.

Aunque propiamente no se trate de un asunto de la convocatoria, sino de la propia configuración de la junta, la primera especialidad está referida a la competencia de este órgano, donde el artículo 283-1 enumera un conjunto de materias reservadas a las que califica de «competencias adicionales», dando a entender así que deben añadirse a las que el artículo 231-52 le atribuye con carácter general a la junta de las sociedades de capital. Son la transferencia de actividades esenciales a entidades dependientes (entendiendo que lo son aquéllas cuyo volumen supere el 25% del total de activos del balance), las operaciones de efecto equivalente a la liquidación y la política de remuneraciones de los consejeros, materias en las que la junta dispondrá de competencia exclusiva y excluyente, en los términos legales en cada caso. A tal ampliación de materias reservadas a la competencia de la junta general se ha añadido, como también ocurre en la LSC, el principio de igualdad de trato a

todos los accionistas que se encuentren en la misma posición, especialmente en relación con la información, la participación y el ejercicio del voto.

Las especialidades de la convocatoria propiamente dichas afectan principalmente a aspectos relacionados con la publicidad electrónica a través de la página web, obligatoria en las sociedades cotizadas, y con las nuevas formas de ejercicio a distancia de derechos de socio; así, junto a la especial regla sobre plazo y solicitud de convocatoria de junta general distinta a la anual, se regula la publicidad de la convocatoria, el contenido del anuncio y la información general que debe proporcionarse antes de la celebración de la junta.

Se regulan a continuación los dos derechos especiales reconocidos a la minoría que represente el tres por ciento del capital social, esto es, el de completar el orden del día con nuevos puntos y el presentar nuevas propuestas de acuerdo sobre asuntos ya incluidos o que deban incluirse en el orden del día; también las especialidades en materia de derecho de información de los socios, que pueden pedir aclaraciones, antes de la junta por escrito y durante la junta oralmente, sobre la información accesible al público que la sociedad haya facilitado al organismo supervisor desde la anterior junta general, y que pueden ver remitida su solicitud a la información previa proporcionada en la página web de la sociedad con formato de pregunta-respuesta; y, asimismo, la prohibición de exigir en los estatutos más de mil acciones, con carácter general y cualquiera que sea el número de las emitidas, para asistir a la junta.

La cuestión que, sin duda, acumula mayor volumen de especialidad en relación con la junta de la sociedad cotizada es la de la participación en ella por medio de representante. Los principios básicos en la materia son la posibilidad de otorgar la representación a cualquier persona, sin que los estatutos puedan limitarla, y la de que un mismo representante pueda acumular la representación de más de un accionista, sin que quepa limitar el número. La representación puede formalizarse por escrito o por medios electrónicos y el accionista representado puede emitir instrucciones que vinculan al representante, debiendo éste conservarlas durante un año; pero si un mismo representante de varios accionistas ha recibido instrucciones distintas de cada uno puede emitir votos distintos o divergentes. Especial significación tiene la regulación del conflicto de interés del representante, con especificación de los supuestos en que se considera existente y del comportamiento a seguir por el representante afectado, todo lo cual complementa las previsiones generales en caso de conflicto de interés del propio socio (231-68). Por lo demás, el artículo 283-13 ha clarificado notablemente la problemática del ejercicio del voto en el ámbito de las relaciones entre intermediarios financieros y clientes, titulares directos o indirectos de las acciones. Se echa de menos, sin embargo, la omisión, previsiblemente por error material que debe ser corregido, de las reglas que ordenan la solicitud pública de representación (supuestos,

legitimación, publicidad, documentación, gastos, etc.), que sí figuraban en el texto de la propuesta previa al ACM. Porque lo que sí se recupera, concretamente en el artículo 283-15, que en esa propuesta inicial del ACM quedó subsumido en un precepto más general sobre conflicto de intereses del representante, es la regla especial de ejercicio del voto por administrador que haya formulado solicitud pública de representación, y que supone que debe abstenerse de ejercerlo cuando se encuentre en conflicto de interés, en los casos ya indicados (nombramiento, cese, acción de responsabilidad y operaciones vinculadas), salvo que haya recibido instrucciones de voto precisas del representado, regla que llegó al artículo 526 de la LSC procedente del 114 de la LMV, y que afecta a las acciones representadas, y no a las propias cuando el administrador sea accionista, ya que entonces juega el tratamiento propio de los llamados acuerdos posicionales.

Finalmente, se establece la publicidad íntegra de los acuerdos adoptados y del resultado de las votaciones en la página web de la sociedad y la obligación de disponer de un reglamento de la junta, con inscripción registral y máxima publicidad, que desarrolle la organización y funcionamiento del órgano con sujeción a la ley y a los estatutos. Otras cuestiones, como la necesidad de acta notarial o las especialidades en la legitimación para impugnar (de la minoría, de las asociaciones de accionistas que la alcancen, o del organismo supervisor), que formaban parte del régimen de la junta en textos anteriores, han desaparecido del ACM, previsiblemente por razones de adecuación tras la reforma de la LSC. Por lo mismo, las reglas básicas de las asociaciones de accionistas y del foro electrónico, que formaban parte del régimen especial de la junta general, han vuelto a trasladarse al ámbito de la información societaria, como instrumentos especiales de información, junto con la página web obligatoria.

3.3.2. *El consejo de administración*

Al igual que sucede en la LSC, especialmente tras la reforma de 2014, la regulación del consejo de administración de la sociedad cotizada es, con mucho, la parte de este Título VIII que concentra mayor volumen de especialización, tanto en lo cuantitativo (la Sección 2.^a del Capítulo III sobre los órganos sociales abarca desde el artículo 283-18 al artículo 283-46), como en lo cualitativo. La voluntad de incorporar al texto las recomendaciones de buen gobierno más consolidadas en la realidad de las sociedades cotizadas, tanto por seguimiento del Código Unificado de Buen Gobierno, como por previa acogida en normas imperativas en algunos casos, ha orientado especialmente este apartado, sobre el que ha tenido notable incidencia la citada reforma de la LSC, de manera que el tránsito de la primera a la segunda versión del ACM ha producido una notable transformación.

En la primera versión de 2013 el tratamiento del consejo de administración seguía con algunos cambios la pauta de la Propuesta de Código de Sociedades de 2002, con algún añadido procedente del Título X de la LMV: carácter necesario del consejo; número de miembros a fijar por los estatutos, pero entre cinco y quince; especialidades en el nombramiento (entre ellas la pertenencia a un máximo de tres consejos, y la posibilidad de fijar límites de permanencia y edad, las prohibiciones para ser miembro independiente, el informe previo para nombrar, y la mayoría cualificada para acordar la acumulación de cargos); especialidades en la retribución (con un límite del uno por ciento de los beneficios de la sociedad en el ejercicio, para la suma de todas las retribuciones variables del conjunto de los administradores); especialidades en el funcionamiento (con comisiones internas obligatorias, de auditoría y de nombramientos y retribuciones, más las voluntarias, y posibilidad de contratar expertos para el apoyo a los independientes); especialidades en los deberes (especial deber de información, prohibición de utilizar información privilegiada y control de operaciones vinculadas); y, finalmente, obligatoriedad y publicidad del reglamento del consejo.

En la nueva versión de 2018 el régimen del consejo ha experimentado notables cambios: también ahora el consejo aparece caracterizado como la única opción organizativa de la administración de la sociedad cotizada, pero a esta doble naturaleza de órgano necesario y obligatorio se añade un principio de diversidad (de experiencias, de conocimientos y, sobre todo, de género, proclamado de forma genérica a la espera del destino final de la propuesta de Directiva comunitaria en la materia).

La otra vertiente de su configuración lo sitúa claramente en la conocida tendencia del gobierno corporativo que distingue el nivel de dirección y gestión del nivel de supervisión y control, como principio orientador. A eso responde el listado de facultades indelegables que el artículo 283-19 añade a las que ya lo son en el régimen común de las sociedades de capital conforme al 231-99; si se observa con atención el alcance de estas facultades que el consejo de la sociedad cotizada debe ejercer en pleno, se encontrarán ahí las que principalmente atañen a la marcha general de la sociedad (el plan estratégico, la política de gestión de riesgos, la política de gobierno corporativo, la información financiera, la definición de la estructura de grupo, la aprobación de inversiones relevantes, la garantía de transparencia en la participación en otras entidades), a las que se añade la competencia de aprobación de operaciones especialmente sensibles como lo son las operaciones vinculadas de la sociedad con consejeros, accionistas significativos y sociedades del mismo grupo, con algunas excepciones tasadas, aunque también es cierto que se permiten en estas materias decisiones delegadas por razón de urgencia justificada y con rendición de cuentas inmediata.

A este perfil de órgano de supervisión contribuye sin duda la obligación de realizar una «evaluación anual del desempeño» (283-25), referida al funcionamiento del consejo y de sus comisiones, que deberá acompañarse de un plan de acción que corrija las deficiencias detectadas.

Caracterizado así el consejo como órgano social, cabe distinguir dos grandes bloques de especialidades en su régimen jurídico: el relativo a su composición, organización y funcionamiento interno, y el relativo al estatuto personal de sus miembros. Todo ello teniendo en cuenta que, también aquí, muchas materias deben integrarse a partir de la normativa común de los administradores en las sociedades de capital y en la normativa propia de la sociedad anónima; lo que hace especialmente importante en la sociedad cotizada la obligada disposición de un reglamento del consejo, sometido a la debida publicidad, con que los artículos 283-45 y 283-46 cierran esta Sección 2.^a.

La composición del consejo acoge, convertida en normas jurídicas generalmente imperativas, sin perjuicio de algunos aspectos dispositivos, la orientación habitual de las recomendaciones de buen gobierno, tanto en la tipología de consejeros, como en la constitución de comisiones internas delegadas.

Las categorías de consejeros reflejan legalmente la conocida distinción entre consejeros ejecutivos y no ejecutivos, y dentro de éstos, que se definen en general por exclusión («los restantes consejeros», dice el artículo 283-30, aludiendo a los que no son ejecutivos), los dominicales, los independientes y otros consejeros externos. Todas las categorías disponen de una definición bastante precisa, pero destaca, por razones obvias, el detalle con que se enumeran las condiciones negativas (incompatibilidades del artículo 283-33) para ser consejero independiente, en las que se han seguido las orientaciones de la Recomendación comunitaria que ya habían sido acogidas en el Código Unificado de Buen Gobierno de 2006 y en el artículo 529 duodecimos de la LSC.

La constitución de comisiones especializadas sigue un principio dispositivo que permite al consejo establecerlas, definir sus funciones y su composición, y designar a sus miembros con amplia libertad, aunque nada impide que los estatutos de la sociedad o el reglamento interno del propio consejo predeterminen su existencia y su configuración. Hay, no obstante, dos comisiones que, siguiendo precedentes ya consolidados en la legislación y en la práctica societaria, adquieren carácter obligatorio: la comisión de auditoría y la comisión de nombramientos y retribuciones, que podría a su vez desdoblarse en dos comisiones diferenciadas. Para cada una de estas comisiones se establece una composición parcialmente obligatoria (el número de sus miembros no está cerrado, pero todos deben ser consejeros no ejecutivos y dos, al menos, consejeros independientes, de entre los que se elige al presidente) y un listado mínimo de funciones, que pueden ser ampliadas en los estatutos o en el reglamento interno del consejo.

Las especialidades en el estatuto personal de los consejeros alcanza aspectos ciertamente diversos; así, el nombramiento (por la junta o por cooperación especial, pero no por representación proporcional ni en condición de suplente, y mediante propuesta previa de la comisión, tanto en el nombramiento inicial como en la reelección); la duración del cargo (reducida a cuatro años, o menor estatutaria, con posibilidad de reelección por uno o varios periodos de igual duración máxima); la inscripción registral del nombramiento (con indicación expresa, y vinculante para el registrador, de la categoría, y sin que la incorrección afecte a la validez de los acuerdos); los deberes de los consejeros (con mención especial al deber de asistencia personal y a la posibilidad de representación por otro consejero, así como a las condiciones en que debe ser proporcionada la información, que permitan al consejero ejercer el derecho-deber individual en este aspecto).

Mención especial merecen dos aspectos relacionados con el estatuto personal: de un lado, la novedad en cuanto al estatuto personal de cargos unipersonales (presidente y secretario del consejo); de otro lado, las particularidades en cuanto al régimen de la retribución de los consejeros.

El presidente, elegido por el consejo de entre sus miembros previo informe de la comisión de nombramientos, es considerado en el artículo 283-21 como «máximo responsable del eficaz funcionamiento del consejo», con funciones básicas definidas (convocar y presidir las reuniones, presidir la junta general, salvo disposición estatutaria en contra, velar por la información que deben recibir los consejeros, y estimular su participación activa, con salvaguarda de su libertad de posición). También salvo disposición estatutaria en contra, el cargo puede recaer en un consejero ejecutivo, necesitando entonces mayoría cualificada; pero cuando eso ocurra el consejo habrá de nombrar, de entre los consejeros independientes y sin participación de los ejecutivos, un consejero coordinador, con funciones particulares de contrapeso dirigidas a conseguir un cierto equilibrio en el funcionamiento del órgano, aunque no alcanza el nivel que tendría un vicepresidente reforzado. El secretario, por su parte, puede o no ser consejero, y tanto su nombramiento como sus funciones guardan paralelismo formal con lo que acaba de indicarse. En cada caso, se hace igualmente previsión de la posibilidad de nombrar uno o varios vicepresidentes o vicesecretarios.

La retribución de los consejeros de la sociedad cotizada reviste notable especialidad y ha experimentado cambios muy significativos en el proceso de elaboración del ACM, como también en el régimen general previsto para las sociedades de capital, y particularmente para las anónimas, que es donde están las reglas comunes de aplicación supletoria en la cotizada, todo ello relacionado con las novedades incorporadas en la LSC tras la reforma de 2014 la LSC a las que se ha adecuado el ACM. En efecto, es en los artículos 231-85 y siguientes donde se establecen los sistemas de retribución fija y variable, los criterios generales de fijación, los límites, la competencia de la junta para

determinar el importe máximo anual y del consejo para distribuirlo entre sus miembros, y los requisitos particulares de la remuneración mediante participación en beneficios y de la remuneración vinculada a acciones de la sociedad, tal como lo hacen también los artículos 217 y siguientes de la LSC.

El cargo de consejero de la sociedad cotizada es necesariamente retribuido, salvo que los estatutos dispongan lo contrario. Pero a partir de ahí se configura una distinción fundamental entre la retribución de los consejeros como tal y la de los consejeros que desempeñen funciones ejecutivas, también equivalente a la del artículo 529 sexdecies y siguientes de la LSC.

La retribución de cada consejero como tal la determina el propio consejo, dentro de la política de remuneraciones derivada del sistema previsto en los estatutos, y habrá de tener en cuenta el importe máximo anual para el conjunto y las funciones concretas de cada uno para individualizarla. En el caso de los consejeros ejecutivos hay que tener en cuenta que su relación con la sociedad se plasma en un contrato específico, previsto en el artículo 231-100, y es en él donde se determina la retribución; lo que añade el artículo 283-41, específico para las cotizadas, además de reiterar la competencia del consejo para fijarla, es la necesidad de que esa retribución se ajuste también a la política de remuneraciones de los consejeros, dentro de la cuantía máxima fijada anualmente, y a los criterios de variación de los componentes variables en el tiempo de duración.

Finalmente, tiene especial interés el tratamiento de la política de remuneraciones como decisión societaria, y su relación con el informe anual ya previsto en la normativa vigente. Conforme al artículo 283-43 la política de retribuciones de los consejeros, que desarrolla el sistema previsto en los estatutos de la sociedad, debe ser aprobada en la junta general cada tres años, lo mismo que su modificación o sustitución, a propuesta motivada del consejo y con informe de la comisión de nombramientos y retribuciones. El informe anual, con el detalle que especifica el artículo 283-44, es sometido a votación consultiva en la junta general, como ya viene ocurriendo, pero la novedad relevante es que, si el informe fuera rechazado, la política de remuneraciones a aplicar en el siguiente ejercicio debe ser previamente aprobada por la junta general, aunque aún no haya transcurrido el plazo de vigencia de tres años.

3.4. Otras especialidades: pactos parasociales; aumento y reducción de capital; información societaria

Con el orden en que aparecen en el ACM, procede considerar por último un conjunto de especialidades, que en algún caso son verdaderas normas propias más que especialidades de un régimen general, con las que el texto completa el tratamiento de la sociedad cotizada.

El Capítulo IV, artículos 284-1 a 284-6, está dedicado a los **pactos parasociales** sujetos a publicidad. Además de mencionar su contenido típico (los tradicionales sindicatos de voto y de bloqueo, con prohibición expresa de pactos de voto en el consejo de administración) y de detallar las vías de publicidad a que están sujetos, bajo sanción de ineficacia, pero con previsión de dispensa del deber por causa de daño grave a la sociedad, se ha introducido en el artículo 284-3 la distinción por razón de su duración temporal; si está determinada, con un máximo de 5 años, la renovación no se produce por prórroga automática o tácita reconducción, sino que requiere de un nuevo acuerdo expreso de los accionistas sindicados; si no lo está, cualquier firmante puede denunciar el pacto en cualquier momento, con preaviso de seis meses. Por lo demás, el régimen previsto se extiende a los pactos entre socios de una sociedad no cotizada que tenga poder de dirección, como sociedad dominante, sobre otra cotizada; en este caso, además, la falta de publicidad del pacto trae consigo la suspensión del derecho de voto de esos socios en la junta de la dominada.

Por lo que se refiere a las especialidades en materia de **aumento y reducción del capital** en la sociedad cotizada, el Capítulo V presta atención a las que se refieren al derecho de preferencia en la emisión de nuevas acciones, ordinarias o privilegiadas, o en la emisión de obligaciones convertibles. Los aspectos afectados son el plazo de ejercicio, no menor de quince días, y el régimen de la exclusión del derecho, que combina la remisión al de aplicación general en las sociedades de capital con la posibilidad de emisión de nuevas acciones a cualquier precio superior al valor neto patrimonial determinado por el experto en su informe; a ello se une la regla, ya prevista en el artículo 506 de la LSC, que permite a la junta delegar en los administradores la facultad de excluir el derecho de preferencia cuando acuerde la delegación en ellos del propio aumento del capital, circunstancia que también es de aplicación en la **emisión de obligaciones** convertibles, como así lo indica el artículo 285-7. Novedad singular es la que contiene el artículo 285-2, la llamada «suscripción indirecta», en la que una o varias entidades de crédito o financieras suscriben inicialmente los nuevos valores emitidos con obligación de ofrecerlos posteriormente a los titulares del derecho de preferencia en las condiciones establecidas. Como lo es también, finalmente, la posibilidad de delegar por parte de la junta en el consejo de administración la facultad de acordar, en una o varias veces, la reducción del capital hasta una cifra determinada, con los límites cuantitativos (25% del capital como máximo) y en las condiciones (con amortización de acciones adquiridas hasta en cinco años) que establece el artículo 285-6.

El Capítulo VI, último de los que el Título VIII dedica a la sociedad cotizada, bajo el rótulo de «**información societaria**», además de excluir la posibilidad de formular cuentas abreviadas y de obligar a proporcionar en la memoria información complementaria cuando la sociedad cotice en mer-

cado regulado de otro Estado miembro de la UE y de incluir el informe de gobierno corporativo en el de gestión en ese caso, todo ello como especialidades en las cuentas anuales, desarrolla los aspectos básicos de la estructura, contenido y difusión del «informe anual de gobierno corporativo», convirtiéndolo así en un instrumento típicamente societario, sin perjuicio de que los aspectos de detalle de su formulación y publicidad, como ya ocurre, queden remitidos al ámbito reglamentario y al organismo supervisor del mercado de valores. Igualmente, y como ya se indicó, bajo el rótulo común de «instrumentos especiales de información» se incluyen la página web obligatoria, donde debe habilitarse el Foro Electrónico de Accionistas, y las Asociaciones de Accionistas, con las mismas previsiones que contiene el artículo 539 de la LSC.

En el texto previo del ACM se incluía también aquí la referencia al informe anual sobre la política de retribuciones que, como ya se ha indicado, ha quedado mencionado en el contexto del régimen de la remuneración de los consejeros, sin perjuicio de su desarrollo por la misma vía indicada para el informe de gobierno corporativo.

También la Propuesta previa al ACM contenía un Capítulo final referido a la pérdida de la condición de sociedad cotizada, incluyendo los supuestos y los efectos derivados, pero tal materia, en paralelo al tratamiento de la admisión a cotización como presupuesto de la adquisición de la condición de cotizada por una sociedad anónima, ha desaparecido del ámbito societario, previsiblemente para integrarse en el ámbito de la regulación del mercado de valores, aunque es discutible que se trate de un aspecto de la actividad de la sociedad en el mercado y no de la estructura societaria como tal.

4. REFLEXIÓN FINAL

El proceso de configuración normativa de la sociedad cotizada que se ha examinado permite afirmar que esta figura, por más que su origen jurídico esté en el tipo clásico de la sociedad anónima, ha alcanzado un grado de diferenciación tal que quizá ya no resulta adecuado seguir considerándola, material y sistemáticamente, como una sociedad anónima con especialidades, y, probablemente, tampoco como una más de las sociedades anónimas especiales. La sociedad cotizada ya no está, como lo están, entre otras muchas, la sociedad anónima unipersonal, la sociedad anónima bancaria, de seguros, o de capital riesgo, la sociedad anónima pública, familiar, o laboral, o la sociedad anónima europea, en el ámbito, ciertamente amplio, de las sociedades anónimas que, por razón de la estructura accionarial, del objeto, de la titularidad del capital, del sistema organizativo, o de cualquier otra característica, disponen de un grado, mayor o menor, de especialidad todavía referible al tipo común.

En la sociedad cotizada, la combinación de la especialidad societaria con las implicaciones derivadas de su ubicación funcional en el mercado de valores, ha ido acumulando tal volumen de singularidad que tal vez sea preferible, y más ajustado al momento de su evolución, su consideración como un tipo propio y autónomo, lo que no obsta para que los diversos aspectos de su régimen jurídico que proceden de la sociedad anónima, y mantienen idéntica configuración, puedan remitirse, interpretarse o aplicarse a partir de normas comunes. Algo similar ocurre en la relación entre sociedad anónima y sociedad limitada, como manifestaciones diversas de una categoría más amplia, que es la de las sociedades de capital, dentro de la cual constituyen tipos tradicionalmente diferenciados. Es más, no es descartable que, en una perspectiva futura de la vieja cuestión tipológica, el espacio de la sociedad limitada se agrande hasta ocupar, como ya prácticamente lo hace en la estadística de la utilización de los tipos, el ámbito ordinario o común de las sociedades de capital que no cotizan en el mercado de valores, ámbito que hoy comparte con un tramo de sociedades anónimas tendencialmente residuales. Si esto llegara a ocurrir, la sociedad anónima cotizada quedaría desprendida de esas adherencias al tipo clásico de la sociedad anónima, de la que dejaría de ser una especialidad sistemática, y quedaría configurada como un tipo propio. Para ello, también es necesario que los dos planos, el societario y el del mercado de valores, se combinen y coordinen adecuadamente; lo mismo que habrían de hacerlo el plano de las normas legales y el de las recomendaciones de buen gobierno, con una correcta y equilibrada proporción entre lo mínimo imperativo, en lo orgánico y en la protección de accionistas, inversores y terceros, y lo dispositivo, en el ámbito interno.

La impugnación de acuerdos por violación del Derecho de Información ejercido durante la junta en la sociedad de responsabilidad limitada

Andrés Recalde Castells
Universidad Autónoma de Madrid¹

Sumario: 1. La función del derecho de información del socio en las sociedades de capital.—2. Las reformas introducidas con ocasión de la Ley 31/2014, en particular respecto del derechos de información ejercido durante la junta.—3. La exclusión de la impugnación de acuerdos por infracción del derecho de información durante la junta en la sociedad anónima y su eventual extensión a la sociedad de responsabilidad limitada.—4. La primera posición de los tribunales.—5. La posición favorable a la especialidad de ambos regímenes.—6. Conclusiones.

1. LA FUNCIÓN DEL DERECHO DE INFORMACIÓN DEL SOCIO EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Además de la documentación que se debe entregar antes de la junta a los socios de una sociedad anónima y de una sociedad de responsabilidad limitada, estos tienen derecho a pedir nuevos datos, a preguntar o a pedir aclaraciones. La ley configura este derecho de información como un derecho individual e inderogable (art. 93.d LSC), cuyo contenido y alcance se concreta en diferentes términos en la sociedad de responsabilidad limitada (art. 196 LSC) y en la sociedad anónima (art. 197. LSC), con alguna especialidad en la sociedad anónima cotizada (art. 520 LSC).

Este derecho subjetivo es distinto de la obligación que se impone a la sociedad de publicar documentos y ponerlos a disposición de los socios —y, eventualmente, de terceros—, como una condición previa a la adopción de determinadas decisiones (aprobación de cuentas, modificación de estatutos,

¹ Proyecto de investigación «Financiación y reestructuración de empresas», DER2017-84263-P, financiado por el Ministerio de Ciencia, Investigación y Universidades.

modificaciones estructurales), o de los deberes de a los que se someten las sociedades que participan en los mercados financieros y en otros sectores especiales en los que la transparencia constituye una columna de todo el sistema². En los últimos años, la política legislativa ha tendido a la restricción del derecho individual de información del accionista. Sin duda esto es así en el caso de la sociedad cotizada, en la que el contenido del derecho de información se restringe, porque a estas sociedades se les imponen deberes formalizados y detallados, que establecen un amplio caudal de información que han de trasladar al mercado. Como dijo el Tribunal Supremo cuando una sociedad

«más responde a su configuración tipológica de sociedad abierta, menos justificación tiene un acceso directo del socio a una generalidad de sopor-tes y antecedentes de la contabilidad» (STS 11.1.2013).

Más discutible es la extensión de esta restrictiva política legislativa a otras sociedades de capital y, en particular, a las sociedades cerradas. En estas el derecho de información e inspección del socio adquiere una significación e intensidad especial, en correspondencia directa con la falta de tutela que deriva de la inexistencia de un mercado, que permita al socio la venta de sus acciones o participaciones. Aquí el derecho a informarse de la marcha de la sociedad es esencial para el control de la gestión y la tutela de la minoría. Como establecieron los tribunales

«las dificultades que tienen los socios para desinvertir exigen potenciar su transparencia y el control de la actuación de los administradores por la minoría que no participa en la administración» (STS 19.9.2013)³.

² Sobre el contenido del deber de informar en función de las exigencias de los mercados ESTEBAN VELASCO, «Derecho de información del accionista», en AAVV, *Derecho de sociedades anónimas II Capital y acciones I*, Madrid 1994, 173, 184 y s.

³ La evolución de la jurisprudencia española antes de la reforma de la LSC de 2014 muestra una configuración del derecho de información vicaria respecto del derecho de voto, la vía a través de la cual el socio debía poder ejercer conscientemente el derecho de voto en relación con los acuerdos a tomar en la junta (SSTS 1.4.2008 RJ 2008/4066, 3.7.2008, 26.5.2008 RJ 2008/3547, 26.7.2010 RJ 2010/6937), aunque también podía resultar útil respecto de la decisión del socio de ejercitar el derecho de suscripción preferente o el de separación. La intensidad con la que luego se pasó a reconocer el derecho de información se debió a que se apreció su utilidad como un instrumento de control y censura de la gestión social (su finalidad es «potenciar su transparencia y el control por la minoría que no participa en la gestión de la sociedad de la actuación de los administradores», STS 16.1.2012 RJ 2012/177). Esto explica que los tribunales entiendan el derecho de información del socio como un derecho autónomo fundamental para la protección de la minoría respecto de las decisiones de la mayoría en la junta-socio. En las sociedades cerradas, el derecho de información no se usa solo para acceder a las cuentas anuales, sino también a la documentación que le sirve de soporte (SSTS 21.11.2011, RJ 2012/3395, 5.10.2011 RJ 2011/6707, 30.11.2011 RJ 2012/1643; 19.9.2013/13; 12.2012 RJ 2012/400083; con ello se «ha rechazado la concepción restrictiva del derecho de informa-

2. LAS REFORMAS INTRODUCIDAS CON OCASIÓN DE LA LEY 31/2014, EN PARTICULAR RESPECTO DEL DERECHO DE INFORMACIÓN EJERCIDO DURANTE LA JUNTA.

La ley 31/2014, por la que se modifica el gobierno corporativo de las sociedades de capital, introdujo importantes cambios en el derecho de información del socio, que reflejaban dos claras tendencias de política jurídica. Por un lado, se aprecia la intención de restringir el derecho de información, que no se limita a las sociedades cotizadas, sino que afecta, con un carácter general, a la sociedad anónima e, incluso, en relación con la impugnación de acuerdos por infracción del derecho de información ejercido antes de la junta (art. 204.3.b LSC), a todas las sociedades de capital⁴. Por otro lado, la reforma afecta de forma intensa el derecho de información del accionista en la sociedad anónima, modificando tanto el régimen general (art. 197 LSC) como la norma referida a las sociedades cotizadas (art. 520 LSC). Sin embargo, la reforma dejó inalterada la regulación del derecho de información del socio en la sociedad de responsabilidad limitada. Aparentemente, con ello se acentúa la diferenciación tipológica entre las dos formas básicas de sociedades de capital⁵.

Sin embargo, no siempre se produce esta diferenciación entre el Derecho de información en la sociedad anónima y en la de responsabilidad limitada. En determinadas materias no se establecen diferencias entre ambos regímenes o, incluso, se impone una regulación que tiende a la uniformidad, donde antes se distinguía. Una buena muestra de lo segundo es que, tanto en la sociedad anónima como en la sociedad de responsabilidad limitada, la competencia para atender la petición de información del socio o rechazarla pasa a atribuirse al órgano de administración, suprimiendo la anterior facultad del presidente de la junta, que era el competente en la sociedad anónima y asimilándose, por tanto, la regulación con lo previsto para la sociedad de responsabilidad limitada (arts. 197.2 y 3 en comparación con el art. 196.2 LSC).

ción» y que se trate «de un derecho autónomo sin perjuicio de que pueda cumplir una finalidad instrumental del derecho de voto»; después de la reforma SAP Sevilla 19.4.2018).

⁴ RECALDE, «Limitación del derecho de información», *El Notario del Siglo XXI*, n.º 63, septiembre-octubre, 2015.

⁵ MARTÍNEZ, «Los supuestos de exoneración del deber de información a los accionistas por los administradores», en Roncero coord., *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada*, I, 2016, 149, 152; RECALDE, «Artículo 197 Derecho de información del accionista», en Juste, coord., *Comentario de la reforma del Régimen de las Sociedades de Capital en materia de Gobierno Corporativo (Ley 31/2014) sociedades no cotizadas*, 2015, 96; contra esta diferenciación GUASCH MARTORELL, «La difícil comprensibilidad y justificación de la regulación dualista del derecho de información del socio en las sociedades de capital no cotizadas», *RDM*, n.º 315, 2020.

Como antes indicamos, para cualquier clase de sociedad de capitales se aplica el mismo régimen de impugnación de acuerdos por la incorrección o la insuficiencia de la información que le ha sido facilitada al socio en respuesta ante un ejercicio del derecho de información antes de la junta (art. 204.3.b LSC). Estos términos, en todo caso, apuntan claramente a la restricción de este remedio, con el que se pretende atacar la validez de un acuerdo de la junta social («*tampoco procederá la impugnación de acuerdos por los siguientes motivos*») por infringirse el derecho de información.

Por otro lado, la reforma de 2014 conserva, en las dos clases de sociedades de capital, las dos modalidades ya conocidas de derecho de información, aunque las diferencias aparentemente se incrementan. En efecto, para ambos casos se preveía antes de la reforma, y se sigue contemplando ahora, que el socio podrá solicitar información antes de la junta y por escrito, o verbalmente en el curso de la celebración de la junta.

En el caso del derecho de información previo a la junta, la petición debía ser atendida por los administradores antes de la junta y por escrito. En el supuesto del derecho a pedir aclaraciones o requerir información complementaria, que se hace valer durante la junta, debe referirse a asuntos tratados en el orden del día y mientras el presidente no haya cerrado la deliberación⁶. Los administradores podrán atender o rechazar la petición manifestándolo verbalmente y durante la junta. Sin embargo, la Ley de Sociedades Anónimas permitió desde 2003 que la respuesta a la solicitud de información que el accionista invoca durante la junta se demorara hasta un plazo máximo de siete días con posterioridad a la fecha en que se celebró la junta. Ese es, en todo caso, un plazo máximo, porque la respuesta debería entregarse antes, si ello fuera posible. La posibilidad de posponer la entrega de la información pedida a un momento posterior a la celebración de la junta permite apreciar la desconexión entre la información que se entrega para atender la petición del accionista, y el ejercicio por este de su derecho de voto. Si la información se le comunicaba después de que finalice la junta, ya no podía sostenerse que el derecho de información se concede para que el accionista pueda formar conscientemente su voluntad.

Sin embargo, dicha posibilidad no se prevé para la sociedad de responsabilidad limitada, donde se prevé que el órgano de administración debe entregar la información pedida, en forma oral o escrita, «*de acuerdo con el momento y la naturaleza de la información solicitada*»⁷. La comunicación de

⁶ BENAVIDES, «El derecho de los socios a formular preguntas a propósito de la celebración de la junta general», en González/Cohen dirs., *Derecho de sociedades. Revisando el derecho de sociedades de capital*, 2018, 242, 256.

⁷ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, «El derecho de información del accionista de una sociedad anónima de carácter familiar», *RDM* n.º 229, 2014; BENAVIDES, «El derecho de los socios a formular preguntas», 255.

la información requerida verbalmente durante la junta por el socio se deberá atender también de forma oral y mientras la junta se estuviese celebrando⁸. No obstante, los administradores, en ejercicio de su poder discrecional para gestionar la sociedad, pueden determinar si el derecho se ejerció de una manera extemporánea o abusiva, p. ej. porque se refiere a información que ya ha sido entregada o de la que disponían los socios.

3. LA EXCLUSIÓN DE LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE INFORMACIÓN DURANTE LA JUNTA EN LA SOCIEDAD ANÓNIMA Y SU EVENTUAL EXTENSIÓN A LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

En relación con el ejercicio del derecho de información durante la pregunta, la modificación más importante que se produjo con ocasión de la reforma de 2014 fue la exclusión en la sociedad anónima de la impugnación de acuerdos (art. 197.5 LSC)⁹. En efecto, la reforma estableció que la lesión del derecho de información que el accionista invocó durante la junta «*no será causa de impugnación de la junta general*» (arts. 197.5 LSC). La norma denota un claro recelo o una voluntad desincentivadora hacia el derecho de pregunta que los accionistas ejercen oralmente (y con la espontaneidad que ello conlleva) en el curso de la junta. Su justificación parece situarse en la presunción de que esa modalidad de derecho de información se puede utilizar con fines espurios y para dificultar el desarrollo de las juntas o incluso para crear causas artificiales de impugnación¹⁰. La Comisión de Expertos, cuyo informe está en gran medida en el origen de la reforma, lo expresó con claridad:

«la experiencia práctica muestra que el ejercicio del derecho de información durante la junta esconde a veces propósitos ajenos a su finalidad y en ocasiones, se ejercita con el propósito de crear artificialmente un motivo de impugnación»¹¹.

⁸ EMBID, Art. 51 en Arroyo/Embid, *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, 2.^a ed., 2009, 659, aunque admite una modulación estatutaria de la norma.

⁹ ALONSO ESPINOSA, «El derecho de información del accionista ejercitado verbalmente durante la junta general tras la Ley 31/2014 (anotaciones al artículo 197.5 LSC)», en Roncero coord., *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada*, 2016, 185, 216; BENAVIDES, «El derecho de los socios a formular preguntas a propósito de la celebración de la junta general», 241, 255 y ss.

¹⁰ ALONSO ESPINOSA, «El derecho de información del accionista ejercitado verbalmente», *cit.*, 195.

¹¹ «Estudio sobre propuestas de modificaciones normativas» (Madrid, 14 de octubre de 2013), elaborado por la Comisión de Expertos en materia de Gobierno Corporativo (nombrada por Orden ECC 895/2013, de 21 de mayo).

Probablemente, la restricción encuentra todo su sentido en las dificultades existentes para organizar y asegurar el buen funcionamiento de juntas a las que asiste un número elevado de accionistas, cuando uno o varios accionistas «interrumpen» la deliberación y el orden del día con constantes interpelaciones y peticiones de información. La decisión del legislador de privar en este caso de la facultad de impugnar el acuerdo contaba ya con antecedentes en algunas resoluciones de los tribunales que habían restringido la impugnación de acuerdos, rechazándola respecto de acuerdos en los que no se atendió la petición de información invocada durante la junta general de una sociedad anónima¹².

Pero el veto a la impugnación de acuerdos por violación del derecho del accionista ejercido durante la junta plantea numerosas dudas. Ante todo, sorprende el mismo texto literal de la norma, pues en esta se dice que lo que no cabe es impugnar la validez de la junta, cuando hace tiempo que los tribunales establecieron que la denegación de información solo afectaría a los acuerdos concretos respecto de los que se pidió la información no entregada, y no a la validez de la misma junta. En efecto, frente a posicionamientos antiguos que permitían anular la junta por la falta de información, el Tribunal Supremo paulatinamente restringió esa conclusión. Las juntas se pueden anular si se incumple el deber de incluir en la convocatoria el suplemento del orden del día¹³; pero la impugnación no es posible en caso de falta o insuficiencia de la información entregada al socio¹⁴.

Por otro lado, no deja de ser cuestionable que se establezca de forma tan radical que la violación del derecho de información ejercido durante la junta no permite la impugnación de los acuerdos. Esto podría conducir a que la impugnación no procediera ni siquiera si a la petición de información de un accionista los administradores respondieron con información que eran conscientes de que era incorrecta, insuficiente o, incluso, falsa. Una insuficiencia o incorrección de los datos comunicados puede provocar errores, y con ello afectar a la voluntad del accionista en el voto. En el caso de que estos errores fueran intencionados no se justifica privar al socio de un remedio, que en cambio sí se aplica si los vicios en la voluntad se produjeron como consecuencia de la información inadecuada que le remitieron los administrado-

¹² STS 16.12.2002, RJ 2002/10750: *«la información solicitada era por su misma naturaleza de complejidad suficiente para necesitar, si la contestación hubiera tenido que ser detallada y pormenorizada, un análisis y confrontación con soportes contables incompatibles con el desarrollo usual en el mundo de los negocios de una Junta General».*

¹³ STS 13.6.2012 RJ 2012/8188.

¹⁴ STS 9.10.2000 RJ 2000/898, STS 5.11.2004 RJ 2004/1082, STS 9.5.2005 RJ 2005/4680, STS 27.3.2009 RJ 2009/3288). La información insuficiente solo proyecta sus efectos sobre la nulidad del acuerdo o acuerdos afectados (STS 13.12.2013 RJ 2013/374; v. no obstante, en sentido contrario SAP Madrid 19.7.2019, aunque en el caso la razón se halla en que la infracción del derecho de información afectaba a la totalidad de los acuerdos.

res cuando el socio pidió por escrito y con antelación a la celebración de la junta.

En fin, aunque no se pueda impugnar un acuerdo de la junta por no haberse entregado la información pedida durante su celebración, esto no supone que no exista el derecho de información, ni que la regla general sea que el momento en el que se debe entregar la información sea con posterioridad a la celebración de la junta. La ley es clara al respecto. La entrega diferida de la información pedida procede si «*el derecho del accionista no se pudiera satisfacer en ese momento*». Por tanto, la negativa a entregar la información durante la junta se debería justificar de forma suficiente y satisfactoria. Esta conclusión es un lógico efecto del deber de diligencia que obliga a los administradores a asistir a la junta y a estar informados (art. 225 LSC), entre otras razones para poder atender las preguntas de los accionistas o dar cumplimiento al derecho que estos puedan invocar para obtener información complementaria a la ya recibida¹⁵.

La conclusión que de todo ello se alcanza es clara. Si el accionista no recibe la información que solicitó, o no se remite las aclaraciones que pidió, o, incluso, si estos datos se le entregan en los siete días posteriores a la finalización de la junta sin que hubiera razones que justificasen esta dilación, se habría producido una infracción del derecho de información. Esta infracción facultará al socio a utilizar las acciones legales previstas al efecto. Entre estas, ciertamente, no estará la impugnación del acuerdo, pero la norma reconoce al accionista la posibilidad de ejercer una acción para reclamar la entrega de la información o el resarcimiento por los daños y perjuicios que sufrió por ese incumplimiento. Todo ello no obsta a que debe reconocerse que estos remedios sustitutivos son de escasa eficacia. Pocas veces una condena judicial a la sociedad a que entregue al socio la información que este pidió, permitirá la satisfacción en tiempo y adecuada de su interés. Por otro lado, la ley no precisa cuál puede ser la vía para acudir a los tribunales para exigir esa entrega forzosa de la información. El socio quizá podría obtener una satisfacción más eficaz de sus intereses si la sociedad fuese condenada a resarcirle los perjui-

¹⁵ STS 1665/2016 19.4.2016; para la relación entre el derecho de información en la junta y el deber de los administradores de asistir a ella SAP Sevilla 16.4.2018). No es suficiente la mera alegación de que el contable no estaba presente en la junta, si a ella concurren los consejeros delegados, ya que estos deberían disponer de la información (STS 19.5.1975; MARTÍNEZ, «Nuevas causas de impugnabilidad: defectos informativos», en Rodríguez Artigas *et al* dirs., *El nuevo régimen de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades de capital*, 2015, 237, 245; FARRANDO MIGUEL, «Los déficits informativos como causa de impugnación de los acuerdos sociales», en Roncero coord., *Junta general y consejo de administración en la sociedad cotizada*, 2016, I, 415, 425).

cios sufridos por la sociedad o por el mismo socio, pero no será fácil identificar los daños resarcibles¹⁶.

En cualquier caso, la reforma de 2014 no estableció una previsión similar para la sociedad de responsabilidad limitada, cuyo régimen, como se ha dicho, no se vio alterado. Es decir, no existe una norma que, a diferencia de lo que sucede con la sociedad anónima, establezca que, entre los remedios frente al incumplimiento del deber de entregar la información pedida por un socio durante la junta general, no se encuentre la impugnación del acuerdo.

Esto ha generado cierto debate. Las posturas se sitúan entre dos extremos: por un lado, la de quienes consideran que el artículo 197.5 LSC no debe limitar su ámbito a la sociedad anónima, sino que este se debe extender a la sociedad de responsabilidad limitada; por otro lado, la de quienes consideran que una y otra norma tiene su propio ámbito de aplicación, sin que proceda una ampliación del ámbito de una norma, que es especial por razón de la clase de sociedad a la que es aplicable.

4. LA PRIMERA POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES

Los juzgados de lo mercantil y las audiencias provinciales se han pronunciado en varias ocasiones sobre la cuestión. Pero en esos pronunciamientos se aprecian posiciones que no siempre han sido coincidentes, aunque sí podría constatarse una tesis que predomina, al menos en el plano de las declaraciones, más que, quizá, en el de las consecuencias que de la misma se derivan.

En efecto, a raíz de las «Jornadas de Magistrados Especialistas de Mercantil» que se celebró en Pamplona en 2015¹⁷, los juzgados de lo mercantil y las Audiencias provinciales afirmaron en varias ocasiones que la norma aprobada en 2014 y que impedía impugnar acuerdos por vulneración del derecho de información que ejerció el accionista de una sociedad anónima durante la

¹⁶ MARTÍNEZ, «Nuevas causas de impugnabilidad: defectos informativos», 246. Entre dichos perjuicios se podrían situar los que, como consecuencia de la dificultad para acceder a información, produjeran un agravamiento de los daños causados a la sociedad, que son consecuencia de la ausencia de una fiscalización adecuada de la gestión, es decir, en último caso de la carencia de un buen sistema de gobierno que garantice el control de la gestión.

¹⁷ V. «Conclusiones de las jornadas de los magistrados especialistas en mercantil celebradas en Pamplona los días 4, 5 y 6 de noviembre de 2019», *RDM* núm. 299, 491 y ss.: «no hay razón alguna que justifique esa diferencia de trato entre ambos tipos sociales, máxime cuando el art. 204.3 les da el mismo tratamiento. Con dicha previsión legal, lo que se está intentando es que el accionista ejercite su derecho de información antes de la junta y evitar así ejercicios abusivos de ese derecho de información durante la junta mediante una batería de preguntas abrumadoras y sorpresivas cuya única finalidad es fundamentar luego, una acción impugnatoria».

junta, debería aplicarse también al ejercicio del derecho del socio en la sociedad de responsabilidad limitada. A esta conclusión contribuyó la idea de que la diferenciación entre el régimen aplicable a la sociedad anónima (art. 197.5 LSC) y a la limitada (donde no existe una norma similar) no se debió a una consciente voluntad del legislador de distinguir entre una y otra clase de sociedad. Al contrario, la omisión en el régimen de la sociedad limitada de una norma como la que la reforma incluyó en la regulación de la sociedad anónima, respondió, quizá, a un simple olvido no intencionado, ya que este probablemente no había querido establecer de manera voluntaria una diferencia tan clara entre el régimen de una y otra clase de sociedad de capitales en esta materia¹⁸.

Por ello, estos planteamientos tienden a defender que debería promoverse la aplicación analógica a la sociedad de responsabilidad limitada del precepto que excluye, para la sociedad anónima, la impugnación de acuerdos por violación del derecho de información ejercido por el accionista durante la junta. Probablemente la sentencia que, a estos efectos, mejor acoge la idea y más se cita es la SAP Asturias 11.11.2016,

«No son impugnables los acuerdos sociales por infracción del derecho de información del socio ejercitado durante la junta, tanto si se trata de una sociedad anónima como de una sociedad de responsabilidad limitada. / Aun cuando el artículo 196 de la LSC, guarde silencio al respecto, **no hay razón alguna que justifique esa diferencia de trato** entre ambos tipos de sociedades, máxime cuando el artículo 204.3 les da el mismo tratamiento. Con dicha previsión legal, lo que se está intentando es que el accionista ejercite su derecho de información antes de la Junta y evitar así ejercicios abusivos de ese derecho de información durante la Junta mediante una batería de preguntas abrumadoras y sorpresivas cuya finalidad es fundamentar luego una acción impugnativa»¹⁹.

¹⁸ Esa hipótesis intuitiva de que quizá el legislador no quisiera distinguir la apuntábamos en RECALDE, «Artículo 197 Derecho de información en la sociedad anónima», 96 y 107. Si nunca es buen criterio para interpretar las normas, una lectura subjetiva que «busca» lo que el legislador quiso, no es mejor acudir a lo que olvidó decir al reformar la ley. Cuando la ley distingue, no debe suprimirse la distinción, salvo que esta carezca de fundamento *o no hubiera razón alguna para ella*, que es lo que cuestionamos (*infra* 5).

¹⁹ También SAP Asturias 27.11.2017; SAP Salamanca 20.3.2017; SAP Murcia 22.3.2018; SAP Baleares 24.4.2018. Entre los autores esta postura ha sido fundamentalmente defendida sobre todo por GARCÍA VILLARUBIA, «El derecho de información del socio como fundamento de la impugnación de los acuerdos sociales. Cuestiones sustantivas y procesales», *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, n.º 29, 2015; también VILLENA, «Art. 196. Derecho de información en la sociedad de responsabilidad limitada», en AA.VV., *Tratado de sociedades de Capital*, T. I, 2017, 1125. Es consciente de las dudas que suscita la norma GUASCH (*RDM*, n.º 315, 2020, *apud* nt. 40), pero parece inclinarse por la asimilación de los dos regímenes con el argumento de que «carece de sentido que se admita que la infracción el derecho de información durante la junta en una sociedad de responsabilidad limitada constituya un motivo legalmente válido de impugnación del acuerdo social sin estar sometido a los condicionantes

En la misma línea, también destaca la SAP Valencia 20.5.2019, que ofrece un buen resumen de las posiciones de juzgados de lo mercantil y de Audiencias. Interesa observar que en este, como en otros casos, la impugnación de acuerdos por violación del derecho de información no se admitió. Pero la razón no era que dicho derecho se ejerciera durante la junta (aunque se haga referencia al tema como *obiter dictum*), sino porque ese ejercicio del derecho no fue conforme a la buena fe (pues nada se alegó por el socio cuando le fue remitida la información por la sociedad antes de la junta) o porque la información que se solicitó no era esencial (sino meramente «*de-seable*») para el ejercicio del derecho de voto²⁰.

La interpretación extensiva de lo establecido para la sociedad anónima se apoya, también, en otro argumento. La norma general prevista para la impugnación de acuerdos de la junta se aplica tanto para la sociedad anónima como para la sociedad de responsabilidad limitada. Y eso ocurre también respecto de las limitaciones a la impugnación de acuerdos si fuera incorrecta o insuficiente la información que se facilitó a los socios «*en respuesta al ejercicio del derecho de información con anterioridad a la junta*» (art. 204.3.b LSC). Si la norma sobre impugnación de acuerdos por infracción del derecho de información es la misma en estos casos en que el derecho de información se ejerció antes de la junta y por escrito, no debería haber razones para establecer una distinción entre una y otra clase de sociedad de capital si el derecho se alegó durante la junta. La omisión de cualquier referencia en la norma que regula el derecho en la sociedad de responsabilidad limitada se debe-

legales previstos en el art. 204.3.b de la Ley de Sociedades de Capital, y que, por el contrario, un socio de las numerosas sociedades anónimas familiares que existen todavía en nuestro país no tenga reconocido en las mismas circunstancias el derecho de impugnación, cuando la realidad tipológica en España nos enseña que estas sociedades anónimas mediante el mecanismo societario de las cláusulas estatutarias y los pactos parasociales resultan a la postre igual de «cerradas» como puedan llegar a serlo las sociedades de responsabilidad limitada (...). En nuestra realidad societaria, con el incuestionable predominio de las sociedades de responsabilidad limitada entre las sociedades de capital, que tiene su clara expresión en la elevada cifra de sociedades de responsabilidad limitada que operan en el tráfico jurídico, a nuestro juicio, el desajuste normativo requiere tratar de mitigar los efectos negativos de la descoordinación legislativa con la máxima unificación del criterio de los tribunales y de las audiencias con la clara finalidad de intentar evitar que para el socio de la sociedad de responsabilidad limitada, el resultado de la reforma parcial del derecho de información no resulte más costoso en términos de seguridad jurídica». Aunque hemos de advertir que este argumento podría inclinar, también, a defender que en las sociedades anónimas familiares cupiera impugnar acuerdos por infracción del derecho de información ejercido durante la junta, precisamente por una analogía (en este caso más clara) con la sociedad de responsabilidad limitada.

²⁰ «(L)os demandantes emitieron voto en contra de la aprobación de las cuentas sin que valoraran como elemento impeditivo para la formación de su criterio que la información requerida se les facilitara con posterioridad a la Junta, dentro del plazo de los quince días siguiente. No hay manifestación alguna en el acta de la que se desprenda que el desconocimiento del detalle de esa partida les impidiera la formación de criterio para el ejercicio de su derecho al voto».

ría a que, cuando un socio pidió aclaraciones o hizo preguntas en el transcurso de la junta, simplemente no cabría impugnar los acuerdos, tal y como ha previsto el art. 197.5 LSC. Pero esto supone hacer decir al legislador lo que nunca dijo. Aunque el restrictivo precepto que limita la impugnación de acuerdos por infracción del derecho de información previo a la junta (art. 204.3.b LSC) tenga un ámbito general de aplicación, de ello nada se deduce respecto del ámbito de la otra norma, la que excluye absolutamente la posibilidad de impugnar acuerdos cuando se lesionó el derecho de información que el accionista invocó durante la junta.

5. LA POSICIÓN FAVORABLE A LA ESPECIALIDAD DE AMBOS REGÍMENES

El planteamiento que vino defendiendo es la aplicación «expansiva» de la norma restrictiva específicamente prevista para la sociedad anónima y que se aprecia en los citados esos primeros pronunciamientos de jueces y audiencias, ha encontrado alguna corrección o, al menos, posicionamientos divergentes en los últimos meses. Estas nuevas posturas son, por otro lado, coincidentes con lo que ha venido sosteniendo la mayor parte de los autores, tal y como se indicará a continuación.

Frente a quienes defendieron que debía extenderse a la sociedad de responsabilidad limitada la norma prevista para la sociedad anónima y que, en particular, excluye la impugnación de acuerdos por infringir el derecho de información ejercido en el curso de la junta, la mayor parte de los autores han defendido una postura contraria, es decir, la aplicación de un régimen autónomo y diferente para cada clase de sociedad de capitales. Esta tesis promueve excluir la aplicación analógica de la norma prevista para la sociedad anónima y, en consecuencia, permitir en las sociedades de responsabilidad limitada la impugnación de acuerdos por violación del derecho de información hecho valer en la junta. El argumento para ello es la ausencia de una razón que justifique la analogía o, si se prefiere, la existencia de argumentos de fondo (tipológicos, o teleológico-funcionales), que dan sentido a una regulación diferente en una y otra clase de sociedad de capitales.

Pero, antes, incluso, que esos argumentos, hay razones sistemáticas, que resultan del Derecho positivo, para sostener esa tesis. En la sociedad anónima la convocatoria de junta debe anunciarse con una antelación de al menos treinta días respecto de la fecha de celebración de la reunión; mientras tanto en la sociedad de responsabilidad limitada el anuncio de la convocatoria puede ser de solo quince días de antelación (art. 176.1 LSC). Es obvio que el tiempo de que disponen los socios de una sociedad limitada para examinar los documentos que se van a poner a su disposición y formular preguntas o solicitar aclaraciones antes de la junta normalmente será menor que

el tiempo de que disponen en la sociedad anónima. Esta diferencia no puede más que compensarse ampliando el juego que se reconoce al socio para informarse o pedir aclaraciones sobre los asuntos del día durante la junta. Y ese derecho necesariamente más amplio no debería verse reducido excluyendo el remedio más eficaz para su defensa, es decir, la posibilidad de impugnar los acuerdos adoptados si al socio se le denegaron la información o aclaraciones pedidas.

Pero son fundamentalmente razones de fondo, las que justifican la especialidad de la norma prevista para la sociedad anónima. Como ya se indicó, la política legislativa que explica la inclusión en la ley de la norma que excluye la impugnabilidad de acuerdos si los administradores no atendieron peticiones de información presentadas durante la junta, hacía frente a situaciones y riesgos que se producirían, sobre todo, en las sociedades cotizadas. Así lo demuestra la referencia a los problemas a los que se trataba de hacer frente, que mencionaba el informe de la comisión de expertos que dio lugar a la reforma de 2014 (*supra* nt. 11). El objetivo era evitar un uso abusivo del derecho de información que incidiera sobre el funcionamiento de la sociedad. En efecto, se trataba de atender a problemas que son típicos de las sociedades anónimas cotizadas o, eventualmente, de sociedades anónimas compuestas por un número elevado de accionistas, en las que las intervenciones y reiteradas preguntas podrían dificultar su desarrollo. Por ello, la ampliación del ámbito subjetivo a sociedades cerradas en las que no concurre ese riesgo, no resulta compatible con el objetivo de política legislativa buscado²¹.

Así se explica que la mayoría de los autores haya sostenido que si la ley distingue el régimen relativo al derecho de información ejercido durante la junta y a la posibilidad de impugnar acuerdos por la infracción de dicho derecho, no habría margen para una interpretación, que superase esa distinción²². Si existiese un riesgo de que las preguntas e interrupciones durante la junta pudieran dificultar su funcionamiento y desarrollo, la ley ofrece mecanismos adecuados y suficientes para hacer frente a dicho riesgo.

En efecto, en las sociedades cerradas, y en particular en la sociedad de responsabilidad limitada como tipo natural de aquellas, pueden excluirse los riesgos del ejercicio abusivo de sus derechos por los socios a través de la facultad reconocida al presidente de la junta para dirigir discrecionalmente las deliberaciones durante la junta, ordenar e, incluso, limitar sus intervencio-

²¹ ALONSO ESPINOSA, «El derecho de información del accionista ejercitado verbalmente durante la junta», 199 y ss., quien sostiene, así que «*este precepto debería solamente abarcar a la SA cotizada*».

²² RECALDE, «Artículo 197. Derecho de información del accionista», 107 y s.; MARTÍNEZ, «Nuevas causas de impugnabilidad: defectos informativos», 242 y 262; FARRANDO, «Los déficits informativos como causa de impugnación de los acuerdos sociales», 419; BENAVIDES, «El derecho de los socios a formular preguntas», 269.

nes²³; también los administradores pueden frenar un ejercicio abusivo del derecho de información, cuando entienden que, atendiendo a las peticiones, se perjudica el interés social (art. 196.2 LSC). Pero el necesario control de esas facultades discrecionales de los administradores en casos de arbitrariedad, no debería verse anulado excluyendo *a priori* cualquier impugnación de las conductas desviadas de aquellos.

En efecto, en las sociedades cerradas no concurre aquella justificación que se daba en las sociedades cotizadas para limitar los remedios aplicables cuando se infringe el derecho de pedir la ampliación de la información en la junta. La sede en la que la minoría debe poder controlar la actuación de los administradores es precisamente la junta. Ese control se manifiesta en las preguntas sobre los asuntos que consideren convenientes y que son objeto de deliberación en el orden del día.

Es lógico, por ello, que tenga un régimen propio y con una tutela más intensa del derecho de información. Así lo ha venido a reconocer, también, algunas sentencias recientes. Como lo expresó la SAP Sevilla 16.4.2018:

«la sociedad de la que se requiere información es una sociedad limitada, y por ello tiene características de sociedad de carácter cerrado, en la que el demandante no tiene la mayoría, con las consiguientes dificultades reales del socio minoritario para desinvertir, lo que exige potenciar su transparencia y el control por la minoría de la actuación de los administradores».

Por esto es importante identificar las razones materiales o sustantivas que sustentan la diferenciación. No existe una identidad de razón entre la regulación del derecho de pregunta o de información en la sociedad de responsabilidad limitada y en la sociedad anónima, porque la primera se destina típicamente a servir de cauce para empresas colectivas con un núcleo reducido y cerrado de socios, en las que no concurren los riesgos que en la sociedad anónima justificaron la regulación restrictiva del derecho a informarse durante la junta. En la primera el derecho a informarse o pedir aclaraciones durante la junta tiene un significativo valor como instrumento que faculta a los socios a controlar la gestión de los administradores y, en su caso, a precaverse frente a conductas abusivas de los socios titulares de la mayoría del capital²⁴.

²³ FUENTES NAHARRO, *El presidente de la junta general de las sociedades de capital*, 2020, 163 y ss.; en este orden el presidente de la junta puede incluso determinar cuándo se ha debatido suficientemente sobre un determinado asunto, evitando, por esta vía un ejercicio abusivo del derecho de pregunta durante la junta privando, incluso, al socio de su derecho de intervención (EMPARANZA, «El presidente de la junta general de accionistas: designación, funciones, responsabilidad», *RDM*, n.º 266, 2007, 941, 983 y s.).

²⁴ Dichos argumentos, aunque no en una posición que decididamente se incline a favor de dicha tesis v. SAP Barcelona 16.11.2018 y SAP Palma de Mallorca 20.6.2019

De ello cabe concluir que el diferente régimen es comprensible está justificado a la luz de la diferente función tipológica que se asigna a una y otra clase de sociedad de capitales. La ausencia de identidad de razón en relación con el derecho de pregunta durante la junta impide, por tanto, la aplicación analógica de una norma que tuvo un claro y limitado ámbito sobre la base de lo que se presume que fue un «olvido» del legislador (incluso aunque esto fuera cierto). En ningún caso parece un correcto criterio interpretativo el de privar de valor a una distinción, que claramente se acoge en la ley. Al contrario, un buen método hermenéutico siempre debería llevar a encontrar, el sentido razonable y sensato a lo que las normas establecen. Y la ley, sin duda, diferencia el régimen aplicable a las sociedades anónimas y limitadas. «Crear» una norma para las sociedades de responsabilidad limitada a partir de una pretendida laguna, supone dar prevalencia a una interpretación subjetiva o inventar una previsión sobre la base de una *voluntas legislatoris* implícita, que no está probada, al margen de que, por otro lado, esa voluntad del legislador nunca debería vincular al intérprete.

En este sentido, resulta especialmente iluminadora de cierto proceso de rectificación respecto de anteriores decisiones de los tribunales la SAP Madrid 28.^a, 12.4.2019 (Ponente Enrique García), que establece que la prohibición de impugnar acuerdos por violación del derecho de información ejercido durante la junta no se puede extender a la sociedad de responsabilidad limitada, pues la ley regula de forma distinta el derecho de información ejercitado en el seno de la junta en la sociedad anónima y en la sociedad limitada; esto no sucede en otros casos en los que establece una regulación uniforme, como ocurre respecto de la impugnación de acuerdos por infracción del derecho de información hecho valer antes de la celebración de la junta (*ex art. 204.3.b LSC*). No cabe una aplicación analógica de una norma que, en último caso, es restrictiva de los derechos del socio (*art. 197.5 LSC*), ya que no existe identidad de razón que la justifique a la luz del distinto tipo societario, abierto y cerrado, sobre el que se aplica el derecho de información²⁵, pues ello provocaría una injustificada desprotección del socio²⁶. Termina dicha sentencia:

²⁵ También Auto J Mercantil Pontevedra 21.9.2017 JUR\2017\256270; la SAP Sevilla 16.4.2018, no cuestiona la posibilidad de impugnar el acuerdo en una sociedad de responsabilidad limitada, aunque se rechazó la anulación del acuerdo, porque la información solicitada en la junta ya se había aportado

²⁶ «Este tribunal considera, sin embargo, que el artículo 197.5 del TRLSC (que establece que la vulneración del derecho de información ejercitado en el transcurso de la junta general no será causa de impugnación de ésta) es una norma prevista, tan sólo, para las sociedades anónimas. Su extensión por analogía a las sociedades de responsabilidad limitada, como propone la parte apelada, no resulta procedente, por las siguientes razones: 1.º el legislador ha regulado por separado en el Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (aprobado por RDL 1/2010, de 2 de julio) el régimen material del derecho de información en cada tipo de sociedad, el de las limitadas (SL) en el artículo 196 y el de las anónimas (SA) en el artículo

«denegar la información sobre la filial, de la que es socio único la matriz, siendo el demandante exclusivamente socio de la dominante, determina dejar a los minoritarios huérfanos de cualquier información sobre el negocio que se desarrolla en la filial, aprobándose las cuentas consolidadas sin posibilidad de fiscalización alguna por parte de los socios minoritarios».

6. CONCLUSIONES

En las sociedades de capital abiertas —y, en especial, en las cotizadas— es comprensible que se limite la impugnación de acuerdos por vulneración del derecho de información, dado que el socio dispone de adecuados mecanismos para la tutela de sus derechos: de un lado, la documentación que obligadamente se publica es más amplia y, de otro, la misma existencia de un mercado que permite la «salida» al socio. Esta es la razón por la que, en aras de facilitar el desarrollo de las juntas y evitar conductas abusivas que entorpezca su funcionamiento, la reforma de 2014 excluyó la impugnabilidad de acuerdos que se sustentan en la infracción del derecho de información ejercido por los accionistas durante la junta. Se trata, en realidad, de un último paso en un proceso que se remonta a reformas anteriores (señaladamente la de 2003) que reduce el juego del derecho a preguntar o pedir aclaraciones en

197 y sólo decidió modificar el de éstas y no el de aquellas, que permaneció incólume, con ocasión de la reforma operada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre ; 2.º) cuando el legislador ha querido unificar para ambos tipos sociales el tratamiento restrictivo del derecho de información del socio como posible justificación para la acción de impugnación de acuerdos sociales, lo ha hecho de modo explícito a raíz de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre (así ocurre con el derecho de información previo a la junta en el artículo 204.3.b del TRLSC, donde restringe la posibilidad de impugnación a los casos en los que la información fuera de carácter esencial o determinante de la infracción para el ejercicio de los derechos del socio); no lo ha hecho, sin embargo, en lo que atañe al derecho de información durante el transcurso de la junta, donde, tras la mencionada reforma, solo se prevé la regla restrictiva en sede de sociedades anónimas (art. 197 TRLSC), pero no para las de responsabilidad limitada (art. 196 TRLSC), lo que lleva a pensar en un designio determinado del legislador y que no existe, en realidad, laguna alguna que llenar, por analogía, para esta otra clase de entidades mercantiles; 3.º) además, puesto que el art. 197.5 del TRLSC se trata de una norma restrictiva de los derechos del socio (en concreto, el de impugnar los acuerdos sociales - art.93.c del TRLSC), su aplicación de modo extensivo a otro tipo de sociedad distinto del previsto por el legislador no es, tal vez, la solución jurídicamente más correcta; y 4.º) la existencia de identidad de razón, exigida por el artículo 4 del C. Civil , es bastante opinable, pues la restricción que puede tener sentido para garantizar el funcionamiento más fluido de una entidad de gran tamaño, como aspira a serlo la sociedad anónima, puede no ser la más adecuada en entidades que respondan a otro modelo, más reducido y a menudo de carácter cerrado, donde la jurisprudencia tradicional (sentencia de la Sala 1.ª del TS 986/2011, de 16 de enero de 2012, a propósito de las sociedades mercantiles cerradas) ha insistido en que se debería permitir una adecuada y más profunda fiscalización por los socios de la gestión social.»

el curso de la reunión y que pretende que el derecho de pregunta se encauce por escrito y de forma anticipada y reflexiva.

Pero en la sociedad limitada (y, en general, en las sociedades cerradas) no concurre esa justificación para impedir la impugnación de acuerdos ante una infracción del derecho de información. Al contrario, la restricción de la facultad de impugnar acuerdos no es coherente con la mejora del gobierno corporativo y excluye el remedio más eficaz contra su violación. Los problemas de gobierno corporativo son de conflictos entre mayoría y minoría, en los que la primera puede ejercer su poder de decidir y administrar la sociedad de una forma opresiva para la minoría. Para atenuar estos riesgos es fundamental que el socio pueda acceder a la información de que disponen los administradores, o la mayoría que los designó. Pero también que se pueda controlar el rechazo de la solicitud de información por la vía de la impugnación del correspondiente acuerdo.

Las normas que regulan el derecho de información del socio deberían interpretarse atendiendo a la significación que cumple el derecho de información en cada una de las formas societarias básicas —sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada— o, en su caso, en función del tipo real (sociedad abierta o cerrada). Y ello supone que los tribunales no prescindan de una distinción que la ley ha establecido, cuando para la sociedad anónima ha excluido expresamente la posibilidad de cualquier impugnación de acuerdos como remedio sancionatorio frente a la denegación o insuficiencia de la información. Pero esta previsión no se ha contemplado para la sociedad de responsabilidad limitada en consonancia con el alcance más intenso que tiene que tener el derecho de información en esta clase de sociedad.

Así lo sostuvo ya la mayoría de los autores que se han pronunciado sobre la cuestión y así parecen haberlo admitido, también, algunas posiciones recientes de audiencias y juzgados, que modifican los primeros pronunciamientos sobre la cuestión dictados poco después de la aprobación de la reforma.

Signos contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres

Miguel Ruiz Muñoz
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Carlos III de Madrid¹

Sumario: I. Introducción.—II. Signos contrarios al orden público.—III. Signos contrarios a las buenas costumbres.—IV. El conflicto con la libertad de expresión.—V. Aplicación del Principio de Ponderación.

El gusto encierra una tendencia a fomentar exteriormente la moralidad.

[I. Kant, Antropología, 1798]

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo no ocupamos del estudio de la prohibición absoluta de registro de marcas referida a los signos contrarios a la Ley, al orden público o a las buenas costumbres, contenida en el artículo 5.1.f) de la Ley de marcas (en adelante LM). Como es sabido la LM ha sido modificada recientemente y de manera relevante por el Real Decreto-Ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de Directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados (BOE, 27.12.2018), para transponer al Derecho español, entre otras, la Directiva 2015/2436/UE, sobre marcas (DOUE, 23.12.2015)², pero dicha reforma no ha afectado al precepto objeto de nues-

¹ Orcid: 0000-0003-3808-8223

² Una primera aproximación de carácter general a esta reforma puede verse en Esteve Sanz, M., «Principales aspectos de la reforma del sistema marcarío español como consecuencia de la transposición de la Directiva (UE) 2015/2436, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de los derechos de los Estados miembros en materia de marcas», *La Ley Mercantil*, 55, febrero 2019 (1-20); Suñol, A., «La reforma de la Ley de Marcas: aspectos sustantivos», en *Almacén de derecho*, 8.2.2019 (alma-

tro análisis, que sigue manteniendo la redacción del texto originario de la Ley de marcas de 2001.

Lo primero que procede decir es que la prohibición absoluta de la que nos ocupamos está sometida a un doble control por parte de la Oficina Española de Patentes y Marcas (en adelante OEPM). Un primer control previo una vez que la Oficina recibe la solicitud, que de no superarse imposibilita la publicación de la misma; y otro segundo, el control de fondo que afecta a todas las prohibiciones absolutas que puede impedir la concesión de la marca. Pues bien, la norma española (artículo 5.1.f LM), no se corresponde exactamente con la equivalente norma comunitaria (artículos. 3.1.f Directiva 89/104; 3.1.f Directiva 2008/95; 4.1.f Directiva 2015/2436; y 7.1.f Reglamento MUE, 2017/1001), porque las normas europeas omiten la referencia a la ley. Parece que el legislador español se ha guiado por el art. 1255 de nuestro Código Civil³. Si entendemos la referencia a la ley en el mismo sentido que lo hace el precepto civil, estamos ante disposiciones de carácter imperativo provengan de donde provengan. El orden público, según el mismo precepto, nos remite a los principios imperantes en una época determinada que deben ser respetados por todos (STS, 31.12.1979). Y las buenas costumbres nos llevan a la moral igualmente imperante en un lugar y en un momento determinado, lo que suele corresponderse con los comportamientos propios de una persona honesta⁴. Se produce una cierta asimilación con la ética social. A una similar conclusión se puede decir que nos lleva el principio de buena fe acogido en los artículos 7⁵ y 1258 del CC y 57 del CCo y, muy especialmente, por la relación estrecha que guarda con el Derecho de marcas el art. 4.1 de la LCD⁶. Estamos por tanto ante un límite jurídico a la autonomía privada, concretamente un límite al particular desarrollo de una

cendederecho.org); y Marco Arcalá, L.A., «Las nuevas modificaciones de la Ley española de marcas» (Comentario breve del Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de Directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados), ADI, 39 (2018-2019), p. 335 ss.

³ Vid. Fernández-Nóvoa, C., «La prohibición de registrar como marcas los signos contrarios al orden público o a las buenas costumbres», ADI, 36 (2015-2016), 2016, p. 39 ss., esp. p. 74.

⁴ Vid. Fernández-Nóvoa, C., Tratado sobre derecho de marcas, 2.^a ed., Madrid, 2004, p. 231; Alonso Espinosa, F., «Prohibiciones de registro», en AA.VV., Nuevo derecho de marcas, coord. F. Alonso Espinosa, Granada, 2002, p. 102; Chijane Dapkevicius, D., Derecho de marcas, Madrid, 2007, p. 190.

⁵ Vid. Otero Lastres, J.M., «El ejercicio antisocial del Derecho de marca», ADI, 35 (2014-2015), 2015, p. 173 ss., esp. p. 183 ss.

⁶ Vid. Massaguer, J. *Comentario a la Ley de competencia desleal*, Madrid, 1999, p. 143 ss.; Martínez Sanz, F., en AA.VV., *Comentario práctico de la Ley de competencia desleal*, Madrid, 2009, p. 61 ss. En ambos casos la referencia hay que hacerla al art. 5 LCD. También, después de la reforma de 2009 de la LCD, Tato Plaza, A., «La nueva cláusula general de represión de la competencia desleal», en AA.VV., *La reforma de la Ley de competencia desleal*, Madrid, 2010, p. 61 ss.

actividad económica, que está fundado en el art. 38 de la Constitución referido a la libertad de empresa. No obstante, los conceptos de orden público y buenas costumbres, a pesar de ser diferentes, no son siempre fáciles de diferenciar el uno del otro y con frecuencia se solapan, de ahí que la distinción deba tomarse con ciertas reservas⁷.

II. SIGNOS CONTRARIOS AL ORDEN PÚBLICO

Pues bien, en el análisis de signos posiblemente afectados por esta prohibición hay que distinguir entre el mal gusto, violación de las buenas costumbres y orden público. Por lo que se refiere al orden público la cuestión parece más fácil de resolver, porque el orden público, sin estar ante normas de carácter imperativo, hay que referirlo a principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, entre ellos los relativos al orden público económico, que guardan una relación directa con el principio de libertad de empresa antes mencionado (artículo 38 CE)⁸. De ahí se puede deducir que deben estar prohibidos los signos que menosprecien o atenten contra la libertad de empresa, pero también desde un punto de vista más general, todos aquellos otros que pudieran constituir un menosprecio o una incitación a la violación de alguno de los valores o derechos fundamentales reconocidos en nuestra carta magna (artículos 14 a 38 CE), incluidos los principios rectores de la política social y económica (artículos 39 a 52 CE). Piénsese, muy especialmente, entre otros muchos supuestos, en el respeto a la dignidad de las personas (artículo 10 CE), pero también en todo aquel tipo de signos que pudieran incitar a la violencia, al menosprecio de ciertas personas, a comportamientos delictivos, o bien en algún tipo de riesgo para la salud pública, etc. (ejemplos: *Bin Laden*, *Pablo Escobar*, *Pol Pot*, *Idi Amin Dada*, *Iparretarrak*, *apelación a la mafia o incitación al consumo de drogas*).

Sobre la violación del orden público por las marcas, entre otros ejemplos, podemos ver dos sentencias recientes del Tribunal General de la Unión Europea: la de 15.3.2018 (A. T-1/17), caso «*La Mafia se sienta a la mesa*»; y la de 12.12.2019 (A. T-683/18), sobre un signo que alude a la marihuana y

⁷ Así se ha puesto de manifiesto por el Abogado General Michal Bobek (Conclusiones del Abogado General en el asunto C-240-18 P, Constantin Film Produktion GMBH/EUIPO): se trata de conceptos que en cierto modo se solapan.

⁸ Sobre este principio pueden verse, entre otros, Paz-Ares/Alfaro, «Ensayo sobre la libertad de empresa», en *Estudios Homenaje al prof. L. Díez-Picazo*, IV, Madrid, 2003, p. 5982 ss.; Cidoncha, A., *La libertad de empresa*, Cizur Menor, 2006, p. 275-276; Paniagua Zurera, M., «Constitución económica y libertad de empresa en la Jurisprudencia constitucional», *RDM*, 309, 2018, p. 193 ss.

añade otros elementos como los términos «*Amsterdam*» y «*store*». Veamos brevemente algo más sobre estas dos resoluciones judiciales.

En el caso de la primera, se trata de un signo formado por la denominación *La Mafia se sienta a la mesa*, acompañada del capullo de una rosa roja, y enmarcado todo sobre un fondo cuadrado de tono oscuro. La marca se solicitó a la EUIPO, para servicios de restauración, por la sociedad española La Honorable Hermandad⁹ (luego La Mafia Franchises) en 2006. Con posterioridad, en 2015, Italia presentó ante la Oficina europea demanda de nulidad de dicha marca por entender que es contraria al orden público y a las buenas costumbres. La petición fue aceptada con base en dos argumentos. Uno, que la denominación del signo promovía manifiestamente la organización criminal conocida con el nombre de Mafia y, el otro, que el conjunto de los elementos de la marca transmitía un mensaje de *convivencialidad* y de *banalización* del elemento denominativo «la mafia», que deforma la gravedad que el término contiene en sí mismo. En el posterior recurso planteado por el titular de la marca el TGUE confirma la resolución de la EUIPO. Como aspectos más relevantes de la resolución se pueden señalar los siguientes: Por un lado, la conexión clara del elemento dominante del signo (la mafia) con diverso tipo de actividades criminales (intimidación, violencia física, asesinatos, tráfico ilegal de drogas y de armas, blanqueo de dinero y corrupción) que vulneran los valores en los que está fundada la Unión, como son los valores de respeto a la dignidad humana y de la libertad. Además de la especificidad propia italiana, en cuyo territorio la denominación se percibe de manera profundamente negativa por la gravedad de los atentados perpetrados contra el orden público. Por otro, frente a la pretensión del titular de la marca, se rechaza la justificación de no pretender provocar ni ofender, sino de simplemente evocar la saga cinematográfica *El Padrino*¹⁰, porque aunque así fuese no elimina la percepción negativa de la marca por el público pertinente. A lo que añade, por último, en coincidencia con la EUIPO y el Gobierno italiano, que los elementos que acompañan («se sienta a la mesa» y la rosa roja) pueden ofrecer una imagen globalmente positiva de la acción de la Mafia y banalizar la percepción de las actividades criminales de dicha organización.

⁹ La denominación «La Honorable Hermandad» constituye una clara evocación a los orígenes de las organizaciones mafiosas, que algunos sitúan en la España de los siglos XVI y XVII, e incluso antes, a principios del XV, según un documento de 1420 donde constan los estatutos de la «honrada Hermandad». Cuatrocientos años después, en 1842, la Camorra de Nápoles se dio una constitución que se corresponde al detalle con el modelo español de fines de la Edad Media. Hans Magnus Enzensberger nos da cuenta de estos hechos en «Pupetta o el fin de la Nueva Camorra», recopilado hoy en su libro *La Balada de Alcapone. Mafia y capitalismo*, tr. esp., Madrid, 2009, p. 63 ss.

¹⁰ *Vid.*, no obstante, Lahiguera, P., «Good papers: Derecho de marcas y libertad de expresión. Constitucionalidad del art. 5.1.f LM», en Almacén de Derecho, 7.9.2018 (almacende.derecho.org), donde la autora se muestra a favor del argumento de la recurrente, y por tanto en contra de la nulidad del signo.

Por lo que se refiere a la segunda, STGUE de 12.12.2019 (A. T-683/18), el argumento principal para el rechazo es que un signo que alude a la marihuana no puede ser registrado como marca de la Unión porque es contrario al orden público. El signo figurativo en cuestión se solicita en la EUIPO en 2016 para productos alimentarios, bebidas y servicios de restauración. La Oficina lo rechaza por contrario al orden público y así se confirma posteriormente por el Tribunal General. El signo se conforma por un elemento figurativo, la representación estilizada de la hoja de cannabis (tres filas de hojas verdes), junto a tres elementos denominativos, los términos «cannabis», «Amsterdam» y «store». Pues bien, el Tribunal General declara, por un lado, que es la combinación de estos elementos, la hoja de cannabis como símbolo mediático de la marihuana; el término cannabis, como elemento dominante por el espacio y su posición central en el signo; el término Amsterdam como ciudad donde se comercializa de manera libre bajo determinadas condiciones esta droga derivada del cannabis; y la mención de la expresión «store», que se entiende habitualmente como tienda, lo que induce al público pertinente (el público de la Unión en general) a pensar que los productos y servicios comercializados bajo este signo se corresponda con los que ofrecería una tienda dedicada a la venta de productos estupefacientes. Comercialización que es ilegal en numerosos países de la Unión. Y esto, dice el Tribunal General, sin perjuicio de reconocer que el cáñamo no se considera una sustancia estupefaciente por debajo de un determinado umbral de *tetrahidrocannabinol* (THC), que se cifra en el 0,2%, pero resulta evidente que los consumidores (el consumidor medio), no disponen necesariamente de conocimientos científicos o técnicos precisos sobre los estupefacientes en general, ni sobre los derivados del cannabis en particular, aunque esta situación pueda variar en función de los Estados miembros. Y sin perjuicio también, de la evolución legislativa y social-cultural en curso respecto al uso lícito del cannabis, bien con fines terapéuticos o lúdicos, si bien en la mayoría de los EEMM sigue considerándose estupefacientes ilegales si están por encima del umbral antes señalado¹¹. En este sentido, ante la falta de una regulación específica europea, la Unión debe completar la acción de los Estados miembros dirigida a reducir los daños a la salud producidos por las drogas, incluidas la información y la prevención (art. 168.1.III TFUE).

Y por otro, por lo que se refiere al concepto de orden público, efectivamente el Reglamento 2017/1001 (RMUE) no contiene una definición de orden público, y que la escala de valores que lo pueda delimitar no es uniforme entre los EEMM, pero aún así, no parece que existan muchas dudas de la co-

¹¹ En Francia, en el año 2000, se rechazó la marca «*Cannabia*» para identificar cervezas por ser un estupefaciente de consumo prohibido (Cfr. Basire, Y., *Les fonctions de la marque. Essai sur la cohérente du régime juridique d'un signe distinctif*, Paris, 2014, p. 409-410). Pero se admitió la marca «*Opium*» para identificar perfumes, que por el contrario fue rechazada en Suiza (cfr. Chijane Dapkevicius, D., *Derecho de marcas*, Madrid, 2007, 190-191).

nexión de la promoción y consumo de sustancias estupefacientes con la salud pública, al menos allí donde su consumo o comercialización está prohibida, que es en la mayoría de los Estados miembros. Lo que queda subrayado por el art. 83 del TFUE, cuando alude al tráfico ilegal de drogas como uno de los ámbitos delictivos de especial gravedad, con una dimensión transfronteriza, que legitima la intervención del legislador de la Unión. De ahí que se pueda considerar como un signo contrario al orden público, porque es percibido por el público pertinente como una indicación de que los alimentos y bebidas cubiertos por el mismo en la solicitud, así como los servicios relacionados, contienen sustancias estupefacientes ilegales en muchos Estados miembros, lo que lo hacen contrario al orden público en el sentido del precepto en cuestión (artículo 7.1.f, RMUE). Y añade, para finalizar, de permitirse el signo, dada la función indicadora del origen empresarial de los productos y servicios marcados que cumple el mismo, acaba induciendo implícita pero necesariamente a la compra de esos productos y servicios, o al menos banaliza su consumo.

III. SIGNOS CONTRARIOS A LAS BUENAS COSTUMBRES

En cuanto a los signos contrarios a las buenas costumbres, el problema fundamental consiste en distinguir entre el mal gusto y la violación de las buenas costumbres, de manera que no parece que lo primero entre dentro de la prohibición absoluta del art. 5.1.f) de la LM (art. 7.1.f, RMUE), porque la cuestión del buen o mal gusto es una cuestión extrajurídica que debe quedar fuera del control legal. Se trata de algo cuyo rechazo o no corresponde a la esfera interna de cada cual o, en todo caso, a la sociedad civil mediante los posibles efectos reputacionales, pero sin que ningún poder público deba imponerlo ni sancionarlo. Por tanto en este ámbito la libertad de expresión debe imponerse sin mayores problemas, de manera más o menos similar a lo que sucede con los mensajes publicitarios (*de gustibus non est disputandum*)¹². En seguida volveremos a hablar sobre el derecho fundamental de la libertad de expresión y su aplicación en el Derecho de marcas.

Pero la cuestión es que a veces no resulta nada fácil la delimitación entre lo que puede ser objeto de control o de prohibición, como son los actos contrarios a las buenas costumbres, que por lo general se califican como signos

¹² Vid. Rubí Puig, A., *Publicidad y libertad de expresión*, Cizur Menor, 2008, p. 86 ss., esp. 91, con interesantes referencias a resoluciones del Tribunal Constitucional alemán. Probablemente con cierta influencia de I. Kant, porque decía que se puede discutir sobre gustos, lo que supone pretender el asentimiento necesario del otro, pero no disputar sobre ellos, porque eso exigiría decidir mediante pruebas. Y esto último es lo que casi siempre se olvida, y que nos condena, en un sentido diferente, a las disputas... (cfr. Comte-Sponville, A., *Diccionario filosófico*, tr. esp., Barcelona, 2005, p. 247-248).

ofensivos, y los que quedan al margen por ser constitutivos simplemente de mal gusto. En este último caso se podría hablar de la antesala de la moralidad:

Como hemos incluido en la cabecera de este escrito, decía I. Kant, que el gusto ideal tiene una tendencia a fomentar exteriormente la moralidad. Y añade: «[H]acer al hombre pulido [*gesittet*] por su posición social, no quiere, indudablemente, decir tanto como hacerle moralmente bueno [*sittlich-gut*], pero predispone para esto, por la tendencia a complacer a otros en dicha posición (a ser querido o admirado). De este modo pudiera llamarse al gusto moralidad de la apariencia externa; bien que esta expresión, tomada a la letra, encierra una contradicción pues el ser pulido implica el aspecto o el aire de moralmente bueno e incluso un grado de ello, a saber, la inclinación a poner ya en la pura apariencia de ello cierto valor.»¹³

Como decimos la frontera entre unos y otros a veces queda bastante difusa, como lo prueba el hecho de que las resoluciones judiciales sobre la materia se nos presentan a veces con cierta carga de falta de coherencia y de homogeneidad. Así podemos ver que en ciertos casos se resuelve de manera permisiva (STSJ de Madrid, Sala de lo contencioso, de 27.10.2011, caso «*La oxtia*»; y están admitidas las marcas comunitarias que incluyen las expresiones «*espárragos cojonudos*»; «*Cabrón 49*»; «*Bastardo*»; «*contra-bando*»; «*tumba.dios*»; «*screw you*» para productos sexuales; «de puta madre» porque coloquialmente significa muy bien o muy bueno; «*illicit*»; «*hemptouch* y *premium cannabis essentials*» para uso medicinal; «*Die Wanderhure*», donde el término «*Hure*» es sinónimo en alemán de prostituta¹⁴. Mientras que en otros, que se pueden considerar más o menos próximos, se hace de manera negativa [STS, 2.4.2009, Sala de lo contencioso, caso «*aguardiente de puta madre*» o «*aguardiente hijoputa*»; STGUE, de 5.10.2011, T-526/09, «*Paki*»; STGUE, Sala Primera, de 9.3.2012, T-417/10, «*¡Que buenu ye! HIJOPUTA*»; STGUE, de 14.11.2013, T-52/13, «*Ficken*»; STGUE, de 24.1.2018, T-69/17, caso «*Fack Ju Göhte*» (*Fuck you*), anulada por STJUE, 27.2.2020, C-240/18]. Y, finalmente, en otros se adopta una solución intermedia, que se puede entender acertada, por el tipo de productos y los destinatarios de los mismos¹⁵. Nos referimos concretamente al signo *SCREWYOU* («copular» en inglés) no admitido para productos digamos co-

¹³ Vid. Kant, I., *Antropología en sentido pragmático* [1798], tr. esp., Madrid, 2004, p. 172-173.

¹⁴ Vid., sobre este último signo, Resolución 2889/2014-4, de la Sala de Recurso de la OAMI de 28.5.2015, *DIE WANDERHURE*, apartado 12, donde dice que el artículo 7.1.f) del Reglamento 207/2009, protege los valores del Derecho de la Unión como sistema jurídico que garantiza derechos humanos fundamentales, pero no trata de ser un manual lingüístico destinado a suprimir las palabras soeces.

¹⁵ Cfr., entre otros, Chijane Dapkevicius, D., *Derecho de marcas*, Madrid, 2007, p. 191-192.

munes o generales, pero sí para productos sexuales destinados a personas adultas (Res. OAMI, 495/2005-G, de 6.7.2006).

No obstante, se pueden realizar algunas precisiones al respecto. De manera general, se deberá tener en cuenta el signo en sí mismo, su configuración, su estructura y su significado¹⁶. Y de manera más concreta, por un lado, las últimas sentencias citadas aportan algunos datos que pueden ayudar a resolver la difícil cuestión que se plantea¹⁷, porque nos dicen que la distinción se debe basar en el posible carácter ofensivo o insultante del signo, no se trata de que sea soez o vulgar, sino que debe ser degradante, hiriente o humillante para estar ante un signo contrario a las buenas costumbres (o al orden público). En este sentido se puede llegar a entender la permisividad respecto al signo «*espárragos cojonudos*», que siendo una expresión soez, refleja la excelencia de un producto sin llegar a zaherir a nadie, ni siquiera de manera genérica; pero también se entiende el rechazo de los signos «*hijoputa*» o «*puta madre*». En todo caso habrá que estar atento a los subsiguientes desarrollos judiciales por el elevado carácter casuístico de la cuestión. Por otro lado, el carácter ofensivo o no del signo se debe verificar a través de la impresión que produzca o pueda producir en el público pertinente a través de la figura del consumidor medio¹⁸. Y se debe entender por público pertinente, no sólo a los destinatarios de los productos o servicios marcados con el signo en cuestión, por lo general varones adultos en el caso de los aguardientes, sino igualmente al resto de personas que de manera más o menos habitual por razón de la comercialización (publicidad, grandes superficies, etc.) se viesan sometidas a la percepción del signo. De ahí que se deba ampliar el círculo en muchos casos a la gran mayoría de la población (entre otros, especialmente a los menores)¹⁹.

De los casos mencionados más arriba, uno especialmente interesante, es el caso «*Fack Ju Göhte*» (*Fuck you*), STJUE, 27.2.2020, C-240/18 P, que anula la la STGUE, 24.1.2018, T-69/17. La EUIPO, y la resolución del TGUE, deniegan el registro del signo «*Fack Ju Göhte*» porque la pronunciación de la expresión alemana (*Fack Ju*) resulta idéntica a la de la expresión inglesa «*fuck you*», que en su sentido más vulgar puede entenderse como

¹⁶ Vid. Lobato, M., Comentario a la Ley 7/2001, de marcas, Madrid, 2002, p. 265; Marco Arcalá, L.A., «Prohibiciones absolutas», en AAVV, Comentarios a la Ley de marcas, dir. A. Bercovitz/A. García Cruces, 2.ª ed., Cizur Menor, 2008, p. 211-212.

¹⁷ Vid. Fernández-Nóvoa, «La prohibición de registrar como marcas los signos contrarios al orden público o a las buenas costumbres», ADI, 36 (2015-2016), 2016, p. 39 ss., esp. 74 ss., y 105 ss.; Marco Arcalá, L.A., «Signos ofensivos y signos de escaso gusto en la Jurisprudencia comunitaria reciente (comentario a la STG [Sala Primera] T-417/10, Federico Cortés del Valle López c. OAMI, de 9 de marzo de 2012 —caso «¡Que buenue ye! HIJOPUTA»—)», ADI, 32 (2011-2012), 2012, p. 625 ss., esp. 638 ss.

¹⁸ Vid. Basire, Y., *Les fonctions de la marque. Essai sur la coherente du régime juridique d'un signe distinctif*, cit., p. 409-410.

¹⁹ Vid. casos, ya mencionados, PAKI, HIJOPUTA y CURVE.

«¡jódete!», por lo que se considera que es un insulto de mal gusto, indecente y vulgar que ofende con carácter póstumo al venerado escritor alemán Johan Wolfgang von Goethe, lo que lo convierte en un signo contrario a las buenas costumbres²⁰. El signo denominativo en cuestión es el título de una película alemana de mucho éxito solicitado para una variada gama de servicios de telecomunicaciones y productos de *merchandising* (clases 3, 9, 14, 16, 18, 21, 25, 28, 30, 32, 33, 38 y 41). La resolución del Tribunal General fue recurrida en casación y el Abogado General Michal Bobek, en sus conclusiones presentadas el 2 de julio de 2019²¹, propone al Tribunal de Justicia que anule la sentencia del Tribunal General y la resolución de la EUIPO. Y así ha sucedido con la STJUE, 27.2.2020, C-240/18 P.

El Abogado General entiende, en primer lugar, que en el ámbito del Derecho de marcas es aplicable la libertad de expresión. Volveremos sobre este aspecto en el apartado siguiente. Y en cuanto al orden público y las buenas costumbres, nos dice, por un lado, que si bien la EUIPO tiene atribuido un cierto papel en la protección del orden público y de la moral (art. 7.1.f Reglamento 207/2009), no es en absoluto el papel principal o predominante de la EUIPO ni del Derecho de marcas de la Unión. Por otro lado, aunque los conceptos de orden público y de buenas costumbres a veces se solapan, son diferentes y, en contra de lo que sostiene el Tribunal General²², el Abogado General considera que se deben diferenciar. Esta diferenciación conceptual radica fundamentalmente en la estrecha conexión a las normas del primero de los conceptos, de ahí su carácter objetivo y su articulación de arriba abajo; mientras que la segunda, las buenas costumbres, provienen de los valores y convicciones aceptados por una determinada sociedad en el momento presente, esto es de la moral imperante, y de ahí su carácter subjetivo y que vaya de abajo arriba. De esto último deduce el Abogado General que las buenas costumbres (a diferencia del orden público) no pueden apreciarse al margen de las normas sociales y el entorno social, de modo que su identificación requiere como mínimo cierto grado de evaluación empírica sobre lo que la sociedad (el público) de que se trate considera en un momento determinado como normas aceptables de conducta. Lo que significa que para comprobar si un signo es contrario a las buenas costumbres, es necesario atender a pruebas específicas que permitan determinar de qué manera va a reaccionar probablemente el público en cuestión a ese signo asociado a los correspondientes productos o servicios. Y en parecidos términos la STJUE, 27.2.2020, C-240/18 P.

²⁰ En el Derecho estadounidense, la sección 2 (a) de la *Lanham Act* (15 USC parágrafo 1052 y 1053), excluye del registro o anula, entre otros, a los signos compuestos, en todo o en parte, de elementos inmorales, o capaz de denigrar a personas vivas o muertas.

²¹ Conclusiones del Abogado General Sr. Michal Bobek, presentadas el 2 de julio de 2019, A. C-240/18 P, Constantin Film Produktion GmbH v. EUIPO.

²² En el apartado 23 de la sentencia recurrida el TGUE dice que la EUIPO no está obligada a diferenciarlos.

Pues bien, es precisamente debido a esta caracterización subjetiva de la moral o buenas costumbres, de donde proviene el argumento principal del Abogado General contra la sentencia comentada, porque al sustentar la denegación del signo en las buenas costumbres, la EUIPO debió de armarse si no de un estudio empírico profundo, sí de una estimación basada en datos, para explicar de qué modo resultan afectadas las buenas costumbres por el signo en cuestión, y así rebatir los argumentos presentados por la recurrente de no afectación de la moral imperante. Argumentos de la recurrente que se concretan en lo siguiente: el éxito de la película «*Fack Ju Göthe*» en los países de habla alemana, en la ausencia de controversia pública en torno al título de la misma, en la autorización para ser exhibida ante un público de todas las edades, incluido un público joven, y en la inclusión de la película en el programa lectivo del Instituto *Göthe*. Todo ello demuestra que fue objeto de una percepción positiva²³. Sin embargo, el aparato argumental contra el signo no se llegó a construir, sino que la denegación de la solicitud del signo por la EUIPO, confirmado por el Tribunal General, se sustentó exclusivamente en el propio signo denominativo, considerado aisladamente respecto de la percepción y la realidad sociales en toda su amplitud. A esto se añade, finalmente, el reproche del Abogado General a la EUIPO (y al Tribunal General) de que en su resolución no explico debidamente el abandono de su anterior práctica decisoria en un asunto similar²⁴, lo que constituye una vulneración de los principios de igualdad de trato y de buena administración.

Por otro lado, se pueden considerar dentro de esta prohibición los signos con un alto valor simbólico y los signos religiosos. Es cierto que la LM no los menciona expresamente, aunque sí el Derecho armonizador europeo de manera opcional para los EEMM (art. 3.2.b Directiva 2008/95; y art. 4.3.b Directiva 2015/2436). Con todo, según se nos dice, existe una tendencia jurisprudencial a favor de la prohibición²⁵. Un caso que ejemplifica muy bien estas dudas y diferencias de pareceres, es el de la marca «*Jesús*» para *jeans* y otras prendas de vestir. Este signo fue aceptado en Francia y en otros países, pero rechazado en el Reino Unido (también en Irlanda, Alemania y Suiza) por resultar contrario al orden público y a la moral. En el caso británico²⁶, se toma en cuenta por el Tribunal lo establecido en el artículo 10 del Con-

²³ Vid. apartado 94 de las conclusiones del Abogado General Sr. Michal Bobek en el A. C-240/18 P. De lo que se hace eco la STJUE, 27.2.2020, C-240/18 P en sus apartados 52 a 55.

²⁴ Se refiere a la Resolución de la Sala Cuarta de la EUIPO de 28 de mayo de 2015 (R 2889/2014-4, *Die Wanderhure*). Se trataba del signo «DIE WANDERHURE», que era asimismo el nombre de una novela alemana y de su adaptación cinematográfica. El término «Hure» es en alemán sinónimo de prostituta. En este caso, la EUIPO adoptó un criterio predominantemente liberal, de modo que no consideró que la marca fuera inmoral.

²⁵ Vid., Fernández-Nóvoa, «La prohibición de registrar como marcas los signos contrarios al orden público o a las buenas costumbres», *cit.*, p. 119-120.

²⁶ *Basic Trademark SA's Trade Mark Application* [2005] RPC 611.

venio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), sobre la apreciación del orden público y la moral. El rechazo del registro se justifica por tanto, a la vista del artículo 10 CEDH, como una restricción legítima y proporcionada al derecho de la libertad de expresión del solicitante de la marca²⁷. De este modo vemos como se conecta el sistema jurídico de prohibiciones y nulidades de los signos marcarios con el derecho fundamental de la libertad de expresión. En las páginas que siguen nos ocupamos con algo más de detalle de esta cuestión.

IV. EL CONFLICTO CON LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El conflicto del Derecho de marcas con la libertad de expresión es cierto que se puede presentar pero, como acabamos de ver, dentro de los límites o restricciones a que se puede ver sometida dicha libertad de expresión está la protección de la moral [art. 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)²⁸ y art. 10 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales]²⁹. Efectivamente la libertad de expresión garantizada por el Derecho de la Unión Europea y por los Derechos nacionales (art. 20.1 CE) se extiende al ámbito de las actividades empresariales³⁰, se puede decir que forma parte de la libertad de empresa (artículo 38 CE), por tanto también alcanza a las expresiones que integran los signos marcarios³¹, como lo podemos comprobar hoy en el considerando 21 del Reglamento de la MUE³². No obstante, como decimos, eso no debe impedir el respeto de la moral o de las buenas costumbres, que

²⁷ Cfr. Kamina, P, *Droit anglo-américain des propriétés intellectuelles*, Paris, 2017, p. 392-393.

²⁸ Este precepto debe ser interpretado, según el artículo 52.3 de la propia Carta, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la CEDH.

²⁹ Vid. Magdaleno Alegría, A., *Los límites de la libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, 2006, p. 341-343; y Fernández-Nóvoa, «La prohibición de registrar como marcas los signos contrarios al orden público o a las buenas costumbres», *cit.*, p. 119-120.

³⁰ Vid. Paz-Ares/Alfaro, «Un ensayo sobre la libertad de empresa», en AA.VV., *Estudios homenaje a Luis Díez-Picazo*, IV, Madrid, 2003, p. 5960 ss.; Díez-Picazo, L. M.^a, *Sistema de derechos fundamentales*, 3.^a ed., Cizur Menor, 2008, p. 337 ss.; Ruiz Muñoz, M., «Derecho de la publicidad y globalización: publicidad transfronteriza, libertad de expresión y derechos aplicables», RDM, 263, 2007, p. 115 ss., esp. 129 ss.; Cidoncha, A., *La libertad de empresa*, Cizur Menor, 2006, p. 275-276; Paniagua Zurera, M., «Constitución económica y libertad de empresa en la Jurisprudencia constitucional», RDM, 309, 2018, p. 193 ss., esp. 236-238.

³¹ Vid. SSTEDH, *Casado Coca v. España* de 24.2.1994 parágrafo 35 y jurisprudencia citada; *Dor v. Rumania* de 25.8.2015, parágrafo 43 y jurisprudencia citada; y *Sekmadienis Ltd. v. Lituania* de 30.1.2018, párrafos 75 a 84.

³² Con anterioridad en el Reglamento 2015/2424, que modificaba el Reglamento 207/2009.

es justamente a lo que apela la prohibición de registro que comentamos³³. En todo caso el problema no se resuelve de un modo claro y definitivo, porque para algunos puede ser que a pesar de todo este tipo de limitaciones sean consideradas como actos de censura y por tanto restrictivos de la libertad de expresión³⁴. En último caso, a nuestro juicio, la solución parece que debe venir por la aplicación del principio de proporcionalidad al modo y manera de cómo se hace en el ámbito de la publicidad comercial³⁵, pues como sabemos las marcas cumplen una importante función publicitaria³⁶.

En la línea de lo que se acaba de apuntar, se apela últimamente entre nosotros³⁷ a la reciente jurisprudencia norteamericana sobre la aplicación de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, referida a la libertad de expresión, que declara la inconstitucionalidad parcial de la Sec. 2(a) de la *Trademark Act (Lanham Act)*³⁸, para a su vez plantear en nuestro derecho la posible inconstitucionalidad parcial del art. 5.1.f de la LM (art. 7.1.f Reglamento 207/2009 y Reglamento 2017/1001) sobre la prohibición absoluta de registro de los signos contrarios al orden público y las buenas costumbres, por atentar contra la libertad de expresión.

De manera muy sintética los argumentos de los tribunales estadounidenses son los siguientes³⁹: las marcas no sólo indican el origen empre-

³³ El artículo 7.1.f del RMUE es reflejo del artículo 6 *quinquies*, sección B, inciso iii) del Convenio de la Unión de París, referido a la denegación de la solicitud y anulación del registro cuando el signo sea contrario a la moral o al orden público.

³⁴ En esta línea puede verse, últimamente, Lahiguera, P., «Good papers: Derecho de marcas y libertad de expresión. Constitucionalidad del art. 5.1.f LM», *cit.*

³⁵ *Vid.* Rubí i Puig, *Publicidad y libertad de expresión*, Cizur Menor, 2008, p. 372 ss.; Ruiz Muñoz, M., «Derecho de la publicidad y globalización: publicidad transfronteriza, libertad de expresión y derechos aplicables», RDM, 263, 2007, p. 135-141; Farber, D. A., «L'approche de la liberté d'expression par catégories d'expression en droit constitutionnel américain», en AA.VV., *La Liberté d'expression aux Etats-Unis et en Europe*, dir., E. Zoller, Paris, 2008, p. 71 ss., esp. 78 ss.; Zoller, E., «La Cour suprême des Etats-Unis et la liberté d'expression», en AA.VV., *La Liberté d'expression aux Etats-Unis et en Europe*, dir., E. Zoller, Paris, 2008, p. 253 ss. Últimamente, entre nosotros, Lahiguera, P., «Good papers: Derecho de marcas y libertad de expresión. Constitucionalidad del art. 5.1.f LM», *cit.*

³⁶ *Vid.*, especialmente, Basire, Y., *Les fonctions de la marque. Essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif*, Paris, 2014, p. 302-303.

³⁷ Nos referimos a Lahiguera, P., «Good papers: Derecho de marcas y libertad de expresión. Constitucionalidad del art. 5.1.f LM», *cit.*

³⁸ Como hemos anticipado, el Derecho estadounidense, en la sección 2 (a) de la *Lanham Act* (15 USC parágrafo 1052 y 1053), excluye del registro o anula, entre otros, a los signos compuestos, en todo o en parte, de elementos inmorales, o con capacidad de denigrar a personas vivas o muertas.

³⁹ Lo tomamos de Lahiguera, P., «Good papers: Derecho de marcas y libertad de expresión. Constitucionalidad del art. 5.1.f LM», *cit.*, donde alude a un caso sobre la prohibición de registro de marcas ofensivas (v. *Matal v. Tam*) y a la prohibición de registro de marcas inmorales o escandalosas (v. In re: *Eric Brunetti*, 2017).

sarial de los productos y servicios, sino que también incorporan un mensaje dirigido al público susceptible de ser protegido con el registro de la marca. Por tanto, aunque el titular del signo lo puede utilizar a pesar de la denegación de registro, se considera que el rechazo restringe o limita el derecho a la libertad de expresión. Y la posible justificación de la limitación en un interés general, como la protección de los consumidores o del mercado en general, no parece que queden tuteladas de manera efectiva por las prohibiciones de registro cuestionadas (marcas ofensivas y marcas inmorales o escandalosas). De donde se concluye que constituyen un límite ilegítimo a la libertad de expresión y por tanto debe declararse su inconstitucionalidad.

Las resoluciones europeas que se han aproximado a esta cuestión (SSTGUE, Sala Cuarta, de 20.9.2011, T-232/10, caso *Couture Tech Ltd*, sobre el escudo de la URSS; y Sala Primera, de 9.3.2012, T-417/10, caso «¡Que buenu ye! *HIJOPUTA*») entienden que la denegación del registro no impide el uso del signo, ni siquiera en el comercio, por lo que no supone un límite a la libertad de expresión⁴⁰. No obstante, se plantea la cuestión de si la privación de los instrumentos jurídicos propios de defensa de las marcas registradas puede constituir una restricción injustificada de la libertad de expresión del empresario, porque se entiende por algunos como una significativa pérdida de la función comunicativa o publicitaria de la marca que acaba afectando a la libertad de expresión del empresario⁴¹. Pues bien, veamos esta cuestión con algo más de detalle.

Como se ha anticipado, en el caso «*Fack Ju Göhte*» se plantea la cuestión sobre el conflicto del Derecho de marcas con la libertad de expresión, concretamente con la prohibición absoluta que estamos viendo. Lo primero que hay que decir es que, de manera muy sorprendente, el Tribunal General en su sentencia, apartado 29, declaró que la libertad de expresión no es aplicable en el ámbito de las marcas⁴². Y es especialmente sorprendente por los muchos antecedentes que existen a favor de la aplicación del derecho fundamental de la libertad de expresión en el ámbito jurídico-mercantil, y más concretamente en el Derecho de marcas, como lo pone de relieve con todo

⁴⁰ Así lo podemos ver igualmente en las Directrices relativas al examen de las marcas de la Unión Europea y los dibujos y modelos comunitarios registrados en la EUIPO, adoptadas por el Director Ejecutivo de la EUIPO, Decisión N.º EX-19-4, de 12.12.2019, en vigor desde 1.2.2020 [Directrices sobre marcas. Parte B Examen. Sección 4 motivos de denegación absolutos. Capítulo 7 marcas contrarias al orden público o a las buenas costumbres (artículo 7, apartado 1, letra F del RMUE)].

⁴¹ En este sentido, Lahiguera, P., «Good papers: Derecho de marcas y libertad de expresión. Constitucionalidad del art. 5.1.f LM», *cit.*, para quien supone una limitación directa (posibles injerencias externas) e indirecta (desvío a otro tipo de signos).

⁴² Apartado 29 de la STGUE, de 24.1.2018, A. T-69/17, caso «*Fack Ju Göhte*».

detalle el Abogado General Michal Bobek en sus conclusiones en el recurso de casación contra la STGUE, 24.1.2018, T-69/17⁴³:

Como cuestión previa, dice el Abogado General, la EUIPO admitió en la vista que la conclusión formulada por el TGUE en el apartado 29 de la sentencia recurrida era incorrecta. A lo que añade que la libertad de expresión es relevante en materia de marcas, primero, porque el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales recogidos en la CDFUE se extiende a toda actividad u omisión de las instituciones, órganos y organismos de la Unión⁴⁴, por tanto también a la EUIPO; segundo, que la naturaleza mercantil de una potencial actividad no es motivo para limitar ni excluir la protección de los derechos fundamentales, como ha declarado el TEDH el artículo 10 de la CEDH (libertad de expresión), se aplica con independencia del tipo de mensaje, aunque se trate de un anuncio publicitario o de una marca⁴⁵. tercero, porque así se recoge expresamente en el considerando 21 del Reglamento 2017/1001: la libertad de expresión se aplica en materia de marcas (antes en el considerando 21 del Reglamento 2015/2424, que modificaba el Reglamento 207/2009); y, en cuarto lugar, porque lo que se dice es coherente con la jurisprudencia del propio TGUE⁴⁶ y con la práctica decisoria de la EUIPO (OAMI)⁴⁷. Además, podemos añadir por nuestra parte, la Directiva 2015/2436, sobre marcas, en su considerando 27 *in fine*, establece lo siguiente: «la Directiva debe aplicarse de tal modo que se garantice el pleno respeto de los derechos y libertades fundamentales, y en particular la libertad de expresión».

Por su parte la EUIPO, afirma que los derechos fundamentales y su ponderación ya fueron tenidos en cuenta por el legislador europeo en la redacción del art. 7.1.f) del Reglamento 207/2009; no obstante, lo cierto es que en dicho precepto no se establece la menor indicación de cómo debe llevarse a cabo dicha ponderación en los casos particulares. Y como dice el Abogado General en sus conclusiones, la afirmación de la EUIPO es insostenible. Esta claridad y rotundidad a la que aludimos respecto a la inclusión de la libertad de expresión en el Derecho de marcas, ha llevado al Abogado General a plantearse la posibilidad de que, en realidad, el Tribunal General en el apartado 29 de su sentencia quizás pretendiera expresar una idea un tanto diferente. No ya que la libertad de expresión no desempeñe papel alguno en

⁴³ *Vid.*, Conclusiones del Abogado General Sr. Michal Bobek, presentadas el 2 de julio de 2019 (A. C-240/18 P, Constantin Film Produktion GmbH v. EUIPO), especialmente apartados 46 a 52 lo que se corrobora en la STJUE, 27.2.2020, C-240/18 P, la libertad de expresión ha de ser tenida en cuenta en la aplicación del art. 7.1. f) del Regl.

⁴⁴ *Vid.* art. 51.1 CDFUE (De manera similar el art. 53.1 CE).

⁴⁵ *Vid.* SSTEDH, *Casado Coca v. España*, 24.2.1994, apartado 35; *Dor v. Rumanía*, 25.8.2015, apartado 43; y *Sekmadienis Ltd. v. Lituania*, 30.1.2018, apartados 75 a 84.

⁴⁶ *Vid.* STGUE, 20.9.2011, A. T-232/10, *Couture Tech/OAMI*, apartados 68 a 71.

⁴⁷ *Vid.*, entre otras, Resoluciones de las Salas de Recursos de 6.7.2006 (SCREW YOU); 28.5.2015 (DIE WANDERHURE), y de 28.6.2017 (BREXIT).

materia de marcas, cosa que a todas luces parece equivocado, sino que a diferencia de otros ámbitos (a los que se alude expresamente: arte, cultura y literatura), en la ponderación general de los derechos e intereses en juego, la relevancia de la libertad de expresión en el ámbito de las marcas sea de alguna forma diferente, incluso de menor entidad. De este modo, concluye el Abogado General, si se entiende de manera literal en el primer sentido es algo claramente incorrecto, pero si se interpreta conforme al segundo sentido la considera fundada, porque la protección de la libertad de expresión no constituye el objetivo primordial de la protección de las marcas.

Pues bien, a nuestro juicio, es justamente a través de la ponderación de los intereses en juego como se debe solventar el conflicto entre la libertad de expresión y la prohibición absoluta de ciertos signos. Dicho de otro modo, el derecho fundamental a la libertad de expresión sólo debe prevalecer sobre la prohibición absoluta de los signos contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres, cuando se verifique que no existe un interés digno de tutela equivalente a la mencionada libertad de expresión. Por tanto, como regla general, la prohibición no se debe aplicar con base en consideraciones de mal gusto o de signos malsonantes. A este aspecto nos hemos referido anteriormente en este mismo sentido sin necesidad de recurrir al derecho fundamental de la libertad de expresión, sino simplemente con el argumento de lo que debe entenderse como una violación de las buenas costumbres o contra la moral imperante en un lugar y en un momento determinado, pero no cabe duda que la libertad de expresión da un sustento más sólido al argumento anterior⁴⁸. Ahora se trata de dar un paso más, y ver hasta qué punto el derecho fundamental de la libertad de expresión (art. 20.1 CE; art. 10 CEDH, y art. 11 CDFUE) puede reducir o limitar la prohibición absoluta del art. 5.1.f LM (art. 7.1.f RMUE).

El alcance de la norma prohibitiva del Derecho de marcas puede ser reducido en cualquiera de sus tres aspectos por el derecho fundamental, esto es, tanto respecto a los signos que se consideren en principio contrarios a la ley, al orden público como a las buenas costumbres. En este sentido, el tenor literal del artículo 53.1 del texto constitucional español⁴⁹ es meridianamente claro, establece un mandato dirigido a todos los poderes públicos (legislativo, judicial y administrativo) de su vinculación con los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título primero del mismo texto, lo que se constituye en un argumento interpretativo de todo el ordenamiento que obliga a Tribunales y Administración⁵⁰. Y esta tutela constitucional se

⁴⁸ Vid. Rubí Puig, A., *Publicidad y libertad de expresión*, Cizur Menor, 2008, p. 86 ss., esp. 91.

⁴⁹ Del mismo modo el artículo 51.1 de la CDFUE.

⁵⁰ Vid. Paz-Ares/Alfaro, «Un ensayo sobre la libertad de empresa», *cit.*, p. 5978 y 6018-6020.

concreta, como sigue diciendo el precepto mencionado, en el contenido esencial de cada uno de esos derechos y libertades fundamentales, entre los que están la libertad de expresión y la libertad de empresa⁵¹. Otra cosa es cómo deba ser determinado ese contenido esencial. Y a nuestro juicio, seguimos pensando que se debe concretar desde la concepción relativa del contenido esencial, de manera que no se trata de buscar un núcleo ilimitable de cada uno de los derechos fundamentales, sino de la ponderación de los derechos o intereses constitucionales en conflicto y en definitiva de la aplicación del principio de proporcionalidad⁵².

Ahora bien, como es natural los problemas mayores donde se van a presentar es respecto a los signos que se puedan entender como contrarios a las buenas costumbres, porque en estos casos, como en parte ya hemos visto, se suele estar ante cuestiones de carácter moral que si bien pueden justificar la restricción de un derecho fundamental como la libertad de expresión, se necesita de una fuerte carga argumental. En este sentido, como se ha anticipado, la libertad de expresión puede o debe ceder ante determinado tipo de argumentos morales, pero para ello es necesario contar con cierta verificación empírica. No resulta suficiente ni la mera norma, ni la alusión al orden público o, ni mucho menos, la mera referencia a las buenas costumbres. Es necesaria la construcción de un aparato argumental que ponga de manifiesto que tras la norma, el orden público o las buenas costumbres, especialmente en este último caso, existen razones importantes que justifican la imposición de un límite a la libertad de expresión por parte del Derecho de marcas. O si se quiere, aunque el análisis y los efectos no deben cambiar mucho, igualmente se podría hablar en nuestro derecho respecto a la libertad de empresa (art. 38 CE)⁵³, en la que se puede entender que se integra la libertad de expresión en el ámbito de las relaciones mercantiles, y que del mismo modo se puede ver limitada por el Derecho de marcas.

⁵¹ En anterior ocasión, en relación a la publicidad comercial, hemos entendido que la tutela de la libertad de expresión se veía mediatizada por la libertad de empresa (*vid.* Ruiz Muñoz, M., «Derecho de la publicidad y globalización: publicidad transfronteriza, libertad de expresión y derechos aplicables», *cit.*, p. 131-132); en el momento presente, consideramos que esa mediación de la libertad de empresa no es necesaria, sin perjuicio de que la libertad de empresa juegue en cuanto a la aplicación del principio de ponderación (*vid.* Rubí Puig, A., *Publicidad y libertad de expresión*, *cit.*, p. 292-295).

⁵² *Vid.* Prieto Sanchís, L., «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», *Derechos y libertades*, 8, 2000, p. 429 ss., esp. 441-451; Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Madrid, 2005, p. 473; Rubí Puig, A., *Publicidad y libertad de expresión*, *cit.*, p. 373.

⁵³ *Vid. supra* notas 23 y 24..

V. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PONDERACIÓN

Pues bien, la ponderación, término que se presta a cierta ambigüedad⁵⁴, lo entendemos como una parte del principio de proporcionalidad, su tercer subprincipio, la proporcionalidad en sentido estricto, que exige que las intervenciones en el derecho fundamental reporten tales ventajas al derecho o al bien constitucional que favorecen, que sean capaces de justificar las desventajas que la intervención origina al titular del derecho afectado⁵⁵. Se trata por tanto de la confrontación de dos o más derechos o intereses generales que debe ser resuelta mediante un procedimiento con una serie de pautas o pasos a seguir, donde una de esas pautas, precisamente la última, es la que constituye la ponderación o principio de proporcionalidad en sentido estricto. Las pautas del procedimiento de control de proporcionalidad (en sentido amplio) de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales son las siguientes: legitimidad constitucional del fin perseguido (i), adecuación o idoneidad de la restricción para alcanzar dicho fin (ii), necesidad o insustituibilidad por otro medio menos gravoso para el derecho afectado (iii) y, como decimos, proporcionalidad en sentido estricto o ponderación de bienes e intereses jurídicos (iv)⁵⁶.

i) En cuanto a la legitimidad del fin perseguido, la restricción de la libertad de expresión del solicitante de la marca se justifica por lo general por la protección de otro derecho fundamental, pero también pueden existir otros fines legítimos siempre que se pueda establecer cierta conexión siquiera mediata o indirecta con derechos o intereses tutelados constitucionalmente⁵⁷. Aunque ciertamente esto último pueda plantear algunas dudas. En todo caso, lo que no parece que sea suficiente es aludir sin mayor concreción a «intereses generales», «intereses públicos» o alguna otra expresión equivalente o en esta misma línea. No obstante, conviene tener presente que en la última fase de la ponderación estricta se deberán resolver todas las dudas en detrimento del fin genérico. Con todo, para superar esta primera fase del control de pro-

⁵⁴ Vid. Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 565-566; Rubí Puig, A., *Publicidad y libertad de expresión*, cit., p. 373.

⁵⁵ Así, de quien lo tomamos, en Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 566. Del mismo modo, Rubí Puig, A., *Publicidad y libertad de expresión*, cit., p. 373 ss.

⁵⁶ Vid., Prieto Sanchís, L., «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», *Derechos y libertades*, 8, 2000, p. 444-445; Rubí Puig, A., *Publicidad y libertad de expresión*, cit., p. 374. No obstante, hay quien integra en una primera fase la legitimidad del fin perseguido y la exigencia de idoneidad o adecuación de la medida restrictiva, y habla en este caso de subprincipio de idoneidad (legitimidad del fin e idoneidad), subprincipio de necesidad y principio de proporcionalidad en sentido estricto (así, Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 688 ss.).

⁵⁷ Vid. Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 717-719, con referencia a las SSTC, 66/1991, 55/1996 y 161/1997.

porcionalidad el regulador o el juez parece que deben precisar algo más los fines perseguidos por la norma, como pueden ser la protección de la infancia, la de los consumidores, la salud en general de la población, la seguridad de las personas (la lucha contra el terrorismo), la protección del medio ambiente, la libertad religiosa, la libertad de empresa, la tutela de la dignidad humana, etc. O cualquier otro fin que pudiera tener una conexión inmediata con alguno de éstos. Ir más allá en el grado de concreción, no parece que sea necesario ni conveniente, porque se estaría traspasando el ámbito de esta primera pauta del control de proporcionalidad.

En este sentido, se pueden justificar en principio por la legitimidad del fin perseguido, entre otras, las prohibiciones a los signos: BIN LADIN (conocido terrorista), Res. OAMI, 176/2004-2, de 29.9.2004; CURVE (dignidad de las mujeres: «putas en rumano»), STGUE, de 26.9.2014, A. T-266/13; HIJOPUTA (dignidad humana), STGUE, de 9.3.2012, T-417/10; el signo figurativo que representa el escudo de la antigua URSS (defensa de la democracia y rechazo del totalitarismo) STGUE, de 20.9.2011, T-232/10; PAKI (dignidad humana: en inglés insulto racista), STGUE, de 5.10.2011, A. T-526/09; SCREWYOU (dignidad humana: «copular» en inglés) para productos no sexuales, Res. OAMI, 495/2005-G, de 6.7.2006; FICKEN (dignidad humana: joder en alemán), STGUE, de 14.11.2013, A. T-52/13; ATATURK (valores espirituales y políticos), Res. OAMI, 2613/2011-2; ETA (terrorismo, libertad, etc.), Res. EUIPO 563/2016-2, de 27.6.2016; MECHANICAL APARTHEID (Dignidad humana, libertad, integridad física, igualdad, democracia, Estado de derecho, etc.), Res. OAMI, 2804/2014-5, de 6.2.2015; FACK JU GÖHTE (Dignidad humana. «Fack ju» representa «fuck jou» en inglés: «jódete» Göhte), STGUE, 24.1.2018, A. T-69/17⁵⁸. LA MAFIA SE SIENTA A LA MESA (delincuencia, asesinatos, dignidad humana, libertad, etc.), STGUE, 15.3.2018, A. T-1/17⁵⁹. representación estilizada de la hoja de cannabis y añade otros elementos como los términos «Amsterdam» y «store» (delincuencia, salud pública, etc.), STGUE, 12.12.2019, A. T-683/18⁶⁰.

ii) La idoneidad o adecuación al fin legítimo perseguido trata de verificar que la restricción no sea gratuita, sino que mediante la misma se pueda alcanzar un determinado bien. Estamos ante un concepto eminentemente negativo: no contribuir de ningún modo a la obtención de su fin inmediato. Será suficiente con la probabilidad de la adecuación y sin que sea necesaria la verificación de la efectividad de la medida⁶¹, sino que contribuya o faci-

⁵⁸ *Vid.*, no obstante, *supra*; y también *infra*, en párrafos siguientes.

⁵⁹ *Vid.*, con más detalle, *supra*.

⁶⁰ *Vid.*, con más detalle, *supra*.

⁶¹ *Vid.* Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 725. A este respecto la STC, 66/1991.

lite de algún modo su obtención⁶². Se trata de la versión débil de la idoneidad, que no se compadece del todo con el mandato de optimización de las leyes, pero que responde al principio formal de la competencia legislativa y al cumplimiento de las exigencias de racionalidad y claridad en el control constitucional de las leyes⁶³. Estamos ante una relación de causalidad positiva entre la medida restrictiva y el fin que se propone, de modo que exista la probabilidad de un aumento en la realización del fin. Esta probabilidad se puede acreditar mediante datos empíricos, como pueden ser los informes de expertos o bien otro tipo de estudios científicos, encuestas sobre convicciones sociales aceptadas generalmente, siempre que no sean refutados por la comunidad científica en su conjunto; pero, sin que la existencia de informes o estudios no coincidentes puedan deslegitimar las medidas adoptadas, porque hay que partir de la presunción de constitucionalidad de la norma⁶⁴. Y la norma debe ser valorada en el momento de su promulgación o de su acuerdo y no en el de su enjuiciamiento. Ahora bien, lo verdaderamente relevante en esta segunda fase es que la intensidad del control debe ser de grado mínimo, el denominado control de evidencia, que es el que mejor se corresponde con la versión débil de la idoneidad, según el cual se debe acreditar con premisas empíricas seguras que la medida no es idónea para alcanzar el fin perseguido, lo que juega a favor de la constitucionalidad de la norma, porque si no se acredita con premisas evidentes que la medida del legislador no guarda ninguna relación de causalidad con su fin, en este caso debe admitirse la idoneidad de la norma⁶⁵. Por último, las incertidumbres causales, que por lo general suelen presentarse, se aconseja remitirlas para su solución a la última fase del procedimiento sobre la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto⁶⁶.

Pues bien, visto de este modo, la idoneidad constituye una pauta del principio de proporcionalidad en sentido amplio que por lo general se verá cumplida si el fin perseguido es legítimo. Pero esto no significa que se pueda o se deba prescindir de este requisito, porque no se deben descartar la presencia de normas o de medidas que carezcan claramente de idoneidad para el fin per-

⁶² Vid. STC, 136/1999. No obstante, no es la línea jurisprudencial predominante.

⁶³ Por razones obvias no entramos en detalles sobre estas cuestiones y nos remitimos a Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 723 ss., donde nos aclara, a nuestro juicio con razón, que de no optar por la versión débil se produciría una prematura declaración de inconstitucionalidad, lo que impediría realizar la valoración con otras medidas alternativas y también de los costes y beneficios en la relación entre el derecho fundamental y la medida adoptada.

⁶⁴ Vid. Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 726 ss, esp. 730. También, Rubí Puig, A., *Publicidad y libertad de expresión*, cit., p. 388-389.

⁶⁵ Vid. Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 732-735, donde se alude en el mismo sentido a la STC, 48/1995.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 734-736.

seguido, pero esto es algo que se deberá poner de manifiesto en el procedimiento correspondiente, bien por el órgano de control o bien por la parte interesada. En nuestro caso, se podría pensar que las restricciones de acceso al registro de marcas no son idóneas para alcanzar el fin perseguido, porque a pesar de todo el signo rechazado (o anulado) puede ser usado comercialmente. Efectivamente esto último es cierto, pero aún así, como sucede con todas las demás prohibiciones absolutas (y las nulidades), desde un principio, el sistema jurídico de marcas no tiene por finalidad impedir la utilización de determinado tipo de signos, sino que su finalidad es más limitada y se reduce a no dar cobijo ni tutela jurídica monopolística a los mismos. Por tanto no parece que se pueda sostener que con la norma restrictiva no se consigue el fin perseguido, que se concreta en vetar su acceso al registro de marcas y en privar al signo en cuestión de la tutela propia del derecho de marcas, lo que sin duda tiene unas importantes consecuencias, y es una finalidad que se alcanza con la prohibición de registro. Ir más allá, esto es, llegar a la prohibición del uso comercial del signo no inscrito, habría que remitirlo al ámbito de otras disposiciones, como son la Ley de competencia desleal o la Ley general de publicidad. Pero aún así, con ciertas limitaciones por la función de complementariedad relativa que desempeña la LCD respecto al derecho de marcas⁶⁷.

iii) Superada la idoneidad, el requisito de necesidad trata de evitar el recurso a medidas que, si bien se pueden considerar en un principio idóneas, son de una severidad excesiva; esto es, medidas que van más allá de lo necesario en la restricción del derecho fundamental para alcanzar el fin perseguido. Para verificar estos posibles excesos lo procedente es plantear las alternativas existentes y justificar o no el descarte de la medida enjuiciada⁶⁸. Esta es una tarea que se debe llevar a efecto mediante el razonamiento lógico, los datos empíricos no controvertidos y los antecedentes normativos que puedan existir. Y que de todo esto se pueda deducir de una manera evidente la existencia de un medio alternativo igualmente idóneo —idoneidad equivalente o mayor— y más benigno con el derecho fundamental, que debe ser valorado desde la perspectiva del titular del derecho fundamental y sin que afecte perjudicialmente a otros intereses de la comunidad, a derechos fundamentales de terceros o que vaya contra el principio de igualdad. Si se satisfacen estas dos exigencias por el medio alternativo (idoneidad y benignidad), la medida legislativa debe ser declarada inconstitucional⁶⁹.

⁶⁷ A este respecto puede verse Massaguer, J., *Comentario a la Ley de competencia desleal*, Madrid, 1999, p. 81-85, esp. 82.

⁶⁸ Vid. Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 744 ss.

⁶⁹ Así en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sentencias 55/1995, 161/1997 y 136/1999, que desarrollan el denominado control de evidencia en el examen de necesidad. Sobre esto con detalle, Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 737 ss. y 757-759.

Como se ve, del mismo modo que respecto a la idoneidad, se impone también un control de evidencia en el examen de necesidad por respeto al principio democrático de competencia legislativa. En definitiva, en el juicio de necesidad se está ante la comparación de diferentes juicios de adecuación, para comprobar cuál de entre las medidas adecuadas es la menos gravosa con la libertad de expresión. Y, finalmente, también en esta fase se impone no decidir con precipitación, de modo que lo más conveniente debe ser desplazar o posponer la decisión definitiva a la verificación de la proporcionalidad en sentido estricto.

A nuestro juicio, un buen ejemplo de lo que se dice lo representa la solicitud de la marca denominativa *SCREW YOU* («copular» en inglés) para las clases 3, 10, 25 y 32 (Res. OAMI, 495/2005-G, de 6.7.2006). No se llegó a rechazar para todas las clases solicitadas, pero sí para la mayoría, concretamente para las clases 3 (productos de limpieza y de tocador), 25 (prendas de vestir, calzado y artículos de sombrerería) y 32 (bebidas sin alcohol y cervezas), en función de los tipos de productos o servicios y de los destinatarios de los mismos⁷⁰, porque se trata de productos no sexuales dirigidos a los consumidores en general, y se entendió contraria a las buenas costumbres porque una parte sustancial de los ciudadanos normales de Gran Bretaña e Irlanda encontrarían la expresión insultante, grosera, ofensiva y vulgar en el idioma anglosajón. Lo que pone de manifiesto la relevancia de la figura del consumidor a la hora de apreciar la conformidad de una marca con las buenas costumbres⁷¹. Y, como se dice en la resolución, la Oficina no debe ayudar positivamente a las personas que deseen perseguir sus objetivos empresariales por medio de marcas contrarias a algunos valores fundamentales de la sociedad civilizada. Pero se concedió para los productos de la clase 10 (en general, aparatos, instrumentos y artículos médicos; más concretamente en el caso en cuestión, para preservativos y juguetes sexuales), porque el público que tiene acceso a este tipo de productos es un público adulto que no se sentirá, probablemente, ofendido por un término con connotaciones sexuales groseras⁷². Es importante respecto a esto último que la comercialización se realiza en ámbitos restringidos reservados a personas adultas, de ahí en buena parte la concesión del registro. Pero bien entendido que cuando se habla del público destinatario, no es necesariamente sólo el que compra los productos y servicios cubiertos por la marca, como es el caso de las bebidas alcohólicas, que

⁷⁰ Vid., Passa, J., *Droit de la propriété industrielle, t. 1, Marques et autres signes distinctifs. Dessins et modèles*, Paris, 2006, p. 158; Basire, Y., *Les fonctions de la marque. Essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif*, cit., p. 409-410.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Vid. Lema Devesa, C., «Motivos de denegación absolutos», en AAVV, *Comentarios a los Reglamentos sobre la marca comunitaria*, Madrid, 2000, p. 96. También Fernández-Nóvoa, C., *Tratado sobre derecho de marcas*, cit., p. 232-233; Marco Arcalá, L.M., *Las causas de denegación de registro de la marca comunitaria*, Valencia, 2001, p. 244.

se comercializan en centros donde el acceso a los menores no está prohibido, y por tanto deben ser incluidos dentro del público destinatario [vid. STGUE, 9.3.2012, A. T-417/10, ¡*Que buenu ye! HIJOPUTA*. También, a estos efectos, STGUE, 26.9.2014, A. T-266/13, *CURVE* («puta» en rumano)].

iv) Por último, con el criterio de proporcionalidad en sentido estricto, se trata de justificar la medida intervencionista por su importancia respecto al fin legítimo perseguido. O dicho de otro modo, la ley de la ponderación establece lo siguiente:

«[C]uanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor [es decir, por lo menos del mismo grado o equivalente] tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.»⁷³

Ahora bien, también en el examen de proporcionalidad en sentido estricto debe practicarse mediante un control de evidencia, porque hay que partir de la legitimidad de las decisiones del legislador (o autoridad legítima), de manera que si no existen evidencias contundentes, con base en premisas empíricas⁷⁴ o analítico-normativas seguras⁷⁵, que evidencien la desproporción, la norma legal no podrá ser declarada desproporcionada en sentido estricto⁷⁶. No obstante, en los casos de intervenciones muy intensas en el derecho fundamental (por ej.: elimina todas las posiciones adscri-

⁷³ Vid. Alexis, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, tr. esp., 2.ª ed., Madrid, 2007, p. 135 ss., esp. 138. También, Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 782 ss.

⁷⁴ Se deberán tener en cuenta datos como la eficacia, la rapidez, la probabilidad, duración, la intensidad o alcance de las medidas, así como los grupos de sujetos afectados. Ahora bien, respecto a esto último no se tiene que estar necesariamente ante grupo sociales mayoritarios, sino que también los grupos minoritarios deben ser tenido en consideración a estos efectos. Es cierto que los motivos de moralidad pública implican la toma en consideración de los estándares de la época, pero igualmente de la sensibilidad de ciertas personas, aunque se trate de minorías. A este respecto resultan interesantes algunos asuntos británicos precisamente sobre marcas: *Hallelujah Trade Mark* [1999] RPC 605; y *Ghazilian's Trade Mark Application* [2002] RPC 628 («*Tiny penis*» para prendas de vestir).

⁷⁵ Aquí entran en juego factores como la tradición y la moral imperante en una comunidad determinada y en un momento determinado. Y por supuesto, tienen un especial peso en la ponderación los derechos fundamentales que tienen conexión con el principio democrático (libertad de conciencia, de opinión, de expresión, de prensa, de información, de reunión, etc.), porque constituyen el fundamento de la participación del ciudadano en los procesos políticos (STC, 157/1996). No obstante, como el propio TC reconoce, en otro contexto, esto es, fuera de los procesos políticos, no serían inmunes a las restricciones. Y también cobra una especial importancia en la ponderación la conexión con la dignidad humana (vid. Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 765-775).

⁷⁶ Así en Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 796-797, a lo que añade: la inseguridad en las premisas o la falta de prueba juega entonces a favor del legislador, porque la legitimidad democrática de sus decisiones suple las deficiencias en los conocimientos empíricos, analíticos y normativos sobre los que dichas premisas versan.

tas al derecho), el control de evidencia no debe ser tan riguroso y procederá la realización de un control material intensivo de proporcionalidad en sentido estricto⁷⁷. Este control material intensivo debe llevar a verificar que la intensidad del principio constitucional que se contrapone al derecho, debe ser por lo menos equivalente a la intensidad de la intervención en el derecho fundamental. De modo que si no alcanza por lo menos a esa equivalencia, la intervención debe ser declarada inconstitucional. En último caso ante lo que se está es ante una relación de precedencia condicionada entre los principios que se ponderan, para determinar cuál de los dos objetos normativos que concurren (derecho fundamental o principio constitucional) debe adquirir prioridad en el caso concreto⁷⁸. Y está condicionada porque no se trata de una regla general, ni de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias *a priori*, sino de conjugar en el caso concreto y según sus circunstancias, ambos derechos o libertades. Pero sin que la solución a la que se llegue constituya en una regla general, sino únicamente válida en estas mismas circunstancias u otras análogas. En esto consiste básicamente la ponderación, en sopesar ambos derechos para decidir a cual se le da preeminencia porque se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala explícita o implícitamente⁷⁹.

Llegados a este punto ya podemos hacer referencias a algunos casos concretos enjuiciados y comprobar hasta qué punto la ponderación realizada se puede considerar correcta. En general, a nuestro juicio, y sin perjuicio de algún caso que veremos a continuación, los casos mencionados que satisfacen la exigencia de legitimidad del fin perseguido, entendemos que superan la ponderación o test de proporcionalidad en sentido estricto. Es cierto que se produce en los mismos la merma de la libertad de expresión, pero respecto a un aspecto muy concreto del ámbito de actuación de un empresario, que además no conlleva la imposibilidad absoluta del ejercicio de esa libertad. Lo que el legislador (y el regulador) del Derecho de marcas niega es la concesión de un monopolio legal que puede llegar a ser de carácter indefinido. Por tanto una restricción del derecho, pero no una privación del mismo. Frente al ejercicio pleno del derecho se alzan valores y derechos del más alto nivel constitucional, como son la libertad, el estado de derecho, la dignidad humana, la salud pública, etc. Se podría decir que a pesar de todo, esto es, a pesar de la dificultad que supone contrabalancear según las «reglas de la física» los derechos y valores que entran en conflicto, parece que se debe dar prevalencia a los últimos sobre el primero. Las dudas podrían existir cuando la norma (o la decisión del regulador) en cuestión no guardase ninguna relación

⁷⁷ Vid. Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 798-799.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 782 ss., y 793 ss.

⁷⁹ Vid. STC, 320/1994, citada por Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 793-794. Más recientemente, la STC, 126/2003.

con el fin legítimamente perseguido, como serían los casos de normas descabelladas o completamente desatinadas. O también, en aquellos otros conflictos abiertos donde se ponga de manifiesto, por quien corresponda, de manera empírica y/o analítica, que los valores o derechos presuntamente justificativos de la restricción no se dan o no se presentan en el caso en cuestión. Y sin que, de contrario, esto es, por el legislador o regulador correspondiente, se aporten los argumentos que a pesar de todo justifiquen la restricción del derecho fundamental.

Pues bien, si retomamos lo dicho anteriormente, algo de esto último es lo que sucede en el caso mencionado más arriba *FACK JU GÖHTE* [(«*Fack ju*» representa «*fuck jou*» en inglés: «*jödete*» Göhte), STGUE, 24.1.2018, T-69/17]⁸⁰. Lo relevante del caso, a nuestro juicio, son dos cosas, a las que ya hemos hecho referencia al hablar de las buenas costumbres, pero sobre las que hay que reincidir porque se produce un solapamiento claro con la problemática de la libertad de expresión⁸¹. Una primera, que queda meridianamente claro que la libertad de expresión es relevante en materia de marcas, como lo pone de manifiesto el Abogado General Michal Bobek en sus conclusiones⁸². Y otra segunda, que la parte recurrente, y solicitante del registro del signo, en las distintas fases del procedimiento aportó al pleito toda una batería de elementos empíricos probatorios, o al menos indiciarios, de que para un sector importante del público de los destinatarios el signo no es contrario a la moral o las buenas costumbres (percepción social de la moralidad)⁸³. Pero, como dice el Abogado General en sus conclusiones (y ha corroborado la STJUE, 27.2.2020, C-240/18 P), la EUIPO (con el respaldo del TGUE) no cuestionó los argumentos de la recurrente, ni alego ningún otro tipo de datos que hiciesen frente a los mismos, sino que la denegación de la solicitud de registro se sustentó exclusivamente en el propio signo denominativo, considerado aisladamente respecto de la percepción y la realidad sociales en toda su amplitud. De todo esto deduce que, aunque los argumentos de la recurrente no fuesen de por sí concluyentes, la EUIPO debió haber presentado argumentos mucho más convincentes; y, en todo caso, dado que la concep-

⁸⁰ El caso está pendiente de resolución por el TJUE, pero ya se han presentado las conclusiones del Abogado General [Conclusiones del Abogado General Sr. Michal Bobek, presentadas el 2 de julio de 2019 (A. C-240/18 P, Constantin Film Produktion GmbH v. EUIPO)].

⁸¹ A este solapamiento se refiere el Abogado General en el apartado 55 sus conclusiones (vid. nota anterior), en el sentido de que la libertad de expresión difícilmente constituye un criterio independiente de la valoración de la moral pública (buenas costumbres); de modo que, a nuestro juicio, es en atención a ésta como se debe perfilar el alcance de la libertad de expresión dentro del Derecho de marcas. O lo que es lo mismo, hasta dónde puede reducir la libertad de expresión la prohibición absoluta del artículo 5.1.f) LM (art. 7.1.f RMUE).

⁸² Vid. apartados 46 a 51 de las conclusiones mencionadas. Y del mismo modo la STJUE, 27.2.2020, que resuelve definitivamente el caso.

⁸³ Ya mencionados anteriormente (Vid. apartado 94 de las conclusiones del Abogado General Sr. Michal Bobek en el A. C-240/18 P.).

ción y la determinación de las buenas costumbres no debe considerarse una función primordial de la EUIPO en materia de marcas, no parece lógico que pueda acuñar un modelo estricto de buenas costumbres mucho más restrictivo del que parece imperar en el Estado miembro en cuestión. A lo anterior se añade que la EUIPO (con el beneplácito del TGUE) en su resolución no explicó debidamente el abandono de su anterior práctica decisoria en un asunto similar⁸⁴, lo que constituye una vulneración de los principios de igualdad de trato y de buena administración⁸⁵. Y todo esto lleva al Abogado General a proponer al Tribunal de Justicia la anulación tanto de la STGUE de 24.1.2018 (T-69/17), como de la Resolución de la Quinta Sala de Recurso de la EUIPO de 1.12.2016 (R. 2205/2015-5) como efectivamente ha sucedido con la STJUE 27.2.2020, C-240/18 P.

En conclusión, a nuestro juicio, en el caso que se acaba de comentar se puede decir que estamos ante una violación de la libertad de expresión, porque la norma restrictiva marcaría que apela a las buenas costumbres no se justifica de manera suficiente en el caso en cuestión. Por un lado, como hemos visto, en el Derecho de marcas, las buenas costumbres, que no es otra cosa que la moral imperante en un lugar y en un momento determinado⁸⁶, pueden justificar el rechazo de la inscripción de un signo en el registro de marcas (o su nulidad), pero no es suficiente con el solo respaldo de la norma (arts. 5.1.f LM, o 7.1.f RMUE), especialmente cuando existen datos (pruebas) que ponen de manifiesto que la «percepción social de la moralidad» no resulta afectada por el signo y, además, sin que se haya aportado por el regulador ningún otro dato empírico o analítico que pudiese rebatir los datos anteriores. Por otro, en atención al papel no primordial que desempeñan las buenas costumbres en el Derecho de marcas, no parece razonable que se pueda imponer un modelo mucho más restrictivo que el que impera con carácter general en un Estado miembro o Estados miembros determinados. Y, finalmente, en cuanto a la libertad de expresión, que sin duda está presente en el Derecho de marcas, pero no como un objetivo primordial e independiente, sino solapada con las buenas costumbres. De este modo, el papel que desempeña la libertad de expresión en el derecho de marcas no es en sentido estricto el propio de sus ámbitos más naturales, como son el arte, la cul-

⁸⁴ Se refiere a la Resolución de la Sala Cuarta de la EUIPO de 28 de mayo de 2015 (R 2889/2014-4, Die Wanderhure). Se trata del signo «DIE WANDERHURE», que era asimismo el nombre de una novela alemana y de su adaptación cinematográfica. El término «Hure» es en alemán sinónimo de prostituta. En este caso, la EUIPO adoptó un criterio predominantemente liberal, de modo que no consideró que la marca fuera inmoral.

⁸⁵ *Vid.* apartados 99 a 128 de las Conclusiones del Abogado General Sr. Michal Bobek, presentadas el 2 de julio de 2019 (A. C-240/18 P, Constantin Film Produktion GmbH v. EUIPO).

⁸⁶ Cfr. Basire, Y., *Les fonctions de la marque. Essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif*, cit., p. 409.

tura y la literatura, sino que está mediatizado por lo que se entienda en cada momento en el Derecho de marcas como buenas costumbres. Y es probablemente cierto que esta mediación, como se ha dicho por el Abogado General Michal Bobek⁸⁷, conduzca a una ponderación general de los derechos e intereses en juego donde la relevancia de la libertad de expresión, y si se quiere de la libertad de empresa, en el ámbito del Derecho de marcas sea de alguna forma diferente, incluso de menor entidad.

⁸⁷ *Vid.* apartados 55 a 57 de las Conclusiones del Abogado General Sr. Michal Bobek, presentadas el 2 de julio de 2019 (A. C-240/18 P, Constantin Film Produktion GMBH v. EUIPO).

La Ley de Sociedades Anónimas de Crédito de 1856: el intento fallido de crear una banca de negocios en España

Luis Antonio Velasco San Pedro
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid¹

Sumario: I. La temprana descodificación del Derecho mercantil español.—II. El *Bienio progresista* y la legislación de ferrocarriles y bancos de emisión.—III. La génesis de la Ley de Sociedades Anónimas de Crédito y su tramitación parlamentaria. A. Los orígenes de la Ley. B. El debate parlamentario.—IV. La regulación de las Sociedades Anónimas de Crédito. A. Constitución. B. Capital y acciones. C. Emisión de Obligaciones. D. Control gubernativo.—V. Naturaleza de estas entidades.—VI. Las consecuencias de esta legislación.

I. LA TEMPRANA DESCODIFICACIÓN DEL DERECHO MERCANTIL ESPAÑOL

Tendemos a pensar que la *descodificación del Derecho Mercantil* es un fenómeno que apareció en siglo XX² (y continúa en el XXI³), cuando los ade-

¹ Sobre esta temática ya ha tratado el autor en VELASCO SAN PEDRO, L.A.: *El Crédito Castellano de Valladolid (1862-1889). La quiebra de una ilusión*, Ediciones Universidad de Valladolid, Valladolid 2020, pp. 45 y ss., una parte de cuyas consideraciones se usan de nuevo en este trabajo, ampliadas o resumidas según los casos.

Además de las usuales se emplean las siguientes abreviaturas: *CLE* = *Colección Legislativa de España*; *DSCC* = *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*. En las citas textuales se utiliza la ortografía actual.

² Se ha hablado en este sentido de la era de la descodificación: IRTI, N.: *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano 1979.

³ Los intentos de recodificación que se han culminado en algunos países, como es el caso de Francia, siguen al día de hoy empantanados en España pese a la propuesta de nuevo Código Mercantil que formuló la *Comisión General de Codificación* en 2013: para esta propuesta y su génesis me remito a VELASCO SAN PEDRO, L.A.: «La propuesta de nuevo Código Mercantil en España», en *Boletim de Ciências Económicas*, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, volumen LVII, tomo III, 2014, *Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*, págs. 2875 a 2897.

lentos técnicos y la creciente complejidad de la actividad de las empresas obligaron a promulgar una nueva y profusa legislación rompiendo los bordes de los códigos decimonónicos⁴. Curiosamente, sin embargo, es un fenómeno que también acompañó a esa primera codificación del XIX. En España, poco después de la publicación del *Código de comercio* de 1829, obra en parte apócrifa de Sainz de Andino⁵, se promulgaron sendas normas, también debidas a él, relativas al *Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio*⁶ y a la creación de la *Bolsa de Madrid*⁷. Años después, como reacción intervencionista a la crisis económica de 1846-47 —en gran parte originada por la especulación en torno a las sociedades anónimas, especialmente de ferrocarriles y banca⁸—, se promulgó la Ley de 28 de enero de 1848 de *societades por acciones*, «preceptuando que no se pueda constituir ninguna compañía mercantil, cuyo capital en todo o en parte se divida en acciones, sino en virtud de una ley o de un Real decreto, con lo demás que se determina»⁹; lo que supuso un cierto retorno a la situación anterior al Código de comercio, al exigir autorización gubernativa para constituir sociedades anónimas o comanditarias por acciones¹⁰, e incluso una ley si se trataba de bancos y compañías de ferrocarriles y obras públicas¹¹. En todo caso, en esta ley se esta-

⁴ La codificación mercantil en el siglo XIX ha sido estudiada con solvencia por DE EIZAGUIRRE, J.M.: *El Derecho mercantil en la codificación del siglo XIX*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao 1987.

⁵ C. Petit ha demostrado la apropiación que hizo Sainz de Andino de unas *non natus* Ordenanzas del Consulado de Málaga, así como el oportunismo del que hizo gala este personaje con luces y sombras a lo largo de toda su vida: PETIT, C.: *Historia del Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid 2016, pp. 367 y ss.

⁶ Ley de 24 de julio de 1830, Edición oficial de Real Orden. En la Oficina de D. León Amarita 1830.

⁷ Real Decreto de 10 de septiembre de 1831 «estableciendo en Madrid una Bolsa o Lonja de Negociación Pública», *Decretos del Rey nuestro señor D. Fernando VII*, por D. Josef María de Nieva, Imprenta Real, Madrid 1832, pp. 274 y ss.

⁸ Esta fue la primera crisis propiamente capitalista por la que atravesó el país, como señala TORTELLA, G.: *Los orígenes del capitalismo en España*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid 1995, p. 43.

⁹ *CLE*, tomo XLIII, primer cuatrimestre 1848, n.º 48, pp. 51 y ss.: Véanse PETIT, C.: *Historia... cit.*, pp. 451 y ss. y ANSÓN PEIRONCELY, R.: *La ley y el reglamento de 1848 sobre compañías mercantiles por acciones*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense, 2015 (<http://eprints.ucm.es/28086/1/T35650.pdf>). Este último autor se refiere a los fraudes y especulaciones que justificaron la ley, que afloraron en el correspondiente debate parlamentario, en las pp. 84 y ss.

La Ley contó con un Reglamento aprobado por un Real Decreto de 17 de febrero de 1848, *CLE*, tomo XLIII, primer cuatrimestre 1848, n.º 91, pp. 100 y ss.

¹⁰ Artículos 1, 6 y 7 de la Ley.

El Código de comercio de 1829, primera norma española en la que se regularon con carácter general las sociedades anónimas, sometía su constitución a la mera autorización del Tribunal de Comercio (art. 293), lo que era un sistema más liberal que el de otros países europeos, donde se siguió exigiendo durante buena parte del siglo XIX autorización gubernativa para su fundación.

¹¹ Artículo 2, que lo exigía en relación con compañías cuyo objeto fuera construir «carreteras generales, canales de navegación y caminos de hierro».

blecía un régimen general para las sociedades por acciones que reducía al Código de comercio en este punto a una regulación meramente supletoria.

El proceso descodificador continuó ulteriormente con la promulgación, durante el llamado *bienio progresista*, de la *Ley general de ferrocarriles* de 3 de junio de 1855¹² y las leyes de 28 de enero de 1856 de *bancos de emisión*¹³ y *sociedades anónimas de crédito*¹⁴, que pretendieron, entre otros objetivos de política jurídica, suavizar en relación con la banca y los ferrocarriles la dura legislación precedente, basada principalmente en la ya citada Ley de sociedades por acciones de 1848, para fomentar el tendido de ferrocarriles y otras obras públicas. Este objetivo se consiguió, pues en apenas 10 años quedó construida la red básica de ferrocarriles españolas, pero la crisis económica que comenzó en torno a 1864 acabó arrumbando a buena parte de la nueva banca y a las propias compañías ferroviarias.

Ello obligó a que más adelante, ya durante el *sexenio democrático*, se dictara la Ley de 12 de noviembre de 1869 sobre *suspensión de pagos y quiebra de las compañías de ferrocarriles*¹⁵.

Todas estas reglas descodificadas, con la excepción de las normas procesales, pues la jurisdicción mercantil desaparecería con el Decreto de unificación de fueros de 6 de diciembre de 1868 dictado asimismo durante el *sexenio democrático*¹⁶, acabarían recodificándose en el posterior *Código de comercio* de 1885, aunque lógicamente con cambios¹⁷.

¹² Ley de 3 de junio de 1855, «estableciendo un sistema general de ferrocarriles», *CLE*, tomo XLV, segundo cuatrimestre 1855, n.º 355, pp. 233 y ss.

¹³ Ley de 28 de enero de 1856, «mandando que el Banco español de San Fernando tome en lo sucesivo el nombre de *Banco de España*, con lo demás que se expresa», *CLE*, tomo LXVII, primer cuatrimestre de 1856, n.º 70, pp. 93 y ss.

¹⁴ Ley de 28 de enero de 1856 «fijando las reglas que deberán observarse para el establecimiento de sociedades anónimas de crédito, y sus atribuciones», *CLE*, tomo LXVII, primer cuatrimestre de 1856, n.º 71, pp. 96 y ss.

¹⁵ Ley de 12 de noviembre de 1869, «disponiendo que las obligaciones emitidas por las compañías de ferrocarriles han de regirse por las leyes que se citan, y citando la tramitación que se ha de seguir en los procedimientos ejecutivos contra dichas Compañías y en los casos de suspensión de pagos y quiebra de las mismas», *CLE*, tomo CII, segundo semestre de 1869, n.º 800, pp. 755 y ss. Sobre esta norma véase el trabajo de DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F.: «La modernización del Derecho concursal en el siglo XIX: el significado histórico de la Ley de 12 de noviembre de 1869 sobre la quiebra de las compañías de ferrocarriles», en AA.VV.: *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Antonio Polo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1981, pp. 113 a 181.

¹⁶ Aunque esto se ha venido considerando como una consecuencia de las ideas liberales progresistas y democráticas que triunfaron con la revolución de 1868, en realidad la desaparición de la jurisdicción mercantil se había ya intentado en los momentos inmediatamente anteriores: PETIT, C.: *Historia... cit.*, pp. 476 y ss.

¹⁷ Las normas sobre bolsas de comercio se recogieron en los artículos 64 a 80; las de compañías de crédito en los artículos 175 y 176; las de bancos de emisión y descuento en los artículos 177 a 183; la de compañías de ferrocarriles y demás obras públicas en los artículos 184

En este trabajo nos vamos a centrar en la *Ley de sociedades anónimas de crédito*, la menos estudiada de las normas societarias entre los dos códigos de comercio del XIX, que permitió crear en España, siguiendo el modelo francés, una nueva *banca de negocios* especializada en infraestructuras y obras públicas. A mi modo de ver esta ley es una pieza clave para entender qué es lo que pasó en la crisis económica que se inició en torno a 1864 y que sería el trasfondo de la revolución de 1868 que terminó con la monarquía de Isabel II. Para ello nos vamos a referir en primer lugar a la legislación del *bienio progresista* en la que se encuadra esta ley (II), para después examinar la génesis y tramitación parlamentaria de esta ley (III), su contenido (IV), la naturaleza de estas sociedades (V) y las consecuencias que tuvo esta ley en el contexto de la legislación del *bienio progresista* (VI).

II. EL BIENIO PROGRESISTA Y LA LEGISLACIÓN DE FERROCARRILES Y BANCOS DE EMISIÓN

El *bienio progresista*, como por desgracia ha sucedido demasiadas veces en nuestra historia, fue un paréntesis de esperanza, de intento de regeneración del país que venía arrastrando años de mal gobierno, con una deriva creciente de autoritarismo y en un clima de corrupción moral y política del que participaba la misma familia real¹⁸. En realidad aunque se habla con frecuencia de *bienio progresista*, la revolución de 1854 que dio lugar a este periodo¹⁹ fue una conjunción no solo de elementos procedentes del progresismo y de los demócratas a su izquierda, sino de sectores conservadores adscritos inicialmente al moderantismo hastiados por la situación política. Entre estos últimos estaba el general O'Donnell, que fue el principal protagonista del levantamiento militar (la *Vicalvarada*) que acabó dando lugar al mismo bienio, cuando la reina encargó la formación de gobierno al general Espartero —figura mítica del progresismo— como medio de hacer cesar el levantamiento militar y las revueltas populares que habían surgido a su calor en algunas de las principales ciudades²⁰. De las elecciones de octubre de 1854, de las que se ha dicho que fueron las más limpias de todo el reinado

a 192; las de suspensión de pagos y quiebras de las compañías de ferrocarriles y demás obras públicas, en los artículos 930 a 940. También se reformó la parte de sociedades anónimas en los artículos 151 a 175.

¹⁸ Particularmente la madre de la Reina y ex Regente y su cónyuge morganático ennoblecido con el Ducado de Riánsares: *nihil novum sub sole*.

¹⁹ Momento histórico tan interesante que fue objeto de atención por el mismo Karl Marx en una serie de artículos periodísticos de la época (recopilados en MARX, K. y ENGELS, F.: *La revolución española*, trad. española, Akal, Tres Cantos 2017).

²⁰ Describe con minuciosidad el llamamiento a Espartero y el papel que tuvo en reconducir la situación y, a fin de cuentas, salvar el mismo trono de la cuestionada Isabel II, SHUBERT, A.: *Espartero, el Pacificador*, Galaxia Gutemberg, Barcelona 2018, pp. 343 y ss.

de Isabel II²¹, celebradas para elegir unas Cortes Constituyentes sin Senado por exigencia del General Espartero²², surgió un parlamento con una mayoría diluida del progresismo, en gran medida fusionado con sectores del moderantismo en una *Unión Liberal*, con el contrapeso, a la derecha, de una exigua representación del moderantismo clásico que había dominado la situación anterior, y a la izquierda de progresistas puros y un grupo de demócratas²³.

Sea como fuere, durante este breve periodo se pusieron en marcha diversas iniciativas tendentes a modernizar el país y a paliar el importante desfase que presentaba su desarrollo económico en relación con países de su entorno, como Francia y el Reino Unido, generalmente tenidos como referentes (y a los que se habían exiliado representantes destacados de la clase política que ahora dominaba la situación, empezando por Espartero que permaneció en Gran Bretaña durante tres años y medio en la década de los cuarenta).

Principalmente se puso el acento en los ferrocarriles, de los que España prácticamente carecía antes de este periodo, a diferencia de Francia y Gran Bretaña que a la fecha ya tenían en pleno funcionamiento una importante red. Para revertir esta situación, se promulgó la ya citada *Ley general de ferrocarriles* de 3 de junio de 1855. En esta norma se establecieron las características generales de lo que ulteriormente sería la red radial ferroviaria española desde Madrid hasta las costas y las fronteras. Asimismo se fomentaba su construcción previendo la utilización de *fondos públicos*. A este respecto, se contemplaba tanto la construcción por el propio Gobierno, previa autorización de una ley (art. 5), como por particulares o compañías, auxiliándose de subsidios en forma de obras o aportaciones de capital (art. 8). Esta última modalidad de construcción por compañías privadas, tenía establecido un procedimiento de concesión mediante subasta pública, cuyas condiciones se fijarían en cada caso por ley que, además, establecería el máximo de subsidio o de interés que se otorgaría, obteniendo la concesión por un periodo de 99 años (art. 14) el mejor postor (art. 10); esto es, quien finalmente ofreciera una menor aportación de fondos públicos. En la práctica, los ferrocarriles se construyeron bajo esta segunda modalidad mediante *subastas a la baja* de subsidios por km²⁴, procediendo una parte de los fondos —concretamente unos 1.300 millones de reales— de los recursos obtenidos por la *segunda*

²¹ BURDIEL, I.: *Isabel II. Una biografía (1830-1904)*, Debolsillo, Barcelona 2018, p. 353.

²² La exigencia se contenía en la respuesta que envió Espartero a través de Allende Salazar al llamamiento que le había hecho la Reina para formar gobierno: SHUBERT, A.: *Espartero...*, *cit.*, pp. 346 y s.

²³ Para el complejo análisis de los resultados de estas elecciones, véase BURDIEL, I.: *Isabel II...*, *cit.*, pp. 353 y ss.

²⁴ TORTELLA, G.: *Los orígenes...*, *cit.*, p. 169.

desamortización (de Madoz) que se puso en marcha durante el periodo y cuyas ventas de antiguas propiedades eclesiásticas y municipales se prolongarían después del bienio²⁵.

Por otro lado, la norma ofrecía garantías adicionales a la inversión extranjera, dando inmunidad a los capitales empleados en la construcción o en empréstitos para este objeto (obligaciones), frente a represalias de guerra (art. 19) y, algo muy importante, la exención de aduanas y otros derechos equivalentes, en relación con el material fijo y móvil, incluido el coque, combustible utilizado por las locomotoras de vapor (art. 19, 5.^o)²⁶.

Quizá el mayor inconveniente de esta legislación es que permitió a los especuladores embarcarse en la tarea de construir ferrocarriles sin necesidad de hacer una mínima aportación de recursos propios, fiándolo todo, como se hizo en la inmensa mayoría de los casos, a los subsidios públicos y a la aportación de financiación mediante la emisión de obligaciones. Asimismo la ley permitía separar en negocios paralelos pero distintos, la concesión del ferrocarril, su construcción y, finalmente, su explotación, lo que facilitó asimismo la existencia de intermediarios puramente especulativos.

En paralelo y en el ámbito financiero se procedió a una *reordenación bancaria*, cuyo objetivo directo era ampliar el estrecho mercado del crédito existente en el país y la escasa oferta monetaria, que seguramente estarían lastrando la actividad económica. Con ello también se facilitaba la financiación de los nuevos ferrocarriles para los que el régimen de subsidios públicos implementados, pese a su importante cuantía, era claramente insuficiente teniendo en cuenta los enormes costes de estas nuevas infraestructuras, sobre todo debido a la difícil orografía española.

España contaba al comienzo del bienio progresista con solo tres bancos de emisión: el de *San Fernando* (el futuro *Banco de España*), el de *Cádiz* y

²⁵ FONTANA, J.: *La época del liberalismo*, Crítica-Marcial Pons, Barcelona 2006, p. 280. En la p. 292 señala que las subvenciones, calculadas a 1868, ascendieron en total a 1.736 millones de reales. Hay una referencia desglosada de los capitales invertidos y las subvenciones recibidas por cada línea en un documento manuscrito redactado en 1867 para el Marqués de Montecastro, que se reproduce facsimilarmente en RAMOS CERVERÓ, R.: *Valladolid, en sus hombres de negocios*, Universidad de Valladolid, Valladolid 1989, pp. 67 y ss.

²⁶ Esta exención de derechos de aduana ha sido considerada por TORTELLA, G: *Los orígenes... cit.*, p. 51, nota 78, como «un golpe muy duro para los industriales nacionales porque les privaba de la posible demanda derivada de la construcción de ferrocarriles», pero seguramente fue algo inevitable ya que en la España preindustrial de la época se carecía de la tecnología avanzada y la estructura industrial que requerían los ferrocarriles, particularmente para la fabricación de los raíles y las locomotoras de vapor.

Cosa distinta es que se aprovechara esa exención para un intenso contrabando en relación con todo tipo de artilugios metálicos, alegando un supuesto destino para los ferrocarriles: FONTANA, J.: *La época... cit.*, p. 294.

el de *Barcelona*²⁷. Para la creación de nuevos bancos, como ya se ha indicado, la Ley de sociedades por acciones de 28 de enero de 1848 exigía una ley, por lo que teóricamente podrían haberse constituido nuevos bancos mediante este procedimiento, pero la ulterior Ley de 4 de mayo de 1849, «reorganizando el Banco Español de San Fernando»²⁸, en su artículo 6 vino a congelar la situación prohibiendo la creación de nuevos bancos, e instando al de *San Fernando* para que se pusiese de acuerdo con los de *Cádiz* y *Barcelona* para fusionarse, pudiendo estos últimos, caso de no hacerlo, continuar con la emisión de billetes pero solo hasta el importe de su capital efectivo y desembolsado. Por otro lado, las autoridades gubernativas mantuvieron durante el periodo precedente una actuación muy restrictiva respecto a los bancos existentes, denegándose tanto al *Banco de Cádiz* como al *Banco de Barcelona*, la autorización para abrir nuevas sucursales o realizar determinadas operaciones²⁹.

La necesidad de romper el *statu quo* se hizo evidente al comienzo del nuevo periodo, habida cuenta de la insuficiencia de la oferta monetaria fiduciaria de los tres bancos, en particular del de *San Fernando*, que fungía de banco nacional y financiaba al Estado, y las numerosas peticiones elevadas a las Cortes para que se autorizaran nuevos bancos, y que amenazaban, de ser aceptadas, con «una anarquía en el crédito»³⁰. Estos planteamientos son los que llevaron a Ramón de Santillán a proponer al Ministro de Hacienda la presentación en las Cortes de una ley que reordenase el crédito³¹.

La *Ley de bancos de emisión* tuvo una procelosa tramitación debido al enfrentamiento entre diversos grupos de interés, lo que seguramente explica algunas de sus ambigüedades o imprecisiones³². El aspecto más destacable de la ley finalmente aprobada es que acabó con la situación de solo tres bancos de emisión, al permitir la apertura en cada localidad de un «establecimiento de emisión, bien sea Banco particular, bien sucursal del de España» (art. 4.1), y no exigir además una ley para ello, ya que los bancos se consti-

²⁷ Véase BLASCO-MARTEL, Y.: «Regulación bancaria y bancos provinciales», en SUDRIÀ TRIAY, C y BLASCO-MARTEL, Y. (eds.): *La pluralidad de emisión en España, 1844-1874*, eds., Fundación BBVA, Bilbao 2016, pp. 91 y ss.

²⁸ *CLE*, tomo XLVII, segundo cuatrimestre 1849, n.º 271, pp. 19 y ss.

²⁹ Véase lo indicado por TORTELLA, G.: *Los orígenes...*, *op. cit.*, p. 44, y BLASCO-MARTEL, Y.: «Regulación...», *cit.*, pp. 99 y ss.

³⁰ En expresión del entonces gobernador del *Banco de San Fernando*, Ramón de Santillán [DE SANTILLÁN, R.: *Memorias (1825-1856)*, Colección histórica del Estudio General de Navarra, Pamplona 1960, II, p. 247].

³¹ Así lo señala en sus memorias: DE SANTILLÁN, R.: *Memorias... cit.*, p. 247 e ID.: *Memoria histórica sobre los Bancos Nacional de San Carlos, Español de San Fernando, Isabel II, Nuevo de San Fernando y de España*, Establecimiento tipográfico de T. Fortanet, Madrid 1865, II, *apud* TORTELLA, G.: *Los orígenes...*, *cit.*, p. 51.

³² Véanse TORTELLA, G.: *Los orígenes...*, *cit.*, pp. 52 y ss. y BLASCO-MARTEL, Y.: «Regulación...», *cit.*, pp. 101 y ss.

tuirían mediante autorización gubernativa (art. 8), que era el sistema al que se había vuelto, con carácter general, en la ya citada Ley de sociedades por acciones de 1848.

Por otro lado, esta Ley de bancos de emisión adelantaba algunos aspectos de lo que ulteriormente será la normativa bancaria moderna, al introducir un cierto *control prudencial de su solvencia*, manifestada por la permanente vigilancia del Comisario Regio que tenía que nombrar el Gobierno en cada banco (art. 18), y ciertas disposiciones en relación con la efectividad del capital social³³, la exigencia de reservas (art. 24), el establecimiento de un cierto *coeficiente de caja* en relación con billetes, cuentas corrientes y depósitos³⁴, o la necesidad de publicar mensualmente en la *Gaceta* su estado de situación (art. 21). También en este punto cabe incardinar su posible disolución en caso de pérdidas cualificadas (reducción de «su capital a la mitad») (art. 24), así como la prohibición absoluta de *prestar con la garantía de sus propias acciones* (art. 22). Estos préstamos ya habían sido prohibidos anteriormente por el artículo 14 de la citada Ley de 1849 relativa al *Banco de San Fernando*, para evitar los abusos que años antes se produjeron con el ya desaparecido *Banco de Isabel II*, que recurrió masivamente a este expediente para facilitar la especulación en bolsa, a costa, además, de erosionar la solvencia de la entidad (este banco debido a su situación de insolvencia fue absorbido precisamente por el de *San Fernando*)³⁵.

Nada se decía respecto a la *adquisición de las propias acciones*, operación igualmente peligrosa para la efectividad del capital social y utilizada históricamente para especular o sostener artificialmente las cotizaciones en caso de crisis, que se prohibirá con algunas excepciones en el artículo 166 del posterior Código de comercio de 1885³⁶. No obstante, unos años antes una Real Orden de 31 de mayo de 1852, advertía con carácter general a los directores de las sociedades anónimas que no podían comprar sus propias ac-

³³ El artículo 7.2 exigía que el capital de las acciones de los bancos fuera efectivo en todos los casos, prohibiéndose las «acciones de valor nominal». Esto implicaba un principio de íntegra suscripción, no estando por tanto permitidas las *acciones en cartera*, así como la prohibición de *acciones liberadas*.

³⁴ El artículo 9 solo autorizaba a emitir «una suma de billetes al portador igual al triple de su capital efectivo, teniendo la obligación de conservar en metálico en sus cajas la tercera parte, cuando menos, del importe de los billetes emitidos». Entre las funciones del Comisario Regio estaba la de «cuidar de que constantemente existan en caja y cartera [del banco], metálico y valores realizables, cuyo plazo no exceda de 90 días, bastantes a cubrir sus débitos por billetes, cuentas corrientes y depósitos» (art. 20).

³⁵ Sobre este tema me remito a VELASCO SAN PEDRO, L.A.: «La prohibición de que las sociedades presten con la garantía de acciones emitidas por ellas mismas», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 19 (1984), pp. 563 y s.

³⁶ Véase VELASCO SAN PEDRO, L.A.: *La adquisición por la sociedad emisora de sus propias acciones*, Lex Nova, Valladolid 1985, pp. 35 y ss., y en relación con el régimen del Código de comercio de 1885, pp. 173 y ss.

ciones «sino en virtud de acuerdo de la Junta general, y para poseerlas en común sin desmembrar en lo más mínimo el capital social, para cuya operación no podrán emplearse otros fondos que los procedentes de las ganancias líquidas y repartibles»³⁷.

Con todo, no se imponían a aquellos nuevos bancos requisitos que hoy parecen absolutamente indispensables, como la exigencia de capitales efectivos mínimos para emprender una actividad de tanto riesgo como es la crediticia (aunque habría que investigar si ello fue tenido en cuenta en los expedientes gubernativos de autorización, puesto que la Ley de sociedades por acciones de 1848, no derogada y, por tanto, de aplicación al menos subsidiaria, exigía unos capitales adecuados al objeto social³⁸). Asimismo las reservas, y el coeficiente de caja establecidos eran claramente insuficientes para hacer frente a situaciones de crisis, como luego se vio cuando comience la crisis de 1864-65, que acabó con buena parte de estos bancos.

III. LA GÉNESIS DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS DE CRÉDITO Y SU TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA

A. Los orígenes de la Ley

El origen de la Ley de 28 de enero de 1856 sobre *sociedades anónimas de crédito*, está vinculado a la presentación a las Cortes Constituyentes de varios proyectos de *bancos de negocios* —recuérdese que la Ley de 1848 exigía una ley para la constitución de nuevos bancos—, promovidos principalmente por grupos rivales de capital francés, aunque en algunos casos se recurriera al acompañamiento de personajes locales (entre ellos diputados)³⁹.

Un primer proyecto fue presentado por el Vizconde de Kervegen, diputado francés, y por Millaud, director de la *Banque Immobilière* de París, para constituir una *Caja general de crédito público en España*⁴⁰. Con esta denominación se evitaba utilizar la palabra *banco*, pero de hecho la entidad pro-

³⁷ CLE, tomo LVI, segundo cuatrimestre de 1852, n.º 450, pp. 111 y ss.

³⁸ En su artículo 5. Este requisito se ha interpretado modernamente como una exigencia de una adecuada capitalización tendente a evitar la *infracapitalización* de las sociedades: PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, A.: *La reducción del capital en sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*, Bolonia, Real Colegio de España, 1973, pp. 40 y s., nota 27.

³⁹ Se refieren a estos proyectos TORTELLA, G.: *Los orígenes...*, *cit.*, pp. 57 y ss. y COSTA, M.T.: *Financiación exterior del capitalismo español en el siglo XIX*, Universidad de Barcelona, Barcelona 1982, pp. 87 y ss.

⁴⁰ DSCC, apéndice 5.º al n.º 195, de 7 de julio de 1855, pp. 6259 y s. A Kervegen se le denomina aquí «Keroequen», aunque ya se le nombra como Kervegen en las siguientes actuaciones parlamentarias que se citan a continuación.

puesta lo habría sido, principalmente porque el proyecto contemplaba, en su artículo 7, conferirle la facultad de *emitir billetes al portador* hasta un capital doble del que tuviera durante los dos primeros años, y del triple a contar desde esta fecha. Asimismo establecía su obligación de hacer anticipos al Estado sobre la recaudación de contribuciones públicas al 4% anual, hasta la concurrencia de 20 millones de francos (art. 16), y de dedicar anualmente de sus fondos de reserva un millón de reales para comprar sin interés la mitad de los cupones atrasados del 5% de la deuda española (art. 18).

La Comisión encargada de dictaminar el proyecto, lo aprobó por mayoría aunque introduciendo modificaciones en la propuesta inicial, la más significativa de las cuales era incrementar la obligación de conceder anticipos al Estado hasta la suma, en aquel momento muy considerable, de 1000 millones de reales (art. 13), pero suprimiendo a cambio la de comprar cupones de la deuda pública⁴¹. No obstante, se mantuvo del proyecto inicial la facultad de emitir billetes al portador (art. 8), aunque esto entraba en contradicción flagrante con el proyecto de ley de bancos de emisión que se estaba tramitando coetáneamente y que les reservaba esa facultad⁴².

Esta última circunstancia fue aprovechada por dos miembros disidentes de la Comisión, los diputados Gaminde y Udaeta, que llegaron a publicar sendos votos particulares en contra de dictamen de la Comisión y, en definitiva, del proyecto⁴³. Mientras Gaminde proponía que se exigiera a los promotores depositar 50 millones de reales en el *Banco de San Fernando* como garantía hasta el total desembolso del capital previsto de 200 millones y la prohibición de emitir billetes, Udaeta, yendo más lejos, defendía sencillamente la desestimación del proyecto⁴⁴. Sea por esa inusitada oposición o por el costoso peaje que se imponía a la futura entidad de financiar a corto plazo al Estado, este proyecto acabó siendo retirado por sus promotores poco después⁴⁵.

⁴¹ TORTELLA, G.: *Los orígenes...*, cit., p. 58, señala este aspecto como una modificación alternativa a la compra de deuda pública, lo que no es del todo exacto porque, como acaba de decirse, esta obligación ya existía en el proyecto inicial, aunque se ampliase ahora significativamente de 20 millones de francos a 1.000 millones de reales [en 1848 se fijó una relación de cambio entre el real y el franco en un diecinueveavo de napoleón de 5 francos: JIMÉNEZ JIMÉNEZ, J.C.: «El nacimiento de una moneda», en GARCÍA DELGADO, J.L. y DELGADO SANZ, J.M. (dir.): *Del Real al Euro. Una historia de la peseta*, La Caixa, Barcelona 2000, pp. 31 y s.].

⁴² Como observa TORTELLA, G.: *Los orígenes...*, cit., p. 58. El dictamen de la Comisión en *DSCC*, apéndice 3.º al n.º 231, de 29 de octubre de 1855, pp. 7745 y ss.

⁴³ *DSCC*, apéndice 2.º al n.º 234, de 2 de noviembre de 1855, pp. 7829 y ss.

⁴⁴ Al referirse a este último voto TORTELLA, G.: *Los orígenes...*, cit., p. 58, apunta el probable conflicto de interés del diputado Udaeta, ya que apenas dos meses después aparecerá como promotor de un proyecto alternativo promovido por la sucursal francesa de la *Casa Rothschild*, al que nos referimos más adelante.

⁴⁵ TORTELLA, G.: *ibid.*

A este primer proyecto le siguió otro presentado por los hermanos Péreire para crear una *Sociedad general de crédito*⁴⁶. Emile e Isaac Péreire eran directores del *Crédit Mobilier* francés, y la iniciativa tenía claramente la intención de replicar esta —hasta el momento— exitosa entidad francesa en España. La vinculación con los ferrocarriles y las obras públicas, aparecían aquí ya con gran claridad puesto que se establecía como una de las operaciones a acometer por la futura sociedad, «crear toda clase de empresas de caminos de hierro, canales, minas, docks, alumbrado, desmontes y roturaciones, riegos, desagües y cualesquiera otras empresas industriales o de utilidad pública» (base 4.^a, 2.^o). Lo que no era de extrañar porque los Péreire tenían fuentes intereses en los ferrocarriles ya que eran los concesionarios de la línea francesa Burdeos-Bayona-Hendaya y acabaron haciéndose poco después con la del *Ferrocarril del Norte*, desde Madrid a Irún, que conectaba con esa línea en la frontera con Francia⁴⁷.

Aunque el proyecto se presentó específicamente para esta sociedad, el artículo 1.^o ya preveía que también serviría para «hacer iguales concesiones, con sujeción a las mismas bases, en los casos que (el gobierno) lo crea conveniente», razón por lo que acabó poco después configurándose como un proyecto autónomo en el dictamen de la Comisión parlamentaria de 7 de enero de 1856, ya referido genéricamente a las que se comenzaron a denominar como *sociedades anónimas de crédito*⁴⁸. En el preámbulo de este dictamen se justificó el nuevo proyecto en la necesidad de liberalizar la severa Ley de sociedades por acciones de 1848, siguiendo el camino emprendido por la previa Ley general de ferrocarriles, aunque curiosamente las medidas previstas para ello solo se aplicarían a esas concretas sociedades de crédito y no a las demás sociedades anónimas con un objeto diferente.

La presentación del proyecto general no impidió —probablemente por razones de economía procesal, para evitar la demora que habría supuesto la aplicación del trámite de autorización gubernativa que se preveía en la futura ley para estas sociedades— que se siguiera tramitando como tal y conjuntamente el relativo a los hermanos Péreire (cuya entidad se acabó denominando *Sociedad general de crédito moviliario español*⁴⁹), así como tres peticiones análogas que entraron en la cámara antes de la aprobación defi-

⁴⁶ Se publica en el *DSCC*, apéndice 1.^o al n.^o 274, de 24 de diciembre de 1855, pp. 9399 y ss. A los hermanos se les designa en esta documentación parlamentaria como Pereyre.

⁴⁷ Véanse GARCÍA GARCÍA, C.: «Intereses públicos, intereses privados: los Péreire y sus aliados españoles (1856-1868)», en *Ayer*, 66 (2007), pp. 57 y ss. y la página web *Ferrocarriles de España* de Juan Pérez Torner (<https://www.spanishrailway.com/caminos-de-hierro-del-norte-de-espana/>), consultada el 8 de febrero de 2020.

⁴⁸ *DSCC*, apéndice 1.^o al n.^o 282, de 7 de enero de 1856, pp. 9657 y ss.

⁴⁹ Se aprobó definitivamente el 22 de enero de 1856: *DSCC*, apéndice 8.^o al n.^o 295, de 22 de enero de 1856, p. 10113.

nitiva de la ley⁵⁰. Entre ellas estaba el proyecto rival de los Péreire, la *Sociedad española mercantil e industrial*, promovido por la rama francesa de los *Rothschild*, también con intereses en el campo de los ferrocarriles [consiguieron la concesión de la línea Madrid-Zaragoza-Alicante (MZA)⁵¹]. En todo caso, habida cuenta de la existencia de una ley general sobre este tipo de sociedades, las leyes de autorización fueron de gran brevedad limitándose a consignar las personas a las que se concedía, la denominación —en parte estas se cambiaron respecto a las solicitudes originarias—, el capital y la localidad donde fijarían su sede y poco más.

B. El debate parlamentario

El debate parlamentario del proyecto de la *Ley de sociedades anónimas de crédito* se inicio inmediatamente después de concluir el de la *Ley de bancos de emisión*, que acabaría teniendo la misma fecha, y se alargó durante cuatro sesiones parlamentarias, del 15 al 18 de enero de 1856⁵².

Con carácter general se detecta la cierta improvisación con que se presentó el proyecto —no dejaba de partirse de una petición para autorizar una entidad en particular, la de los hermanos Péreire—, así como el cansancio de la cámara para abordar esta temática, después del intenso debate a que dio lugar el proyecto precedente sobre bancos de emisión⁵³. Lo que explica seguramente el carácter lacunoso y poco claro de alguna de sus disposiciones.

Grosso modo podemos hablar de dos bandos definidos en la discusión parlamentaria. Los que apoyaban el proyecto —entre ellos la Comi-

⁵⁰ El 22 de enero de 1856 se aprobaron definitivamente la *Sociedad española mercantil e industrial*, entre cuyos promotores figuraban Weisweiller y Bauer —esto es, la *Casa Rothschild*— y el ya mencionado diputado Udaeta [*DSCC*, apéndice 6.º al n.º 295, de 22 de enero de 1856, p. 10109], y la *Compañía de crédito general de España*, promovida por Prost, De Guecst, Shée y asociados [*DSCC*, apéndice 7.º al n.º 295, de 22 de enero de 1856, p. 10111]. Finalmente, el 16 de febrero de 1856 la *Catalana general de crédito*, promovida por Compte, Brusi y Ferrer y Clavé y asociados [*DSCC*, apéndice 4.º al n.º 314, de 16 de febrero de 1856, p. 10833].

⁵¹ Véanse GARCÍA GARCÍA, C.: «Intereses públicos...» *cit.*, pp. 60 y ss., y la página web *Ferrocarriles de España* de Juan Pérez Torner (<https://www.spanishrailway.com/madrid-zaragoza-y-alicante-mza/>), consultada el 12 de febrero de 2020.

⁵² Se refiere también a este debate TORTELLA, G.: *Los orígenes...*, *cit.*, pp. 57 y ss.

⁵³ Lo advirtió al comienzo del debate el diputado Jaén, que se distinguió por su oposición a puntos concretos del proyecto, cuando anunció que «[y]o no vengo preparado para hablar respecto a la totalidad del proyecto que nos ocupa; pero como quiera que aquí veo que suelen traer a última hora y cuando los señores Diputados ya están cansados, las cosas más graves, y de este modo pasan de corrida, para eso he pedido la palabra, para ver si empleo el tiempo que resta de sesión, a fin de que llegue el día de mañana, para que con más tiempo y atención podamos examinar el asunto»: *DSCC*, n.º 289, de 15 de enero de 1856, p. 9891.

sión parlamentaria y, lógicamente, el Gobierno— que se basan para ello en las fuertes restricciones de la Ley de sociedades por acciones de 1848, que consideraban necesario rebajar en línea con lo que sucedía en los países más avanzados —se evocaron en los debates frecuentemente a Francia, Inglaterra, Estados Unidos y Austria—, y apoyándose en el ejemplo de éxito del *Crédit Mobilier* de los hermanos Péreire en Francia, inspiradores como ya sabemos del proyecto general. En el contrario los que lo rechazaban, no solo desde el bando conservador⁵⁴, aunque cuidando siempre de no cuestionarlo en bloque, que recordaban la historia reciente y lo acontecido con los bancos de *San Carlos*, *Isabel II* y *San Fernando*, así como los desastres de la crisis de 1846-47, que dieron lugar a la legislación restrictiva de 1848-49, y alertaban de los peligros de la especulación y la transferencia de fondos al extranjero, y que trataron de que se introdujeran mayores controles, pero que solo muy parcialmente fueron aceptados por la Comisión y la mayoría.

Como aspectos que fueron objeto de discusión durante el debate, cabe destacar los siguientes:

- 1.º La posibilidad de que las sociedades de crédito establecieran *sucursales en el extranjero*. Esta cuestión contó con la oposición de diputados como Jaén y Cantero, que advirtieron que con ello se facilitaba el trasvase de fondos al extranjero y se concedía facilidades para la especulación. La facultad se mantuvo en el proyecto por la mayoría, aunque se aceptó condicionar esta apertura de sucursales a la autorización del Gobierno (art. 3)⁵⁵.
- 2.º La admisión de que las sociedades de crédito, aunque de forma limitada, hicieran *préstamos con la garantía de sus propias acciones* (art. 4, 7.º). Los diputados opositores (Jaén, Cantero) trataron, sin éxito, que estas operaciones se prohibieran con carácter general a la vista de la experiencia histórica negativa con *el Banco de Isabel II* y

⁵⁴ Este sesgo conservador lo da a entender G. Tortella (*Los orígenes...*, cit., p. 61), quien además califica al diputado (Pablo) Avecilla como moderado. Sin embargo, Avecilla, uno de los opositores más caracterizados al proyecto y autor de un conocido Diccionario de Derecho Mercantil (AVECILLA, P., *Diccionario de la legislación mercantil de España*, Imprenta de D. Severiano Omaña, Madrid 1849), lo que explicaría lo atinado de sus críticas, era claramente progresista al haber sido director años antes de un periódico con esta orientación, *La Iberia*: véase OSSORIO Y BERNARD, M.: *Ensayo de un catálogo de periodistas españoles del siglo XIX*, Imprenta y Litografía de J. Palacios, Madrid 1903, p. 29.

⁵⁵ DSCC n.º 290, de 16 de enero de 1856, pp. 9906 y ss. La discusión volvió a resurgir en relación con el artículo 8 del proyecto, donde se contenía la obligación de presentar al Gobierno y publicar mensualmente en la Gaceta su estado de situación, cuestionando los diputados disidentes si esto se iba a aplicar también a las operaciones de las sucursales en el extranjero, lo que fue contestado por Figuerola asegurando que a estas sucursales se les aplicaría el Derecho español: DSCC n.º 291, de 17 de enero de 1856, pp. 9958 y ss.

como se había hecho con los bancos de emisión en la Ley coetánea⁵⁶. La mayoría (por la voz de Sánchez Silva) se negó a modificar el precepto, arguyendo que los límites establecidos, particularmente que los préstamos solo pudieran ser a corto plazo, conjuraban los peligros⁵⁷.

- 3.º La *emisión de acciones al portador* (art. 6). En este punto el diputado Avecilla argumentó sin éxito el contrasentido de que se permitiera emitir acciones al portador en la situación de que una parte de las acciones no se hubiera desembolsado, porque en este caso «no tiene la responsabilidad (por las aportaciones pendientes) ninguna persona»⁵⁸. La Comisión, a través de Figuerola, se mantuvo en su posición señalando que lo que se permitía era emitir acciones al portador «por la cantidad desembolsada», lo que era una (no) explicación que en nada desvanecía el razonable reparo de Avecilla. En todo caso, el proyecto se aprobó tal cual estaba en este punto⁵⁹.
- 4.º La facultad de las sociedades de crédito de emitir *obligaciones a corto plazo* (art. 7) fue asimismo objeto de debate. Se cuestionó, en primer término, por los diputados Yañez Rivadeneira y Avecilla los límites demasiado amplios con que se permitía emitir estas obligaciones, que el primero calculó que, en relación únicamente con las sociedades cuya autorización se había pedido en aquel momento a las Cortes, podría llegar a la cifra (en la época fabulosa) de 12.000 millones de reales⁶⁰. Pero la crítica más de fondo la haría Avecilla —que propondría la supresión del precepto— al señalar que «lo que aquí se quiere es dar emisión a estos establecimientos: no se les ha podido dar una emisión al portador pagada al contado a su presentación: ha sido precisa que sea a la fecha; y he aquí el modo de barrenar los artículos que acabamos de votar para los Bancos de emisión»⁶¹. En definitiva, argumentaba que estas obligaciones podrían ser un sustitutivo de los billetes de banco (sin las garantías, añadimos nosotros, que se exigían a estos y además con interés). Figuerola en nombre de la Comisión defendió el texto del proyecto como una innovación necesaria para el progreso, como lo

⁵⁶ En relación con la *Sociedad española mercantil e industrial*, promovida por la *Casa Rothschild*, se prohibió, no obstante, en el artículo 4, 4.º de su Ley de autorización la compra de acciones propias, prestar sobre ellas y cambiarlas por otros valores: *DSCC* apéndice 2.º al n.º 300, de 28 de enero de 1856, p. 10301.

⁵⁷ *DSCC* n.º 290, de 16 de enero de 1856, pp. 9915 y ss.

⁵⁸ Para evitar esta consecuencia, en el Derecho vigente este es uno de los supuestos de nominatividad obligatoria: artículo 113.1 de la Ley de sociedades de capital.

⁵⁹ *DSCC* n.º 290, de 16 de enero de 1856, pp. 9921 y s.

⁶⁰ *DSCC* n.º 291, de 17 de enero de 1856, pp. 9949 y ss., el cálculo en la p. 9952.

⁶¹ *DSCC* n.º 291, de 17 de enero de 1856, p. 9953.

fue en su día la letra de cambio (a la que dijo, de manera más bien demagógica, que también se habría opuesto Avecilla), y que al tener un vencimiento las obligaciones, no podían poner en compromiso a la entidad, teniendo además en cuenta las demás garantías establecidas para su emisión⁶². En este punto es, seguramente, donde las críticas de la oposición fueron más razonables y el tiempo les acabó dando la razón⁶³.

- 5.º Un tema que llevó arduas discusiones fue el relativo a las garantías que acabaría estableciendo el artículo 11 de la Ley —motivado por una previa enmienda presentada por Yañez de Rivadeneira y otros diputados, y aceptada parcialmente por la Comisión⁶⁴—, que exigía el *depósito en la Caja General de Depósitos del 10% del primer dividendo* (pasivo) de las acciones emitidas, y que generó un intenso debate entre quienes lo consideraban innecesario y los que lo estimaban exiguo⁶⁵.

IV. LA REGULACIÓN DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS DE CRÉDITO

La Ley finalmente aprobada, al igual que lo que sucedía con la coetánea de bancos de emisión, no era muy extensa: apenas 11 artículos. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la norma establecía únicamente especialidades para las sociedades anónimas de crédito, ya que en todo lo demás, como establecía su artículo 1, estas entidades estaban sujetas «a las (normas) que rijan sobre sociedades anónimas, en lo que no fueren modificadas por la presente (ley)». Estas normas no eran otras que la *Ley de sociedades por acciones* y su Reglamento de 1848 y, subsidiariamente, el *Código de comercio* de 1829 (pues este texto no llegó a ser derogado).

A continuación se examinan las principales reglas establecidas en la Ley, en relación con los aspectos a los que se referían.

⁶² DSCC n.º 291, de 17 de enero de 1856, pp. 9954 y ss.

⁶³ Destaca la coherencia del planteamiento de Avecilla, TORTELLA, G.: *Los orígenes...*, cit., pp. 61 y s. En la práctica las sociedades de crédito acabaron utilizando estas obligaciones a corto como sustitutivo del papel moneda entrando en competencia desleal con los bancos de emisión, como puso en evidencia la praxis en Valladolid del *Crédito Castellano* y del *Crédito Mutuo* criticada por el competidor *Banco de Valladolid* y su Comisario Regio: VELASCO SAN PEDRO, L.A.: *El crédito...*, cit., pp. 94 y s.

⁶⁴ La enmienda se publicó en DSCC n.º 290, de 16 de enero de 1856, p. 9922.

⁶⁵ DSCC n.º 292, de 18 de enero de 1856, pp. 9965 y ss.

A. Constitución

La constitución de una sociedad anónima de crédito estaba sometida a *autorización gubernativa*, que era, como ya se dijo, el sistema establecido con carácter general para las sociedades por acciones en la Ley de 1848. En este sentido el artículo 10 de la Ley de sociedades anónimas de crédito señalaba que «[e]l Gobierno podrá hacer concesiones por medio de Reales decretos para la organización de sociedades anónimas de crédito, conformándose a lo dispuesto en la presente ley, sin perjuicio de que las personas interesadas puedan acudir a las Cortes solicitando la constitución de una sociedad por ley especial». Esta última frase venía a dar cobertura a la constitución de las cuatro primeras entidades que se autorizaron, como se acaba de ver, por ley particular, aunque en esa autorización se las sometió ya expresamente a la Ley general de sociedades anónimas de crédito.

A falta de mayores precisiones en la Ley de sociedades anónimas de crédito, para el otorgamiento de la *autorización gubernativa* debía seguirse el procedimiento establecido en la Ley de sociedades por acciones 1848 y su Reglamento. El artículo 11 de la Ley de sociedades anónimas de crédito precisaba que la autorización requería la consulta previa al Consejo de Estado y, mientras este no funcionase, del Tribunal Contencioso-administrativo.

Debido a cómo se configuraba la *autorización administrativa* en la Ley de 1848, de aplicación supletoria, que exigía que las sociedades por acciones se constituyeran «precisamente para objetos determinados y con un capital proporcionado al fin de su establecimiento» (art. 5), debiendo, además, ser este objeto de «utilidad pública» a juicio del gobierno (art. 9), hay que entender que la autorización gubernativa de las sociedades anónimas de crédito, al igual que la de las demás sociedades por acciones, era *discrecional*⁶⁶.

Para la concesión de la autorización el artículo 11 de la Ley de sociedades anónimas de crédito exigía, el depósito previo en la Caja General de Depósito del 10% del importe del primer dividendo (pasivo) de las acciones emitidas. El depósito se admitía en metálico o en su equivalente en deuda pública al precio de cotización del día anterior, y estaba prevista su devolución cuando se acreditase (la efectividad del desembolso de) el 25% o en su caso el 30% de las acciones emitidas en los plazos establecidos por la propia ley, y su pérdida en otro caso a favor del Tesoro público (para las sociedades que iban a ser autorizadas por las Cortes se establecía el plazo de 30 días desde la publicación de la ley).

⁶⁶ No me consta que se rechazase la autorización de sociedades anónimas de crédito que, como luego se verá, proliferaron bastante, pero habría que investigarlo examinando los expedientes de autorización, si es que se conservasen.

En todo caso, el *objeto social* que debían tener de estas sociedades anónimas de crédito venía determinado por el artículo 4 de la Ley, donde se establecía un amplísimo elenco de actividades, entre las que cabe citar, como más significativas, las que se refieren a la contratación con el gobierno de empréstitos públicos (n.º 1); la creación de *empresas de ferrocarriles* y otras infraestructuras (n.º 2); la cesión o ejecución de contratos de *obras públicas* (n.º 4); la *emisión de obligaciones* de la sociedad (n.º 5); los *préstamos* sobre efectos y valores (n.º 7) y recibir *depósitos* en valores y en metálico y llevar *cuentas corrientes* (n.º 8).

B. Capital y acciones

Llama la atención que para la constitución de una sociedad anónima de crédito no se exigiera un *capital mínimo* —tampoco se hizo para los bancos de emisión— habida cuenta de la necesidad de que estas contasen con recursos propios significativos para garantizar una cierta solvencia frente a terceros. No obstante, como se acaba de indicar, el artículo 5 de la Ley de sociedades por acciones de 1848, requería para la autorización de cualquier sociedad por acciones que contase «con un capital proporcionado al fin de su establecimiento» (art. 5), por lo que bien podría haberse comprobado la suficiencia del capital por el Gobierno⁶⁷.

Por disposición del artículo 6, 1 de la Ley de sociedades anónimas de crédito, las acciones debían ser *al portador*. La libre negociabilidad de las acciones que esta disposición comportaba, quedaba reforzada por la circunstancia de que el artículo 6, 3 les daba «la consideración de los fondos públicos para los efectos de la contratación», lo que suponía su publicación y cotización en Bolsa, como el propio precepto aclaraba.

El carácter *al portador* de las acciones fue, como se ha visto, criticado en el trámite parlamentario por AVECILLA para el caso de que estas, como permitía la propia Ley, no se hubieran *desembolsado por completo*. Efectivamente, era un contrasentido no haber establecido el carácter *nominativo* en estos casos, pues de esta forma no había manera de reclamar su desembolso a los accionistas cuando fuera necesario, como de hecho ocurrió cuando alguna de estas entidades quebró y no se exigieron los dividendos pasivos⁶⁸.

Los inconvenientes de la norma en este punto resultaban amplificadas por el artículo 6, 3 de la Ley, que exceptuaba la aplicación a los cedentes de

⁶⁷ De nuevo no me consta que esto se llegara a hacer en la práctica, y mucho menos que hubiera sido alegado para denegar alguna autorización. Habría que investigarlo.

⁶⁸ Véase lo que indico en VELASCO SAN PEDRO, L.A.: *El crédito...*, *cit.*, pp. 121 y s., en relación con la quiebra del *Crédito Castellano*.

las acciones no desembolsadas de lo dispuesto en el artículo 283 del Código de comercio, que los hacía «garantes al pago que deberán hacer los cesionarios cuando la administración tenga derecho a exigirlo». Por tanto, no había responsabilidad de los tenedores anteriores.

Por otra parte, se disponía, ciertamente con no demasiada claridad, la posibilidad de dejar *acciones en cartera*, ya que solo se exigía una emisión de acciones en la constitución, desde un tercio a la mitad. El primer dividendo (pasivo, se entiende) debería abonarse dentro de los 30 días de la aprobación de la sociedad y tenía que ser de un 25%; y de un 30%, si las acciones representaban la tercera parte del capital (art. 6.2). Las *acciones en cartera* eran un instrumento peligroso que podría llevar a engaños a terceros acerca de los recursos propios aportados realmente a la sociedad, razón por la que en la posterior evolución del Derecho de sociedades fueron prohibidas⁶⁹.

En relación con los *préstamos con garantía de acciones propias*, contrastando con la prohibición absoluta que se acababa de establecer para los bancos de emisión, el artículo 4, 7.º . 2 permitía su realización a las sociedades de crédito, con tal de que no excedieran «del 10 por 100 del capital efectivo de la sociedad, del 60 por 100 del valor que estas tengan en la plaza y del término de dos meses» (art. 4, 7.º . 2). Este fue también un punto polémico de la norma durante el debate parlamentario. No tengo datos, sin embargo, acerca de si estas operaciones llegaron a efectuarse masivamente —como había sucedido con el desaparecido *Banco de Isabel II*— y si tuvieron o no alguna incidencia en la insolvencia que afectó a buena parte de estas sociedades cuando se inició la crisis de 1864-65.

C. Emisión de obligaciones

El artículo 4, 5.º de la Ley de sociedades anónimas de crédito permitía a las sociedades anónimas de crédito emitir obligaciones «por una cantidad igual a la que se haya empleado y exista representada por valores en cartera por efecto de las operaciones de que tratan los párrafos primero, segundo, tercero y cuarto de este artículo»; esto es, por las diversas operaciones que constituían su objeto: contratación con el gobierno de empréstitos públicos; la creación de *empresas de ferrocarriles* y otras infraestructuras; la cesión o ejecución de contratos de *obras públicas*, entre otras. Estas obligaciones, como precisaba el artículo 7, debían ser *al portador*, a interés fijo y con un plazo de amortización que no podía ser inferior a treinta días.

⁶⁹ En España por el artículo 8 de la Ley de sociedades anónimas de 1951, que impuso el principio de íntegra suscripción del capital.

Los límites a la emisión de estos títulos distaban de estar claros en la Ley. Mientras el n.º 5 del artículo 4, como se acaba de decir, señalaba que podrían emitirse «por una cantidad igual a la que se haya empleado y exista representada por valores en cartera por efecto de las operaciones» autorizadas en los n.º 1 a 4 de dicho precepto; el ulterior artículo 7 establecía otros límites, en cualquier caso mucho menos exigentes: del quíntuplo del capital en obligaciones a más de un año mientras no se haya hecho efectivo todo el capital, y hasta 40 veces su importe (*sic*) cuando se haya realizado por completo. Ello se cerraba con la salvedad de que la suma de obligaciones a menos de un año, unida a las cantidades recibidas en cuenta corriente, no podía exceder en ningún caso del doble del capital efectivo de la sociedad.

La regulación de las obligaciones, como vimos, fue polémica durante la tramitación parlamentaria cuando algún diputado (Avecilla) advirtió que la admisión de *obligaciones a corto* sería equivalente a la de los *billetes de banco*, temor que luego se confirmaría en la práctica. Con todo, creo que lo más censurable fue no establecer límites mínimamente razonables al endeudamiento vía obligaciones —los que había en la Ley, además de poco claros, eran espectacularmente laxos respecto al capital efectivo (en obligaciones a más de un año, cuando se hubiera realizado por completo el capital, como se acaba de decir, ¡hasta 40 veces su importe!)—, lo que facilitó un excesivo endeudamiento o apalancamiento de estas sociedades, que sería una de las causas concomitantes de la insolvencia de buena parte de ellas cuando empiecen las dificultades por la crisis que comenzó en el año 1864.

D. Control gubernativo

En contraste con los bancos de emisión, la Ley de sociedades anónimas de crédito no contemplaba apenas controles públicos sobre estas entidades: no había Comisario Regio, no se exigían reservas, ni coeficientes de caja, etc., con el agravante de que estas sociedades también eran, como se verá seguidamente, de alguna manera bancos. Si ya criticamos allí la insuficiencia de estos controles, aquí hay que hacerlo con mayor razón.

La supresión de los *comisarios regios* se justificó por Orense (que hablaba en nombre de la Comisión parlamentaria) en el debate de la Ley indicando lo siguiente:

«Una gran mejora se ha introducido en la ley, cual es la de haber suprimido los comisarios Regios. Esto ha dado lugar en la Comisión a graves debates; pero al fin se ha acordado la supresión; y no por esto crean las Cortes que no quedan suficientemente asegurados los intereses sociales, pues por el art. 8.º se establece una precaución suficiente, de manera que

es imposible que el Gobierno deje de saber sus operaciones desde el momento en que puede temerse alguna catástrofe, y puede nombrar quien las examine al momento, y será mejor hecho el examen, porque serán personas nombradas *ad hoc* en el momento que haya quejas, para saber si son o no verdaderas, en lugar de que en el antiguo sistema de comisionados Regios, estos tenían una especie de amor propio en sostener las sociedades respectivas y ocultar sus defectos.»⁷⁰

La argumentación no es convincente, principalmente porque los comisarios se habían mantenido en el proyecto coetáneo en relación con los bancos de emisión sin que se explicase por qué allí eran necesarios y aquí no. Empíricamente luego se vio que, al menos en algún caso, se recurrió a la figura de las sociedades anónimas de crédito para superar el control que tenían los comisarios regios en los bancos de emisión⁷¹.

Los dos únicos controles con que contarán las sociedades de crédito serán, por un lado, la exigencia de presentar al Gobierno y publicar mensualmente en la *Gaceta* el estado de situación de la sociedad (art. 8 de la Ley), y, por otro, aunque no por imposición de su Ley sino de la precedente de sociedades por acciones de 1848 y de su Reglamento, el control de los gobernadores civiles (arts. 17 de la Ley y 30 del Reglamento)⁷².

Esta ausencia de controles favoreció, sin duda, que la mayoría de las sociedades anónimas de crédito no pudieran superar la crisis económica que se inició en 1864. En ese momento el Gobierno reaccionará dictando el Real Decreto de 30 de julio de 1865 «aprobando el reglamento para la inspección de las Sociedades anónimas de Crédito»⁷³, pero llegará demasiado tarde para evitar los desmanes y la quiebra y disolución de buena parte de estas entidades.

En cualquier caso, esa falta de controles les daba a las sociedades de crédito ventajas competitivas respecto a los bancos de emisión, que seguramente penalizaron el desarrollo de estos últimos y propició que también les alcanzara la crisis que comenzó en torno a 1864. Un aspecto adicional en esta pérdida de competitividad, fue la circunstancia de que los bancos de emisión, aunque no se lo imponía su legislación específica, siguieron la estela del *Banco de España* que no remuneraban sus cuentas corrientes, a diferencia de las sociedades de crédito que sí lo hicieron. Ello condujo a que las sociedades de crédito se adueñaran de este segmento del mercado, privando

⁷⁰ DSCC n.º 290, de 16 de enero de 1856, p. 9903.

⁷¹ Así parece que sucedió con la constitución del *Crédito Castellano*: VELASCO SAN PEDRO, L.A.: *El Crédito...*, cit., p. 69.

⁷² Como advertía SÁNCHEZ-ALBORNOZ, N.: «Los bancos y las sociedades de crédito en provincias: 1856-1868», en *Moneda y Crédito*, 104 (marzo 1968), p. 14.

⁷³ *CLE*, tomo XCIV, segundo semestre de 1865, n. 412, pp. 232 y ss.

a los bancos de este importante mecanismo para captar recursos ajenos y obtener liquidez⁷⁴.

V. NATURALEZA DE ESTAS ENTIDADES

Aunque venimos hablando de *banca de negocios*, no está muy clara la *naturaleza* exacta de aquellas sociedades de crédito, que vinieron inspiradas por los previos proyectos presentados por diversos grupos de capital francés, siguiendo el modelo de entidades que ya operaban en aquel país (principalmente por el *Crédit Mobilier* de los hermanos Péreire).

En la presentación del proyecto en nombre de la Comisión el diputado Orense señalaba lo siguiente:

«Preguntaba ayer el Sr. Ramírez Areas el origen de la palabra «crédito mobiliario». Yo se lo voy a explicar a S. S. En Francia se hizo una sociedad que se tituló de crédito inmobiliario, y aun se llamó de crédito foncier, para la tierra o bienes raíces; y después ocurrió aplicar esta misma idea a los efectos que están en cartera, como acciones de ferrocarriles, fondos públicos, etc., y a esto se llamó crédito mobiliario.

Tanto el uno como el otro, como los Bancos, no son otra cosa que unos corredores; idea que conviene que se extienda y que la entienda el país: así como un corredor busca en casa de un comerciante una letra que otro necesita, esos establecimientos no hacen más que tomar papel particular que por sí no correría en la plaza o sería de corto valor, y sustituirle con el suyo, garantizado por su crédito. En una provincia se idea un ferrocarril; no hay capitales suficientes para su construcción; pero con esos establecimientos se puede construir con menos capital; porque si el negocio es bueno, si promete buenos resultados, podemos ir al Crédito Mobiliario, quien nos dará, no dinero si no lo tiene, pero si obligaciones, billetes al portador, no pagados en el acto a la vista, sino en la época en que la sociedad calcule que podrá realizar. Con esos valores podemos auxiliar las obras públicas y levantar recursos, y en el cambio de un papel particular por otro de esos establecimientos el país gana mucho.»⁷⁵

No parece una explicación muy clara. Un comentarista de la época, en el manual universitario de Derecho mercantil más difundido, describía a las sociedades anónimas de crédito de esta manera:

«Las sociedades de crédito han nacido y se han propagado bajo la influencia del ardiente afán que en la época de su introducción se sentía en

⁷⁴ TORTELLA, G.: *Los orígenes...*, *op. cit.*, p. 54, quien también refiere cómo este tema fue objeto de discusión en las Cortes, decidiéndose finalmente dejar la cuestión al arbitrio de cada entidad.

⁷⁵ DSCC n.º 290, de 16 de enero de 1856, p. 9901.

nuestro país por la realización de importantes obras de utilidad pública, como caminos de hierro, canales de navegación, roturación de vastos terrenos y otras análogas. Los hombres de negocios las consideran como una combinación feliz para acometer empresas a que la sociedad anónima común no puede dar fácil cima; para las clases ajenas a la especulación mercantil, pero que disponen de algunos ahorros, fueron un medio seguro de emplearlos con mayor lucro, contribuyendo a la par al desarrollo de la riqueza pública; y los Gobiernos, en una época en que parecía la más general de las aspiraciones la consolidación de la paz interior de los Estados, las miraron como el auxiliar poderoso de las empresas destinadas a alimentar la actividad industrial y mercantil y dar abundante ocupación a las clases jornaleras.»⁷⁶

La descripción que ahí se hacía, además de inexacta —no fueron ningún «medio seguro» de emplear los ahorros «con mayor lucro», sino más bien todo lo contrario ya que la mayoría acabó quebrando o disolviéndose a partir de 1864—, sigue sin aclarar las cosas.

Analizando la normativa anteriormente descrita, pero sobre todo lo que hicieron en su día estas sociedades de crédito, su naturaleza aparece como *dual*. El primer aspecto de esa naturaleza era la propia de la *banca*, en la medida en que estas sociedades tenían reconocido legalmente el papel de ser *intermediarias en el mercado del crédito* ya que, por un lado, se les permitía captar *recursos ajenos* mediante depósitos, cuentas corrientes y, sobre todo, la emisión de obligaciones (lo que hoy son básicamente las *operaciones de pasivo* de la banca); y, por otro, asimismo se les autorizaba para que con ellos concedieran financiación al Estado, empresas y particulares (*operaciones de activo*)⁷⁷. Pero a su vez también eran ellas mismas empresas productivas en otros sectores distintos de la banca, en cuanto no solo podían invertir en otras empresas y en deuda pública, adquiriendo efectos y valores públicos y privados —lo que en sentido amplio también sería actividad bancaria, encuadrable dentro de la *banca de negocios* o de *inversión* propiamente dicha—, sino desarrollar directamente actividades empresariales, como realizar obras públicas, algo que hicieron muchas sociedades de crédito en relación con ferrocarriles y otras infraestructuras de transporte.

Esta mezcla entre banca y empresa dedicada a otros menesteres, como se ha visto con frecuencia en diversos momentos históricos, no es buena, ya que genera incentivos para desviar la captación de los recursos procedentes

⁷⁶ MARTÍ DE EIXALÁ, R.: *Instituciones de Derecho Mercantil de España*, 5.^a ed., rev. por Manuel DURÁN Y BAS, Librería de Álvaro Verdager, Barcelona 1870, p. 304.

⁷⁷ Esta circunstancia es la que modernamente se utiliza para definir a las entidades bancarias (entidades de crédito) en las normas legales: *ad. ex.* artículo 1 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito: «[s]on entidades de crédito las empresas autorizadas cuya actividad consiste en recibir del público depósitos u otros fondos reembolsables y en conceder créditos por cuenta propia».

del ahorro privado, única y exclusivamente hacia las propias actividades empresariales, rompiendo principios esenciales del negocio bancario como son, por un lado, la apreciación objetiva de los riesgos asumidos y, por otro, la desconcentración de estos riesgos⁷⁸. Esto se comprobará además en la praxis de estas sociedades, que muy mayoritariamente dedicaron sus recursos a la construcción de los ferrocarriles desatendiendo otros sectores productivos.

VI. LAS CONSECUENCIAS DE ESTA LEGISLACIÓN

La legislación del *bienio progresista* fue, en parte, un éxito pues consiguió fomentar la construcción del ferrocarril y otras infraestructuras públicas (puertos, carreteras, etc.), de las que tan necesitada estaba España, de modo que para 1864 —esto es, menos de 10 años después de la culminación de esta legislación— se había tendido la red radial básica de los ferrocarriles españoles, hasta entonces prácticamente inexistente; lo que fue una enorme proeza teniendo en cuenta la complicada orografía peninsular.

Pero también fue un gran fracaso. Por un lado, la eliminación casi total de controles y el escaso funcionamiento de los pocos existentes, seguramente por la implicación de la clase política en sus negocios⁷⁹, propiciaron la creación de hasta setenta bancos de emisión y sociedades anónimas de crédito en los años sucesivos⁸⁰, un número a todas luces excesivo para la todavía escasa entidad económica y la demografía limitada del país; así como una gestión poco precavida y plagada de irregularidades. Los diputados que se opusieron sin éxito al proyecto cuando se tramitó en las Cortes Constituyentes, tenían toda la razón al criticar la ausencia de controles.

Por otro lado, la actividad financiera de las sociedades de crédito se dirigió principalmente hacia los ferrocarriles. Y no solo porque ello estuviera previsto, que, como ya hemos visto, lo estaba, sino también porque el espíritu especulativo de buena parte de los hombres de negocios de la época (españoles y extranjeros, no olvidemos la fuerte presencia de capitales franceses) en-

⁷⁸ La regulación bancaria moderna exige *la exclusividad en el objeto de los bancos*, a los que solo se les permite dedicarse a la actividad bancaria: *ad. ex.* artículo 4, c) del Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito: los bancos deben «[l]imitar estatutariamente el objeto social a las actividades propias de una entidad de crédito».

⁷⁹ Para la implicación de la clase política en los ferrocarriles y la nueva banca, vista en aquel tiempo como algo normal, véase GARCÍA GARCÍA, C.: «Intereses públicos...», *cit.*, pp. 60 y ss.

⁸⁰ Según el completo cuadro de TORTELLA, G.: *Los orígenes... cit.*, pp. 108 y s. Véase asimismo SÁNCHEZ-ALBORNOZ, N.: «Los bancos...», *cit.*, pp. 39 y ss.

En Valladolid, ciudad de poco más de 40.000 habitantes, al calor del auge económico del sector cerealístico consecuencia de la Guerra de Crimea, se crearon un banco de emisión y tres sociedades anónimas de crédito: VELASCO SAN PEDRO, L.A.: *El crédito... cit., passim.*

contró en este sector el teatro perfecto para sus maniobras, por sus características y, sobre todo, por esa falta de controles a la que acabo de aludir y los incentivos perversos de la legislación ferroviaria que favorecía, según también se indicó, la presencia de intermediarios puramente especulativos. Tortella desvela, después de haber estudiado en detalle los acontecimientos de aquella época, las maquinaciones que se seguían para aumentar astronómicamente los beneficios: [1.º] los promotores de las compañías de ferrocarriles se aseguraban el *contrato de construcción* de las líneas para ellos o para testaferros, que luego vendían con gran beneficio a la sociedad de crédito de la que ellos mismos eran socios; [2.º] la *obra era emprendida* por la sociedad de crédito con unos precios fijados muy por encima de los costes reales; [3.º] mientras se construía el ferrocarril se pregonaban sus virtudes y se pedecían inmensos dividendos para los accionistas, lo que al producir un *incremento en las cotizaciones*, les permitía vender sus acciones a precios muy por encima de lo que habían pagado⁸¹.

La *burbuja especulativa* que se fue creando como consecuencia de todo ello, se pudo mantener hasta la terminación de las principales líneas de ferrocarril que conformaban la red básica, algo que sucedería en torno a 1864. Pero una vez concluidas se apreció enseguida que los ingresos obtenidos por las compañías ferroviarias no alcanzaban para pagar ni siquiera los intereses de las obligaciones —que se habían emitido muy por encima de los capitales propios⁸²— y, mucho menos, intereses y dividendos a los accionistas⁸³. Tortella ha estudiado minuciosamente y con datos esta circunstancia, que atribuye principalmente a la escasez de la población española (solo de unos 16 millones de personas) y al todavía bajo nivel de desarrollo económico, por lo que no se pudo generar el tráfico de viajeros y mercancías necesario. Esto desinfló abruptamente la burbuja, generó pánico y se trasladó al sistema bancario que tan implicado estaba en el sector, redoblando las consecuencias de una crisis económica más general que también se fue gestando por aquellos años⁸⁴. Por lo que ahora importa, acabó con la mayoría de los bancos y de las sociedades anónimas de crédito constituidas en los años precedentes⁸⁵, frus-

⁸¹ TORTELLA, G.: *Los orígenes...*, *op. cit.*, pp. 78 y ss.

⁸² DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F.: «La modernización...», pp. 128 y s.

⁸³ En el caso del *Ferrocarril de Isabel II*, entre Alar del Rey y Santander, en cuya construcción estuvo implicado el *Crédito Castellano*, los ingresos anuales de la línea a 30 de septiembre de 1864, era de unos 10 millones de reales, insuficientes incluso para pagar los intereses de la deuda viva que eran del orden de 11 millones: VELASCO SAN PEDRO, L.A.: *El crédito...*, *cit.*, p. 104.

⁸⁴ TORTELLA, G.: *Los orígenes...*, *cit.*, pp. 183 y ss., citando además opiniones de contemporáneos en la misma dirección.

⁸⁵ Véanse SÁNCHEZ-ALBORNOZ, N.: «La crisis de 1866 en Madrid: la Caja de Depósitos, las sociedades de crédito y la bolsa», en *Moneda y Crédito*, n.º 100 (marzo de 1967), pp. 3 y ss.; ID.: «Los bancos...», *cit.*, pp. 39 y ss.; TORTELLA, G.: *Los orígenes...*, *op. cit.*, pp. 243 y ss. y COSTA, M.T.: *Financiación...*, *cit.*, pp. 89 y ss.

trando en el caso de estas últimas los bienintencionados, aunque insuficientemente articulados, intentos del *bienio progresista* de crear una *banca de negocios* en España, que ayudará al desarrollo económico del país.

La severa depresión que ello originó no solo terminó con lo que algún historiador ha llamado la época de una «sociedad opulenta»⁸⁶, sino con el mismo reinado de Isabel II depuesta en la revolución de 1868 y a la que siguió un periodo de gran inestabilidad política y social, que solo concluyó con la *Restauración* a finales de 1874 del hijo de Isabel, Alfonso XII.

Conviene no olvidar la lección de esta historia. La desregulación justificada solo en una precedente regulación excesiva, es peligrosa si no se calibran cuidadosamente las consecuencias que puede tener un abrupto desarme regulatorio. Experiencias recientes, que están en la base de la gran crisis mundial que se inició en 2007, ponen de relieve que esta lección está lejos de haber sido aprendida.

⁸⁶ CARR, R.: *España 1808 2008*, ed. revisada y actualizada por J. P. Fusi, Ariel, Barcelona 2009, pp. 237 y ss.

Un acercamiento a las cooperativas en el ámbito del transporte: una realidad compleja y desigual

Itziar Villafañez Pérez

Profesora adjunta (agregada acreditada) de Derecho Mercantil
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU). GEZKI¹

Sumario: I. Introducción. La complejidad de las cooperativas en el ámbito del transporte.—II. La tipología de las cooperativas en el sector del transporte. Un acercamiento teórico.—III. Acercamiento a la regulación de las cooperativas del sector del transporte en la legislación cooperativa y sectorial. III.1. Las cooperativas de transporte en la legislación cooperativa y en el transporte por carretera. III.2. Las cooperativas y el transporte marítimo. III.3. Las cooperativas y el transporte ferroviario. III.4. Las cooperativas y el transporte aéreo.—IV. Breves apuntes en torno a la incidencia de las nuevas tecnologías y la digitalización.—V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN. LA COMPLEJIDAD DE LAS COOPERATIVAS EN EL ÁMBITO DEL TRANSPORTE

El sector del transporte supone, sin duda, un ámbito particularmente interesante y complejo en relación con el cooperativismo, debido a las múltiples opciones que ofrece para éste, al menos en un plano teórico. Al mismo tiempo, es una cuestión que plantea varias dificultades desde una perspectiva jurídica, debido a diversos elementos que han de ser tenidos en consideración de forma conjunta.

¹ Trabajo realizado en el marco de los siguientes proyectos de investigación: «El transporte ante el desarrollo tecnológico y la globalización: nuevos desafíos jurídicos del sector marítimo y portuario», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional —MICINN/FEDER/UE— (Ref. PID2019-107204GB-C32/ AEI/ 10.13039/501100011033) y «Nuevas tecnologías, transformación de mercados y Derecho de la Competencia», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (Ref. RTI2018-094201-B-C21). La autora pertenece al grupo consolidado de investigación del sistema universitario vasco (Gobierno Vasco, modalidad A) «La ética empresarial en las diversas manifestaciones del Derecho Mercantil», IT 1146-16.

Por un lado, ha de tenerse en cuenta que el transporte puede llevarse a cabo mediante distintas modalidades (carretera, ferrocarril, aéreo, marítimo, sin olvidar el transporte multimodal, con sus problemáticas añadidas), que al mismo tiempo presentan unas realidades y dinámicas diferentes (atomiación o concentración de los operadores, infraestructuras necesarias para el desarrollo de la actividad, incidencia en relación con el interés público, etc.), que conllevan que el modelo cooperativo pueda resultar más o menos idóneo en cada una de ellas.

Junto con lo anterior, tampoco hay que perder de vista las distintas modalidades de cooperativas en cuanto a la posición de las personas socias respecto de la cooperativa en relación con la actividad cooperativa, pudiendo pensar en que aquéllas sean socias trabajadoras de una cooperativa que ofrezca servicios de transporte (esto es, una cooperativa transportista), usuarias de los servicios de transporte de la cooperativa transportista, o que se trate de transportistas usuarias de los servicios que ofrece la cooperativa para el desarrollo de su actividad del transporte².

Este escenario tan diverso viene acompañado asimismo de una legislación específica diferente para cada modalidad de transporte, tratándose además de un sector altamente regulado y controlado, debido entre otras cuestiones a los intereses generales y estratégicos sociales y estatales. Por el mismo motivo, existe una intervención pública muy importante en relación con el transporte, en especial en cuanto a las infraestructuras necesarias para llevar a cabo éste. La legislación sectorial, a su vez, debe ser aplicada conjuntamente con la legislación cooperativa, que contiene por lo general escuetas referencias a las cooperativas del sector transporte, y que en el caso del Estado español presenta cierta complejidad al ser una cuestión cuya competencia legislativa corresponde por lo general a las comunidades autónomas, existiendo en la actualidad 16 leyes autonómicas de cooperativas y una ley estatal³.

La globalización y la liberalización de la economía (incluyendo, de forma progresiva y desigual, la liberalización de la prestación de los servicios de transporte en sus distintas modalidades), especialmente en la Unión

² Incluimos así en este estudio las cooperativas que son transportistas o cuyas personas socias son transportistas. Aunque tengan relación con el sector del transporte no incluimos otras cooperativas en las que ni la cooperativa ni sus socios o socias son prestadoras del servicio de transporte (así, por ejemplo, una cooperativa de trabajo asociado que presta servicios a empresas transportistas, aunque entre sus clientes haya circunstancialmente cooperativas).

³ Todo ello sin tener en cuenta leyes sobre clases específicas o sobre aspectos específicos de las cooperativas, ni sus normas de desarrollo, que en su conjunto componen un cuerpo normativo específico para las sociedades cooperativas ciertamente abundante.

En la actualidad la Comunidad Autónoma de las Islas Canarias es la única que no cuenta con una ley de cooperativas propia.

Europea, tienen asimismo una incidencia directa en la realidad del transporte y su regulación. En este sentido, no se pueden perder de vista los cambios que aquellas suponen para las dinámicas del transporte y de sus operadores (de manera evidente por la introducción de nuevos competidores), así como las distintas normas de carácter supra- o internacional, como son las normas de diferente naturaleza de la Unión Europea, o los convenios internacionales aplicables (los cuales plantean igualmente otra serie de problemas, no sólo en relación con su contenido, sino, en ocasiones, por no haber obtenido las ratificaciones necesarias para su entrada en vigor).

Finalmente, hemos de hacer referencia a la incidencia que las nuevas tecnologías pueden tener en el transporte y en el cooperativismo. El desarrollo tecnológico en el ámbito empresarial está teniendo como consecuencia, entre otros aspectos, la modificación de las relaciones tanto internas como externas en estas entidades. Así, las nuevas tecnologías permiten vislumbrar y aplicar nuevas formas de organización y comunicación en el seno de las empresas, así como en cuanto a la producción y a la prestación de servicios. Lo anterior plantea numerosas oportunidades y retos para las empresas que operan en el sector del transporte, y particularmente desde la óptica de las cooperativas. Ello es especialmente notable en relación con la prestación de servicios de transporte y la aparición de plataformas en internet para su gestión, que a la vez que han generado nuevas posibilidades han suscitado distintos conflictos relacionados con la competencia desleal o la precarización del trabajo. En este contexto, han surgido nuevas cooperativas que pretenden hacer frente a tales problemas. Igualmente, cabe preguntarse qué incidencia puede tener el desarrollo tecnológico y digital en el funcionamiento y organización de las cooperativas del sector del transporte.

Todo lo anteriormente expuesto presenta un panorama difícil de abordar, de forma notoria en un trabajo de estas características, máxime teniendo en cuenta los distintos ámbitos del ordenamiento jurídico que tendrán incidencia en la cuestión⁴. Por ello, en las siguientes páginas humildemente nos propo-

⁴ Por ejemplo, las limitaciones que desde el punto de vista del Derecho de la competencia se podrían plantear a la constitución de cooperativas como entidades que agrupan y coordinan empresas (notablemente, en el caso de cooperativas de transportistas) o a sus normas internas, como puede ocurrir con la prohibición de competencia de las personas socias con la cooperativa. Sobre esta cuestión hacíamos un acercamiento en VILLAFÁÑEZ PÉREZ, I. (2017): «Derecho de la competencia y sociedades cooperativas: una aproximación desde el Derecho europeo y español», en (eds. Ferraz Teixeira, M. y Ferraz Teixeira, M.) *O pensamento feminino na construção do Direito Cooperativo*, Vincere, Brasília, 195-209. Ver asimismo FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, E. (2017-2018): «Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28.^a, n.º 102/2017 de 3 de marzo, sobre la expulsión de un socio de una cooperativa, por operaciones de competencia paralela, en el sector del taxi», *Cooperativismo e economía social*, 40, 337-343.

nemos dar algunas pinceladas de las interrelaciones entre el cooperativismo y el sector del transporte, tomando como referencia el marco legislativo español, y centrándonos principalmente en la posibilidad de que existan o no cooperativas (de distintas modalidades) en los distintos tipos de transporte. Finalmente hacemos una breve referencia la incidencia de las nuevas tecnologías en la cuestión.

II. LA TIPOLOGÍA DE LAS COOPERATIVAS EN EL SECTOR DEL TRANSPORTE. UN ACERCAMIENTO TEÓRICO

Como adelantábamos, uno de los aspectos que otorgan interés y complejidad al tema que se plantea es el amplio abanico de posibilidades que al menos en teoría se plantean desde la perspectiva del transporte y el cooperativismo.

La práctica demuestra la versatilidad de las cooperativas, que son un instrumento válido para encauzar actividades económicas muy diversas siguiendo los valores y principios propios del cooperativismo. No olvidemos la amplitud de la definición de cooperativa de acuerdo con la Alianza Cooperativa Internacional: «Una cooperativa es una asociación autónoma de personas unidas voluntariamente para satisfacer sus necesidades y aspiraciones comunes en materia económica, social y cultural mediante una empresa de propiedad conjunta y de gestión democrática»⁵.

En esta misma línea, de acuerdo con el art. 1 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (ley estatal, LCoop), «1. La cooperativa es una sociedad constituida 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 aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional, en los términos resultantes de la presente Ley. 2. Cualquier actividad económica lícita podrá ser organizada y desarrollada mediante una sociedad constituida al amparo de la presente Ley». Así, al menos mientras una norma especial no prohíba directa o indirectamente el desarrollo de una actividad a las cooperativas (por ejemplo, exigiendo una forma jurídica diferente para el desarrollo de tal actividad, o reservando aquélla a los poderes públicos), éstas podrán desarrollar cualquier actividad económica que sea lícita⁶. Traemos a colación

⁵ De acuerdo con la Declaración revisada sobre la Identidad Cooperativa, adoptada en 1995.

⁶ Se trata de una cuestión más o menos directamente reflejada en los distintos textos legales. Así, por ejemplo, en el Reglamento (CE) n° 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE): «La SCE tendrá por ob-

en este punto la previsión de la normativa vasca, cuando indica que las prohibiciones legales a las cooperativas para realizar alguna actividad deben basarse en la incompatibilidad con las exigencias y principios básicos del cooperativismo⁷.

Encontramos un reflejo de esta versatilidad en los catálogos de clases de cooperativas recogidos en la legislación cooperativa. Ciertamente, la técnica legislativa que por lo general encontramos en la legislación cooperativa española no es la más acertada, y parece que muchas veces buscaría más visibilizar los distintos ámbitos en los que pueden crearse cooperativas que otorgar efectos jurídicos a tal clasificación⁸, pudiendo generar en ocasiones incluso confusión. Así, se trata de clasificaciones que, por un lado, no son uniformes (varían dependiendo de la ley que se emplee), y que, por otro lado, suelen carecer de una sistematización clara, mezclando los criterios de la actividad cooperativa realizada por las personas socias (prestación del trabajo personal, usuarias o consumidoras, proveedoras), el objeto social o la actividad realizada por la cooperativa o el sector económico (p. ej. sanitarias, agrarias, de viviendas, de enseñanza, de crédito, etc.), u otras circunstancias como pueden ser las características personales de las personas socias (p.ej. personas afectadas por diversas discapacidades). Todo ello sin olvidar clases de cooperativas basadas en su ámbito geográfico (SCE), la estructura de capital (cooperativas mixtas), etc.

jeto principal la satisfacción de las necesidades y el fomento de las actividades económicas y sociales de sus socios, en particular mediante la conclusión de acuerdos con ellos para el suministro de bienes o servicios o la ejecución de obras en el desempeño de la actividad que ejerza o haga ejercer la SCE. La SCE podrá asimismo tener por objeto la satisfacción de las necesidades de sus socios mediante el fomento de su participación en actividades económicas, en el modo mencionado, en una o más SCE o sociedades cooperativas nacionales. La SCE podrá llevar a cabo sus actividades a través de una filial» (art. 1.3).

Nos parece destacable en este sentido la definición de cooperativa recogida en los Principios del Derecho Cooperativo Europeo según SGECOL (PECOL): «Las cooperativas son personas jurídicas de derecho privado que llevan a cabo cualquier actividad económica, sin fin lucrativo, y principalmente en interés de sus miembros, como consumidores, proveedores o trabajadores de la empresa cooperativa» (Capítulo I, Sección 1.1 (1)). La versión original de los PECOL y su traducción al castellano pueden consultarse en FAJARDO GARCÍA, G., FICI, A., HENRY, H., HIEZ, D., MEIRA, D., MÜNKNER, H.-H. y SNAITH, I. (2017): «Los Principios del Derecho Cooperativo Europeo según SGECOL», CIRIEC-España, *Revista jurídica de economía social y cooperativa*, 30, 313-351.

⁷ Art. 1.3 de la Ley 11/2019, de 20 de diciembre, de Cooperativas de Euskadi: «Las cooperativas pueden realizar cualquier actividad económica o social, salvo expresa prohibición legal basada en la incompatibilidad con las exigencias y principios básicos del cooperativismo».

⁸ Aunque estas clasificaciones podrían servir como base para el asociacionismo cooperativo, así como cumplir funciones estadísticas.

A efectos de este trabajo, nos parece oportuno seguir una clasificación que toma como base la actividad cooperativa que las personas socias realizan con la cooperativa, siempre teniendo en cuenta que se realice una actividad de transporte por parte de las personas socias y/o por parte de la cooperativa⁹. Así, en el ámbito del transporte encontramos las siguientes modalidades de cooperativas:

- Cooperativas de transporte de trabajo asociado: las personas socias prestan su trabajo personal en la cooperativa, que a su vez presta servicios de transporte. Esto es, la cooperativa es una transportista.
- Cooperativa de usuarios o usuarias de transporte: las personas socias son usuarias de los servicios de transporte prestados por la cooperativa, que, como en el caso anterior, es una transportista. También podemos pensar en cooperativas cuyos socios y socias usan servicios de transporte, pero no directamente prestados por la cooperativa, sino que ésta gestionaría su contratación, si bien en este último caso no estaríamos propiamente hablando de las cooperativas de transporte.
- Cooperativa de proveedores o proveedoras de transporte, o cooperativa de transportistas: las personas socias son prestadoras del servicio de transporte, es decir, las transportistas, y usuarias de los servicios de la cooperativa, que pueden tener naturaleza diversa (búsqueda y organización de cargas, suministro de carburante, servicios de taller, etc.).

Esta clasificación ha de combinarse con la relativa a las distintas modalidades del transporte en cuanto al medio de transporte de que se trate (siendo las principales el transporte terrestre por carretera, transporte por ferrocarril, transporte aéreo y el transporte marítimo), así como en cuanto al objeto del transporte (mercancías, personas o mixto).

Como venimos señalando, desde la óptica del sector del transporte y sus diferentes modalidades, la realidad del cooperativismo es muy diferente, debido fundamentalmente a aspectos como la estructura propia del sector y las dinámicas empresariales en cada modalidad del transporte, la incidencia de la liberalización en él, el interés público del sector y de las infraestructuras necesarias para su desarrollo (unido a los condicionantes propios de cada modalidad de transporte, en relación con las infraestructuras necesarias para llevarlo a cabo), o la participación de las administraciones públicas en él o en la prestación de servicios necesarios o accesorios para ello.

⁹ Como hemos explicado anteriormente, no incluimos otras cooperativas que puedan tener relación con el sector del transporte, pero en las que no haya una actividad de transporte por su parte o por parte de quienes las integran.

A grandes rasgos, podemos afirmar que el cooperativismo es un modelo implantado principalmente en el sector del transporte por carretera, en especial el transporte de mercancías, aunque también de personas. El desarrollo doctrinal y legislativo es reflejo de ello, dado que es el transporte del que principalmente se han ocupado desde el punto de vista del cooperativismo (lo que, por otro lado, puede retroalimentar que sea el ámbito en el que el cooperativismo de transporte está más desarrollado).

La doctrina se ha ocupado de estudiar especialmente las cooperativas en el transporte de mercancías por carretera y los motivos de su éxito, pudiendo subrayar algunos elementos que explican la idoneidad del modelo cooperativo en el transporte de mercancías por carretera: la liberalización del mercado europeo, el elevado nivel de atomización empresarial y la dependencia de agencias, la dificultad de gestionar aspectos como la búsqueda de cargas mientras se desarrolla el transporte y la oportunidad de gestionar de forma conjunta los viajes (evitando así, p.ej., los retornos en vacío), el desequilibrio entre la oferta y la demanda, las ventajas de contratar servicios en común (aumento del poder de negociación), a lo que se uniría la baja formación que en general tendrían los trabajadores del sector, de forma destacable en cuanto a la dirección y gestión de empresa¹⁰.

En el caso del transporte de personas por carretera, no es inhabitual la existencia de empresas de servicios de transporte de autobús con forma de cooperativas de trabajo asociado¹¹. También en cuanto al transporte de personas en automóvil las cooperativas tienen cierta presencia, sobre todo en relación con los taxis, por lo general como cooperativas de proveedores del transporte (gestionando servicios de centralita única —radio-taxi—, u otros variados)¹².

Finalmente, no podemos dejar de mencionar algunas experiencias como el transporte relacionado con el sector sanitario, sujeto a la normativa específica del transporte sanitario. Así, p.ej., cooperativas de servicios de ambulancia, al que se le suelen unir otros transportes como el de transporte adaptado (en general como cooperativa de trabajo asociado)¹³.

¹⁰ Ver especialmente GARCÍA VILLALOBOS, J. C. (2000): *Las sociedades cooperativas en el transporte de mercancías por carretera en España*, Consejo Económico y Social, Madrid, e ÍDEM (2001): «Las sociedades cooperativas de transportistas en España», *REVESCO*, 72, 49-68.

¹¹ Mencionamos, por ejemplo, la cooperativa de trabajo asociado TUS (Transports Urbans de Sabadell).

¹² Los ejemplos de cooperativas de taxistas son muy numerosos, siendo habitual la existencia de una o varias en las distintas poblaciones.

¹³ Así, por ejemplo, la cooperativa Ambulancias ALCES (que posteriormente habría entrado también en el sector del transporte funerario), cuya experiencia se expone brevemente en MECO, J. C. (1996): «Las sociedades cooperativas de transporte sanitario en ambulancias: un caso», *REVESCO*, 60, 151-153. En este trabajo se hace asimismo breve mención al condicio-

En cuanto al resto de modalidades de transporte, el desarrollo del cooperativismo parece mucho menor o inexistente, tanto en cuanto a la actividad económica como a la doctrina. Todo ello puede ser debido a distintos motivos, como el condicionamiento en cuanto a las infraestructuras necesarias para el desarrollo de la actividad (aeropuertos, puertos, vías de ferrocarril, etc.), su sujeción a los intereses públicos, los requerimientos financieros, el distinto grado de liberalización del sector y su incidencia en cuanto al número de operadores, etc. No obstante, no por ello dejamos de encontrar ejemplos interesantes, ni dejan de ser una opción a tomar en consideración.

En las próximas páginas hacemos un pequeño repaso de la cuestión, centrándonos en las posibilidades que ofrece el ordenamiento jurídico.

III. ACERCAMIENTO A LA REGULACIÓN DE LAS COOPERATIVAS DEL SECTOR DEL TRANSPORTE EN LA LEGISLACIÓN COOPERATIVA Y SECTORIAL

III.1. Las cooperativas de transporte en la legislación cooperativa y en el transporte por carretera

La legislación española refleja la existencia de cooperativas en el sector del transporte tanto en la legislación cooperativa como en la sectorial. La que más directamente la aborda es la legislación cooperativa, si bien hay que hacer notar que las distintas leyes de cooperativas no son uniformes en este punto.

Si tomamos como referencia la Ley estatal, el art. 100 LCoop se refiere expresamente a las cooperativas de transportistas, siendo su objeto «la prestación de servicios y suministros y la realización de operaciones, encaminadas al mejoramiento económico y técnico de las explotaciones de sus socios», que tendrían la consideración de transportistas. También se hace referencia a la posibilidad de realizar asimismo las actividades expresamente facultadas por la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los

namiento que supone la forma de contratar este servicio por parte de las Administraciones Públicas. En el País Vasco, por ejemplo, el grupo Larrialdiak.

También en el sector sanitario traemos a colación COFARES, Sociedad cooperativa farmacéutica, cuya actividad principal, sin ser propiamente transportista, es la de distribución de medicamentos y productos sanitarios a las farmacias (siendo los y las farmacéuticas sus personas socias). **Téngase en cuenta que, si bien las leyes de cooperativas no recogen expresamente las cooperativas farmacéuticas, el ordenamiento jurídico sí se ha referido a ellas para regular su actividad, como sucede con las Órdenes de 26 de abril de 1947 y de 22 de julio de 1950 (nótese que se trata de normativa vigente).**

Transportes Terrestres (LOTT)^{14, 15}. Se trataría, por lo tanto, de una cooperativa en la que se prestan servicios variados a las transportistas (socias), que son quienes realizan el transporte.

El precepto no se circunscribe a una clase concreta de transporte, por lo que se puede interpretar que las cooperativas de transportistas son posibles en cualquier tipo de transporte. La referencia explícita a la normativa sobre transporte terrestre no debe entenderse como excluyente de otras formas de transporte, en la medida en que el tenor legal de la norma lo prevé como una posibilidad más («también»). No obstante, tal y como adelantábamos, esta conclusión no puede hacernos perder de vista que las cooperativas de transportistas operan básicamente en el ámbito del transporte por carretera. De

¹⁴ Art. 22.2.III LOTT: (...) las cooperativas de transportistas y sociedades de comercialización podrán intermediar, en todo caso, en la contratación de transportes discretos de viajeros que vayan a ser prestados por aquellos de sus socios que sean titulares de autorización de transporte de viajeros.

Art. 119.1 LOTT: «Quienes pretendan intermediar en la contratación de transportes de mercancías por carretera, ya sea en concepto de agencia de transporte, transitario, almacenista-distribuidor, operador logístico o cualquier otro, deberán obtener una autorización de operador de transporte.

No obstante, no estarán obligados a obtener dicha autorización para intermediar en la contratación de transporte de mercancías: (...) c) Las cooperativas de transportistas y sociedades de comercialización, en tanto que su intermediación se limite a la comercialización de los transportes prestados por aquellos de sus socios que sean titulares de autorización de transporte de mercancías».

También en el art. 159.1.c ROTT (Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres): «(...), en tanto que su intermediación se limite a la comercialización de los transportes prestados por aquellos de sus socios que sean titulares de autorización de transporte de mercancías».

¹⁵ El art. 100 LCoop autoriza asimismo el desarrollo de operaciones con terceras personas no socias si una norma específica así lo autoriza. Su ámbito será fijado estatutariamente. El art. 26.4 LCoop permite además el voto plural ponderado en estas cooperativas en proporción al volumen de actividad cooperativa, con limitaciones.

En términos similares, otras leyes de cooperativas (también en algún caso reconociendo la posibilidad de voto plural o ponderado, y por lo general también refiriéndose a la normativa del transporte terrestre): art. 115 de la Ley de Cooperativas de la Comunidad de Castilla y León (Ley 4/2002, de 11 de abril), arts. 174-175 de la Ley de Cooperativas de Asturias (Ley 4/2010, de 29 de junio), art. 124 de la Ley de Cooperativas de La Rioja (Ley 4/2001, de 2 de julio), art. 123 de la Ley de Cooperativas de Murcia (Ley 8/2006, de 16 de noviembre), o art. 130 de la Ley de Cooperativas de las Illes Balears (Ley 1/2003, de 20 de marzo).

Por lo general, en las leyes de cooperativas autonómicas encontramos alguna referencia a las cooperativas de transportistas, con esta denominación u otra distinta: arts. 110 y 120 de la Ley de Cooperativas de Madrid (Ley 4/1999, de 30 de marzo), art. 129.4 de la Ley de Cooperativas de Cataluña (Ley 12/2015, de 9 de julio), art. 122 de la Ley de Cooperativas de Cantabria (Ley 6/2013, de 6 de noviembre), art. 74 de la Ley de Cooperativas de Navarra (Ley Foral 14/2016, de 11 de diciembre), art. 144 de la Ley de Cooperativas de Extremadura (Ley 9/2018, de 30 de octubre), además de las leyes que en este epígrafe se señalan más adelante (la ley vasca, la valenciana, la castellano-manchega, la gallega, la andaluza y la aragonesa, que también hacen referencia más o menos directa a las cooperativas de transporte de trabajo asociado).

hecho, como evidenciamos en este trabajo, dentro de la regulación sectorial, la normativa sobre transporte por carretera es la única que se refiere expresamente a las cooperativas.

Por otro lado, aunque por lo general no se regule expresamente, la legislación cooperativa también ampara la posibilidad de que existan otros tipos de cooperativas en el ámbito del transporte. Así, en cuanto a las cooperativas de transporte de trabajo asociado, a pesar de que en algunos casos éstas no se regulen de forma expresa, hay que entender que tienen cabida bajo la figura general de la cooperativa de trabajo asociado¹⁶. Algunas leyes de cooperativas, por su parte, sí las recogen y regulan con mayor o menor extensión de forma expresa. Así, por ejemplo, en la legislación valenciana¹⁷, en el art. 97, sobre «cooperativas de transportes» (que serían aquellas cooperativas que «tendrán por objeto organizar o prestar servicios de transporte o bien realizar actividades que hagan posible dicho objeto»), se indica que éstas podrán adoptar tres formas diferentes: a) «cooperativa de trabajo asociado o de transportes propiamente dicha», esto es, la «que agrupa a transportistas, conductores o conductoras u otro personal, con el fin de llevar a cabo el objeto social»¹⁸; b) «coope-

¹⁶ En la legislación estatal, en los arts. 80 y ss. LCoop.

¹⁷ Decreto Legislativo 2/2015, de 15 de mayo, del Consell, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunitat Valenciana.

En términos similares a la legislación valenciana, el art. 129 de la Ley de Cooperativas de Castilla-La Mancha (Ley 11/2010, de 4 de noviembre).

Otras leyes de cooperativas que regulan expresamente las cooperativas de transporte de trabajo asociado, además de las cooperativas de transportistas: art. 116 de la Ley de Cooperativas de Galicia (Ley 5/1998, de 18 de diciembre); art. 95 de la Ley de Cooperativas de Andalucía (Ley 14/2011, de 23 de diciembre; las cooperativas de transportistas se regulan entre las cooperativas de servicios en el art. 101.2); art. 75 de la Ley de Cooperativas de Aragón (Decreto Legislativo 2/2014, de 29 de agosto, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de Aragón; las cooperativas de transportistas en el art. 79); art. 129 de la Ley de Cooperativas de Euskadi (Ley 11/2019, de 20 de diciembre).

¹⁸ Se añade que «Los estatutos sociales podrán establecer que todas o parte de las aportaciones, tanto obligatorias como voluntarias, deban consistir en uno o más vehículos de las características que fije la cooperativa. Su tratamiento será el establecido por esta ley para las aportaciones no dinerarias. En caso de baja de la persona socia, el reembolso de las aportaciones en vehículos se hará mediante la devolución del vehículo y el fondo de amortización a él aplicado. Asimismo, los estatutos podrán establecer que los gastos específicos a los que se refiere el artículo 67.3, se imputen a cada vehículo que los haya generado, así como los ingresos, generando de esta forma una unidad de explotación en cada vehículo, susceptible de ser adscrito al socio o socia que haya aportado el mismo.

Estas cooperativas deberán permitir la entrada de nuevos socios y socias cuando durante más de dos años consecutivos hayan venido proporcionando, de forma continuada, servicios a otras personas transportistas no socias».

La regulación específica de estas cooperativas varía en las distintas leyes. Así, en la ley vasca se indica que «a estas cooperativas les será de aplicación la regulación de las cooperativas de trabajo asociado cuyas personas socias trabajadoras no serán titulares de empresas de transporte ni podrán facturar por la prestación de su trabajo. En caso de baja de estas personas socias, el reembolso de sus aportaciones será en metálico».

rativa de servicios o de transportistas», con el «objeto facilitar la actividad empresarial realizando labores tales como organizar transporte, administración y talleres»¹⁹; y c) «cooperativa de transporte mixta», modalidad de cooperativa «que podrá incluir personas socias exclusivamente de servicio y otras que, no disponiendo de título de transportista, puedan ejercer la actividad con vehículos propios de la cooperativa o aportados por la persona socia».

Atendiendo a la legislación sectorial, tras la modificación introducida en la LOTT por la Ley 9/2013, de 4 de julio²⁰, se han eliminado de aquélla y de su normativa de desarrollo las referencias expresas a las cooperativas de transporte de trabajo asociado, que con anterioridad quedaban reguladas con cierto grado de detalle. Podría interpretarse que lo anterior implica la supresión de la cobertura legal de estas entidades, que, por lo tanto, no podrían existir, al tratarse de un sector con un elevado nivel de regulación de Derecho público y administrativo. No obstante, entendemos que las cooperativas de trabajo asociado podrán operar asimismo como transportistas, siempre que cumplan con los requisitos exigidos a las empresas que operan en el sector. Tras la modificación de la LOTT desaparecería además la prohibición de existencia de cooperativas mixtas o integrales en el transporte terrestre, que incluyera socios transportistas y socios trabajadores²¹.

La distinción entre cooperativas de transportistas y cooperativas de transporte de trabajo asociado no es meramente doctrinal, teniendo importantes implicaciones desde el punto de vista jurídico. Ha de tenerse en cuenta que la consideración legal de transportista tiene consecuencias jurídicas tales como la necesidad de la habilitación y autorización oportuna para ello, la posibili-

¹⁹ La ley valenciana también reconoce las cooperativas de transportistas en el art. 95.2, al referirse a las cooperativas de servicios empresariales o profesionales.

²⁰ Esta Ley habría suprimido los preceptos dedicados expresamente a la regulación de las distintas clases de cooperativas en el transporte en la LOTT, el ROTT y la Orden de 23 de julio de 1997, de desarrollo del ROTT en materia de cooperativas de transportistas y sociedades de comercialización. MUNDO GUINOT, M. E. (2014): «Principales novedades en las cooperativas de transporte de mercancías por carretera tras la reforma de la normativa de ordenación de los transportes terrestres», *Revista de Derecho del Transporte*, 13, 95.

²¹ Sobre estas modificaciones legales y sus implicaciones, ver MUNDO GUINOT, M. E. (2014): «Principales novedades (...)», *cit.*, *passim*. En el citado trabajo encontramos un breve repaso de los principales aspectos de la regulación de las cooperativas de transporte de mercancías por carretera.

Más extensamente sobre estas cooperativas y las problemáticas que mencionamos en este apartado, la monografía de la misma autora que sin duda es referencia necesaria en la materia: MUNDO GUINOT, M. E. (2013): *Las sociedades cooperativas de transporte: régimen jurídico y aspectos controvertidos*, Marcial Pons, Madrid. Ver asimismo, aunque tomando como referencia la legislación vigente en el momento de su publicación: VILLAFANEZ PÉREZ, I. (2010): «Problemas actuales del régimen jurídico de las cooperativas en el ámbito del transporte por carretera. Una revisión actualizada», *Revista de Derecho del Transporte*, 5, *passim*.

dad de realizar contratos de transporte, la asunción de la responsabilidad derivada de éstos, etc. A lo anterior hemos de añadir que puede entenderse que la naturaleza jurídica de la relación mutualista entre la cooperativa y las personas socias es básicamente societaria (no propiamente contractual)²², con una especial trascendencia en cuanto a las cooperativas de trabajo asociado, en la medida en que las personas socias trabajadoras no quedan sujetas a la cooperativa por una relación laboral, a pesar de que la regulación propia de la actividad cooperativa en estas entidades tenga inspiración en aquélla²³. Si atendemos a las distintas clases de transporte, en el caso del transporte por mercancías por carretera la propia legislación sectorial se encarga de subrayar el carácter societario de la relación mutualista²⁴.

Todo lo anterior está relacionado con el fenómeno de las denominadas falsas cooperativas o cooperativas o empresas «pantalla», que encuentran en el sector del transporte un terreno idóneo para su proliferación. Nos estamos refiriendo al uso fraudulento de las cooperativas en el ámbito del transporte, particularmente mediante la constitución de cooperativas de transporte de trabajo asociado con la finalidad de evitar bien la aplicación de la legislación que rige las relaciones de trabajo propiamente dichas²⁵, bien la normativa

²² Sobre esto, v. VARGAS VASSEROT, C. (2006): *La actividad cooperativizada y las relaciones de la cooperativa con sus socios y con terceros*, Aranzadi, Cizur Menor. Por nuestra parte, si bien en este momento no profundizamos en los motivos que nos llevan a tal conclusión, nos inclinamos por considerar que la relación mutualista tiene naturaleza societaria.

²³ En el caso de las cooperativas de trabajo asociado la legislación cooperativa expresamente indica que la relación de las personas socias trabajadoras con la cooperativa es societaria (art. 80.1 LCoop; en la legislación autonómica, p.ej. art. 103.1 de la Ley 11/2019, de 20 de diciembre, de Euskadi).

²⁴ Art. 5.3 de la Ley del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías (Ley 15/2009, de 11 de noviembre; LCTTM): «La relación de las cooperativas de transportistas y sociedades de comercialización de transporte con el socio transportista que efectivamente realice el transporte se regirá por lo que al respecto se encuentre determinado en los estatutos de cada cooperativa o sociedad, sin que lo dispuesto en dichos estatutos pueda implicar, en ningún caso, la inaplicación de lo dispuesto en la presente ley en los contratos celebrados por la cooperativa o sociedad de que se trate con terceros.

Los socios de las cooperativas de trabajo asociado dedicadas al transporte sólo podrán contratar transportes en nombre de la cooperativa a la que pertenecen, quedando ésta obligada como porteador frente al cargador con quien contraten aquéllos».

²⁵ Ver, por ejemplo, la STS (Sala de lo Social) 2263/2018, de 18 de mayo. Sobre esta sentencia y, en general, la problemática de las falsas cooperativas de trabajo asociado con la finalidad de evitar la aplicación del Derecho del trabajo: GARCÍA JIMÉNEZ, M. (2018): «Falsas cooperativas, usos abusivos y derechos de los trabajadores. Análisis jurisprudencial y propuestas de actuación», *CIRIEC España. Revista jurídica de economía social y cooperativa* (ejemplar dedicado a: La contribución del Derecho a la innovación social y al empleo en la Economía Social) 33, 185-222. También se refiere brevemente a ésta resolución en TODOLÍ SIGNES, A. (2018): «La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de falsas cooperativas», en *La promoción del emprendimiento y la inserción social desde la economía social* (coord. FAJARDO GARCÍA, G.), CIRIEC-España, Valencia, 87-90.

propia a la que quedarían sujetas las personas socias en caso de tener la calificación jurídica de transportistas (en lo que afecta a las autorizaciones necesarias, facturación, responsabilidad, etc.)²⁶.

Finalmente hemos de referirnos a las cooperativas transportistas en las cuales las personas socias son usuarias de los servicios de transporte. Esta posibilidad apenas está prevista en la legislación cooperativa de forma expresa, salvo en algún caso, como sucede de forma muy parcial con las cooperativas agrarias²⁷. Parece que esta opción encajaría entre las cooperativas de servicios, en la medida en que pueden tener como objeto, entre otros, la prestación de suministros y servicios (entre los que entendemos que puede incluirse el transporte) para sus socios y socias, que serían personas físicas o jurídicas titulares de explotaciones industriales o de servicios y a profesionales o artistas que ejerzan su actividad por cuenta propia (art. 98 LCoop). Asimismo, las cooperativas de consumidores y usuarios también podrían tener como objeto la prestación de servicios de transporte a sus personas socias (que pueden ser personas físicas y las entidades u organizaciones que tengan el carácter de destinatarios finales) mediante terceros o directamente (art. 88 LCoop)²⁸. En cualquier caso, ha de reconocerse que, aunque en teoría se trata de una opción posible, su aplicación práctica no se antoja siempre fácil si tomamos en cuenta los requisitos con los que la cooperativa deberá cumplir para tener la condición de transportista y poder llevar a cabo la actividad de transporte. Todo ello sin perjuicio de poder ser considerado un transporte privado, posibilidad legalmente limitada y para la que también será necesaria la correspondiente autorización²⁹. Por ello, podemos pensar que será más habitual que la cooperativa gestione servicios de transporte para sus personas socias a que los realice. Ahora bien, en relación con todo lo anterior, debemos dejar apuntado que en atención a la actividad que desarrolle la cooperativa podríamos encontrarnos ante una empresa de mediación del transporte, como podría ser una agencia de transporte, supuesto en el que se debería contar con la correspondiente autorización, quedando sujeta en principio a su régimen jurídico³⁰, si bien no son pocas las dudas que se nos pueden plantear en este sentido, muy especialmente, como venimos señalando, si partimos de

²⁶ Entre otras, STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) de 5 de febrero de 2008.

²⁷ En relación con éstas, el art. 93 LCoop indica que entre otras actividades pueden realizar el transporte «de los productos procedentes de las explotaciones de la cooperativa, de sus socios, así como los adquiridos a terceros, en su estado natural o previamente transformados», si bien ello no implicará necesariamente que la cooperativa sea transportista.

²⁸ También podríamos pensar en las cooperativas de enseñanza, prestando servicios de transporte como actividad conexas a los servicios de enseñanza cuando asocien a los padres de los alumnos, a sus representantes legales o a los propios alumnos, a las cuales les son de aplicación las normas para las cooperativas de consumidores y usuarios (art. 103 LCoop).

²⁹ Arts. 100 a 106 LOTT y 156 a 158 ROTT.

³⁰ Arts. 119 a 123 LOTT y 159 a 161 ROTT.

la naturaleza societaria de la relación mutualista entre las personas socias y la cooperativa.

III.2. Las cooperativas y el transporte marítimo

Por lo que respecta al transporte marítimo, si acudimos a la legislación cooperativa, ésta reconoce las que denomina «cooperativas del mar» (art. 99 LCoop), de las que podría pensarse que constituyen la modalidad de referencia para las cooperativas que operen en el sector del transporte por mar. No obstante, de la lectura del contenido de dicho precepto se deduce rápidamente que en realidad se trata de cooperativas del sector pesquero, no de transporte. Así, no encontramos en la legislación cooperativa norma específica relativa a las cooperativas en el ámbito del transporte marítimo, debiendo tomar en consideración, en su caso, lo indicado en el apartado anterior.

Por lo que respecta a la legislación sectorial (Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima; LNM), tampoco encontramos en ella norma alguna que regule o prevea específicamente cooperativas en este ámbito, pero tampoco que, en principio, restrinja el acceso a aquél a las cooperativas, como armador y/o naviero³¹. En este sentido se podría aceptar la existencia de cooperativas de distinto tipo en relación con las actividades propias de estas entidades, cumpliendo con los requisitos legales generales para desarrollar éstas: así, podríamos pensar en cooperativas de trabajo asociado³², en cooperativas en la que las personas socias serían usuarias de los servicios de transporte marítimo, o en cooperativas de las que las navieras y/o armadoras socias obtuvieran distintos servicios para el desarrollo de su actividad.

Respecto de estas últimas, procede realizar algunos apuntes de interés jurídico, especialmente derivados de la naturaleza de la relación mutualista, así como de las particularidades de la prestación de servicios portuarios.

³¹ En este punto, entendemos que cuando el art. 146 LNM indica que «El armador que dedique el buque a la navegación con fines empresariales deberá inscribirse en el Registro Mercantil» no habría de entenderse que existe una prohibición para las cooperativas, a pesar de que éstas en principio se inscriban en el Registro de Cooperativas, al igual que ocurre en otros sectores

³² En la monografía DÍAZ DE LA ROSA, A. (2009): *El naviero cooperativo*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, encontramos un detallado análisis del régimen jurídico aplicable a un posible naviero con forma jurídica de cooperativa (en particular tratándose de una cooperativa de trabajo asociado, se ocupa también, entre otras cosas, del tema de la naturaleza jurídica de la actividad cooperativa, señalando que sería societaria). También hace referencia a una posible cooperativa de navieros (que serían sus socios), aunque no profundiza en ésta opción dado que en este caso la cooperativa no efectuaría propiamente el transporte.

Así, por un lado, la propia Ley 14/2014 regula algunos contratos auxiliares de la navegación (arts. 314 y ss. LNM), como el contrato de gestión naval, el contrato de consignación de buques, el contrato de practicaje, o el contrato de manipulación portuaria. Si, como se ha indicado en las páginas anteriores, consideramos que la relación mutualista tiene carácter societario, en principio ésta quedaría sujeta en primer lugar a la normativa societaria y subsidiariamente a la referida al contrato en cuestión. Parece oportuno subrayar lo anterior en la medida en que la Ley recoge el régimen jurídico aplicable a tales contratos (la Ley no habla de servicios auxiliares, sino de contratos auxiliares³³), siendo cuestionable su aplicación directa (sin perjuicio de una aplicación analógica o subsidiaria) a una cooperativa constituida para la prestación de tales servicios. Esta reflexión es aplicable a otros supuestos, como los contratos de utilización del buque (arts. 188 y ss. LNM), por ejemplo en cuanto a un posible contrato de fletamento (arts. 203 y ss. LNM), propiamente de transporte de mercancías por mar (en el caso de que ésta sea la actividad cooperativa).

Por otro lado, igualmente, hay que tener en cuenta las particularidades derivadas de las infraestructuras necesarias para el desarrollo de este transporte (fundamentalmente los puertos, además del buque) y su sujeción a intereses generales y estratégicos, lo que afecta directamente a la prestación de servicios en ellas. A pesar de ser un sector en proceso de liberalización, se trata de una cuestión altamente regulada, precisamente para garantizar la prestación de los servicios necesarios. Los arts. 104 y ss. del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, regulan la prestación de servicios en los puertos, y si bien se liberaliza y se promueve la competencia entre empresas, todo ello queda sujeto al control público, encontrándose entre las obligaciones de servicio público, de necesaria aceptación por todas las prestadoras de servicios en los términos en que se concreten en sus respectivos títulos habilitantes, entre otras, la cobertura universal, con obligación de atender a toda demanda razonable, en condiciones no discriminatorias, salvo las excepciones previstas en esta ley para los casos de terminales de pasajeros y mercancías de uso particular, así como el sometimiento a la potestad tarifaria de la Autoridad Portuaria, cuando proceda, en las condiciones establecidas en las prescripciones particulares por las que se rige el título habilitante (art. 110 RDL 2/2011). No hay que perder de vista el hecho de que la prestación de algunos servicios se ejerce por la propia Autoridad Portuaria, sea de forma directa o indirecta³⁴. Es notorio que este pa-

³³ Por ejemplo, el art. 317 LNM: «Las relaciones entre el armador y su gestor se regirán por lo establecido en el contrato de gestión y, en su defecto, por las normas reguladoras del contrato de agencia o de comisión mercantil, según se trate o no de una relación duradera».

³⁴ Así, en cuanto a los servicios de practicaje, RD 393/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Practicaje.

norma legislativo dificulta enormemente, si no impide, vislumbrar la constitución de cooperativas de navieras o armadores con la finalidad de obtener ciertos servicios de la cooperativa, en particular en relación con los servicios portuarios³⁵. No obstante, tampoco se pueden olvidar las posibilidades del desarrollo del cooperativismo en este ámbito en relación con las terminales de mercancías o pasajeros de uso particular, y la autoprestación de servicios en ellas³⁶.

III.3. Las cooperativas y el transporte ferroviario

Al contrario de lo que sucede en otros tipos de transporte, en el ámbito del sector ferroviario la normativa estatal (Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del Sector Ferroviario; LSF) reserva la posibilidad de la obtención de licencia ferroviaria a las empresas que, entre otros requisitos, tengan la forma jurídica de sociedad anónima (art. 50.1.a LSF), si bien, al mismo tiempo, se reconoce que «Las licencias de empresa ferroviaria otorgadas por los demás Estados de la Unión Europea producirán todos sus efectos en España» (art. 49.4 LSF), en un contexto de liberalización del transporte por ferrocarril. Lo anterior implica una evidente limitación para el empleo de la fórmula cooperativa para la realización del transporte por ferrocarril, que no queda en ningún caso justificada por una incompatibilidad de la actividad con las exigencias y particularidades propias del cooperativismo. El ordenamiento jurídico debe permitir la creación y funcionamiento de cooperativas que desarrollen esta actividad cuando cumplan con los requisitos de solvencia o técnicos exigidos al resto de sociedades para ello. Las dificultades que se puedan imaginar en relación con la existencia de cooperativas ferroviarias no parecen justificar que legalmente se impida esta posibilidad³⁷.

En todo caso, no se pueden obviar algunas realidades propias de este tipo de transporte, como el reducido número de operadores en él (en particular en el Estado español), dado que si bien se encuentra en proceso de liberali-

³⁵ Lo que no impedirá que tales servicios puedan ser prestados por ciertas clases de cooperativas (por ejemplo, cooperativas de trabajo asociado o cooperativas de transportistas —camiones— que realicen servicios de transporte de camiones en los puertos), supuestos en el que, como venimos diciendo, no estaríamos hablando propiamente de cooperativas en el ámbito del transporte marítimo, en los términos expuestos. Un ejemplo lo encontramos en la cooperativa TPS, Transportes del Puerto de Santurtzi.

³⁶ V. art. 133.1, 134, 135 y Anexo II, 17.^a RDL 2/2011, en caso de permitirse su uso por varias navieras.

En cuanto al practicaje privado v. art. 11 RD 393/1996.

³⁷ De hecho, podemos encontrar alguna iniciativa interesante en este ámbito, como Go-op, en Reino Unido:(<https://www.go-op.coop/>) o, recientemente, railcoop en Francia (<https://www.railcoop.fr/>)

zación en la Unión Europea, éste no está muy avanzado. En este sentido, se trata además de un transporte altamente condicionado por las infraestructuras necesarias para su realización. Igualmente, las infraestructuras ferroviarias (vías, estaciones, etc.), son por lo general de interés público (cuando no «estratégicas»), recayendo su gestión y la toma de decisiones en torno a ellas en las Administraciones Públicas³⁸.

Tal y como se señalaba para el transporte marítimo, podría plantearse la posibilidad de constituir cooperativas en relación con la prestación de servicios comunes a las empresas ferroviarias³⁹, en los que se reconoce la iniciativa privada. Así, por ejemplo, podría ser una opción en cuanto a las instalaciones de servicio (art. 42 LSF). No obstante, ha de tenerse en cuenta que la propia normativa trata de garantizar la independencia de las empresas que presten servicios de transporte ferroviario frente a las empresas que usen sus instalaciones cuando estén bajo su control directo o indirecto en los casos en que tenga una posición dominante en relación con la prestación de servicios de transporte ferroviario. Dicha independencia podría conseguirse mediante la organización de distintas divisiones dentro de una misma persona jurídica (art. 42.3 LSF). Además, deben facilitar, de modo no discriminatorio, el acceso a todas las empresas ferroviarias y demás candidatos a tales instalaciones y los servicios que se presten en ellas (art. 43 LSF).

Por su parte, el art. 45 LSF se refiere a la prestación de servicios en instalaciones de titularidad de los administradores generales de infraestructuras ferroviarias de Interés General. Se señala que la prestación de servicios complementarios y auxiliares en éstas se efectuará en régimen de derecho privado, siendo posible que las empresas ferroviarias puedan prestar para sí o en colaboración con otras empresas ferroviarias, directamente o mediante contratos con terceros, tales servicios auxiliares. La expresa referencia a la colaboración entre empresas ferroviarias en la prestación de tales servicios parece apoyar la idea de la posible constitución de cooperativas de aquéllas en este ámbito. La liberalización efectiva del sector y la consiguiente introducción de nuevos operadores en el mercado posiblemente serán las que en gran medida nos demuestren hasta qué punto se trata de una posibilidad teórica o real.

³⁸ Las líneas ferroviarias de titularidad privada están reconocidas por la Ley 38/2015, pero con un ámbito muy limitado (art. 40 LSF), y siempre condicionadas al interés público.

³⁹ Una cooperativa constituida por las propias empresas ferroviarias para obtener mediante aquélla servicios comunes de manera conjunta. Una vez más, dejamos a un lado una posible cooperativa de trabajo asociado, dado que ni ésta ni sus socios o socias se dedicarían al transporte.

III.4. Las cooperativas y el transporte aéreo

El transporte aéreo y su regulación están también altamente condicionados por sus implicaciones en cuanto al interés general y a las infraestructuras necesarias para llevar a cabo la actividad. No obstante, en este ámbito no encontramos restricción formal a que las compañías aéreas tengan forma cooperativa. Siendo una actividad en gran medida liberalizada en la Unión Europea (con contadas excepciones), el Reglamento (CE) N.º 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad, no impone la adopción de una forma jurídica concreta para la obtención de una licencia de explotación, por lo que una cooperativa que cumpliera con los requisitos de los arts. 4 y 5 (requisitos generales y condiciones financieras) podría obtenerla. La normativa estatal tampoco impone una forma jurídica concreta, refiriéndose a empresas individuales o colectivas (arts. 70 y ss. de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, LNA)⁴⁰.

De nuevo, las dificultades que se puedan imaginar para el cumplimiento de tales requisitos por una cooperativa, en especial los de carácter financiero⁴¹, no deben llevar a negar su posible existencia y la extensión

⁴⁰ Las referencias de estos artículos a las acciones, propias de las sociedades anónimas o sociedades en comandita por acciones, deben de entenderse aplicables sólo a los casos en que se haya optado por esta forma jurídica. Así se deduce por ejemplo del texto del art. 75 LNA («Si el capital de una empresa concesionaria estuviese representado por acciones, los títulos serán nominativos») o del art. 80. primera *in fine* LNA («Las sociedades anónimas emitirán nominativamente todos sus títulos»).

Algo más problemática puede ser la interpretación de la Orden Ministerial de 12 de marzo de 1998, por la que se establecen las normas para la concesión y el mantenimiento de licencias de explotación a las compañías aéreas, cuando señala que «Si la empresa que solicita una licencia es una sociedad, se aportarán las escrituras de constitución, y, en su caso, de las ampliaciones de capital, así como de sus Estatutos y el justificante de su inscripción en el Registro Mercantil» (art. 6.2.a), debido a que, como se señalaba, las cooperativas en principio se inscribirán el Registro de Cooperativas correspondiente, y a que, por otro lado, su capital es variable. Sin dejar de subrayar las críticas que a nuestro entender merece el legislador, que en su tarea parece olvidar habitualmente la existencia de entidades que no son sociedades de capital, con un régimen jurídico específico, consideramos que estas normas no pueden ser un impedimento para la constitución de cooperativas en el sector, debiendo interpretarse aquéllas de acuerdo con las especificidades de éstas. La misma observación procede en cuanto a la referencia al deber de informar de eventuales cambios de propiedad de las carteras de acciones de la compañía aérea, de su matriz o de su última sociedad de participación (art. 3), que debería entenderse aplicable a las cooperativas adecuándolo a su esquema financiero, patrimonial y organizativo (dado que, entre otras cuestiones, el derecho de voto en las cooperativas y el control de éstas no depende de la participación en el capital).

⁴¹ Aunque téngase en cuenta lo dispuesto en el art. 5.3 del Reglamento (CE) 1008/2008 para las empresas que soliciten una licencia de explotación para realizar operaciones con aeronaves cuya masa máxima al despegue sea inferior a 10 toneladas o que tengan menos de 20 asientos, en cuyo caso demostrando que su capital social neto es al menos de 100.000 euros se consideraría que cumplen con las condiciones financieras para la obtención de tal licencia.

del cooperativismo al transporte aéreo. De este modo, en el transporte aéreo cabrán tanto compañías aéreas que sean cooperativas de trabajo asociado como cooperativas de personas físicas o jurídicas usuarias de los servicios de transporte prestados por ella⁴², así como cooperativas cuyas personas socias sean compañías aéreas para la gestión conjunta de sus necesidades comunes (de nuevo, teniendo en cuenta las particularidades del sector, en especial en cuanto a las infraestructuras necesarias y estratégicas y su gestión)⁴³.

En todo caso, no podemos perder de vista el desarrollo que el modelo cooperativo puede tener en el ámbito del transporte aéreo en relación con vuelos de carácter privado, en aviones más pequeños (monomotor), o helicóptero⁴⁴.

IV. BREVES APUNTES EN TORNO A LA INCIDENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y LA DIGITALIZACIÓN

Como se señalaba, resulta pertinente hacer una breve referencia a la incidencia de las nuevas tecnologías en cuanto a las cooperativas y el transporte. No cabe duda de que aquéllas están conllevando (y conllevarán) importantes consecuencias en cuanto a las relaciones internas y externas de las empresas, lo que a su vez genera numerosos retos y oportunidades, así como dificultades y conflictos.

En este sentido, apuntamos el interés del análisis de cómo las nuevas tecnologías y la digitalización pueden afectar al funcionamiento de las cooperativas en general, y en aquellas que operan en el sector del transporte en particular, caracterizado por definición por la movilidad. Piénsese, por ejemplo, en las implicaciones que el voto telemático o la participación mediante videoconferencia o similar en los órganos sociales de la cooperativa puede tener en estas entidades, o en las posibilidades que se abren en cuanto al acceso a la información, la gestión de servicios, de cargas, etc. Sin detenernos en esta

⁴² Mencionamos en este punto como ejemplos la breve (y fallida) experiencia de Cooperativa Alas de Uruguay (CTA), creada por ex trabajadores de Pluna, con apoyo gubernamental (años 2016-2017), y Brascoota, cooperativa brasileña de transporte de cargas y pasajeros, creada en 2014 (<http://www.brascoota.com.br/>).

⁴³ De hecho, podemos encontrar los ejemplos de The Airline Cooperative, con el objetivo de compartir información no competitiva entre aerolíneas y mejorar la seguridad y eficiencia, o SITA (Société Internationale des Télécommunications Aéronautique, S.C., con registro en Bélgica; www.sita.aero), en el ámbito del desarrollo tecnológico y servicios de telecomunicación.

⁴⁴ Orden FOM/2189/2010, de 7 de julio, por la que se sustituye el anexo del Real Decreto 279/2007, de 23 de febrero, por el que se determinan los requisitos exigibles para la realización de las operaciones de transporte aéreo comercial por helicópteros civiles.

cuestión, apuntamos ahora que se trata de una materia recogida de forma diversa por la legislación cooperativa, a la que la pandemia de la covid-19 ha dado un interés renovado

Subrayamos en este momento la incidencia de la irrupción de plataformas de internet relacionadas con los servicios de transporte, que han supuesto una revolución en la forma de contratación, en gran parte debido a la facilidad y cercanía en cuanto al uso de las nuevas tecnologías (ubicuidad de internet y acceso generalizado a dispositivos móviles con acceso a él), a la inmediatez del servicio, o al hecho de que posibiliten poner a las personas en contacto a gran escala⁴⁵. La disposición de parte de la ciudadanía de pagar para quitarse pequeñas tareas tiene asimismo una relación directa con el desarrollo de los servicios de envío y paquetería, y su contratación mediante sistemas digitales. Aunque todo ello presenta un panorama de inmenso potencial y posibilidades para el desarrollo de la sociedad y el bienestar, lo cierto es que está siendo generador de importantes conflictos sociales, además de incertidumbres de tipo jurídico. Todo ello es notable desde el punto de vista del Derecho de la competencia (notorio en relación con los taxis; recordemos que el transporte es una actividad sujeta a autorización) y el Derecho del trabajo (son varias las sentencias que declaran que una relación de trabajo entre las personas que realizan el transporte y la empresa propietaria de la aplicación). En cualquier caso, se ha denunciado una precarización de la economía y de las condiciones de trabajo vinculada a estas cuestiones. Por otro lado, como venimos señalando en este trabajo, resulta importante aclarar ciertos aspectos, como quién ostenta la condición legal de transportista.

En este contexto, y sin perder de vista el potencial que el desarrollo tecnológico y digital puede tener para las cooperativas del transporte, en el sentido indicado (gestión, contratación, participación, búsqueda de clientes...), el propio cooperativismo está siendo señalado como una alternativa válida para afrontar estas problemáticas y, en especial, la precarización del trabajo. De este modo, la gestión y contratación de servicios de transporte mediante estas plataformas y otras tecnologías está comenzando a ser impulsada desde el modelo cooperativo, adaptando la idea de cooperativa a la economía de plataforma, cooperativizando la propiedad de las plataformas digitales, y aplicando a éstas los principios cooperativos⁴⁶. Si bien las experiencias surgidas en este marco en el Estado español son escasas⁴⁷, hay que reconocer el

⁴⁵ Facilitando así, por ejemplo, encontrar con quién compartir costes del transporte, en la idea originaria de la denominada economía colaborativa.

⁴⁶ Sobre el cooperativismo de plataforma en general, ALFONSO SÁNCHEZ, R. (2016): «Economía colaborativa: un nuevo mercado para la economía social», *XVI Congreso de Investigadores en Economía Social y Cooperativa*, CIRIEC-España.

⁴⁷ Por ejemplo, en el ámbito de servicios de reparto y ciclomensajería La Pájara, en Madrid, Mensakas, en Barcelona, o Eraman, en Vitoria-Gesteiz.

potencial de desarrollo que todo ello presenta, incluyendo las derivadas de la cooperación entre cooperativas en este ámbito, en especial para reducir costes tecnológicos⁴⁸.

V. CONCLUSIONES

El cooperativismo en el ámbito del transporte presenta una realidad compleja, desigual y, al mismo tiempo, rica, con numerosas posibilidades para su desarrollo. Todo ello queda condicionado por la estructura del sector y de cada tipo de transporte, incluyendo su grado de liberalización, las infraestructuras necesarias y las condiciones establecidas para llevar a cabo los servicios, y la consideración de públicos e incluso estratégicos que muchas veces tienen las anteriores y el propio transporte, sin olvidar la incidencia del propio marco legal.

En todo caso, debe ser subrayado que el cooperativismo, en sus distintas modalidades, tiene lugar en el ámbito de los diferentes tipos de transporte. Aunque a lo largo del mundo podemos encontrar experiencias de cooperativas más o menos grandes que así lo certifican, se trata en gran medida de una cuestión por explorar y desarrollar. Consideramos de gran interés la extensión del modelo cooperativo, con los principios y valores que lo identifican, a los distintos transportes. Las características del sector implican que, junto con el estudio de los sistemas nacionales, la perspectiva internacional debe ser enfatizada. De igual forma, se debe prestar especial atención a las implicaciones de la digitalización de la economía.

⁴⁸ En este punto cabe subrayar el trabajo de CoopCycle (<https://coopcycle.org/es/>), federación europea de cooperativas de entrega por bicicleta, mediante la cual, entre otras cosas, se ha desarrollado una plataforma común para la gestión de los pedidos.

La aplicación de los artículos 251 y 468 de la Ley de la Navegación Marítima: las cláusulas de sumisión a jurisdicción extranjera o arbitraje

Aitor Zurimendi Isla

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)¹

Sumario: I. Introducción: singularidad/ extravagancia de los artículos 251 y 468 LNM.—II. Origen y finalidad de los preceptos.—III. Interpretación y alcance de estas singulares normas. 1. Interpretación y alcance del artículo 468. 2. Interpretación y alcance del artículo 251. A. Errónea interpretación de la jurisprudencia del TJUE. B. Condición de tercero cartular. C. El documento debe ser un conocimiento de embarque. D. Reducción teleológica del artículo 251.

I. INTRODUCCIÓN: SINGULARIDAD/ EXTRAVAGANCIA DE LOS ARTÍCULOS 251 Y 468 LNM

1. Me resulta complicado cumplir el objetivo esencial de este trabajo, que es rendir de una forma justa un merecido homenaje al Profesor Eizaguirre. Efectivamente, resulta imposible poder agradecer e intentar devolver o corresponder por todo lo que un maestro enseña a su pupilo, y así resulta ser también en mi caso. Fue el Profesor Eizaguirre quien me propuso iniciar una carrera universitaria y el que apostó por mí en todo momento, en los más agradables y en los menos; quien me contagió su pasión por el mundo universitario y la investigación jurídica, así como quien me transmitió las bases metodológicas necesarias para el desempeño de la misma. Dado que soy consciente de lo afortunado que soy por poder trabajar en un ámbito intelectualmente estimulante y entretenido y que ofrece amplias posibilidades

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Nuevas tecnologías, transformación de mercados y Derecho de la Competencia», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (Ref. RTI2018-094201-B-C21). Asimismo, el autor forma parte un grupo de investigación consolidado del Gobierno Vasco y de BRIDGE Bilbao.

de realización personal, se comprenderá no solo la gratitud y respeto que le debo al Profesor Eizaguirre, sino el cariño y aprecio personal que tengo a su figura.

Para homenajearle, he optado por una temática que combina dos materias en las que él trabajó y destacó, la de los títulos-valores (en la que además estrechamos nuestros vínculos académicos mientras elaboraba mi tesis doctoral); y el derecho marítimo, ámbito en el que durante muchos años dirigió las prestigiosas Jornadas de Derecho Marítimo en Donostia-San Sebastián. La aprobación de los artículos 251 y 468 LNM han supuesto además una originalidad/ extravagancia de nuestro ordenamiento jurídico comparado con el de otros países y el quebrantamiento de algunos principios arraigados en nuestro derecho de tal envergadura, que se requiere para darles un alcance coherente y razonable recurrir a instrumentos de hermenéutica jurídica, en los que tanto me insistió el Profesor Eizaguirre en los inicios de mi aproximación a la investigación.

2. La validez de las cláusulas de sumisión a jurisdicción extranjera o a arbitraje incluidas en conocimientos de embarque fue discutida en los años 90 del siglo pasado. Pero dicho debate quedó zanjado cuando el TJUE las declaró válidas y oponibles tanto frente al cargador como frente a cualquier adquirente del título siempre y cuando estuvieran insertas en el conocimiento de embarque y el tercero hubiera adquirido éste sucediendo al cargador en sus derechos y obligaciones según la ley nacional aplicable (adquisición derivativa)². Considera esta jurisprudencia que es un uso habitual en el comercio la inclusión de este tipo de cláusulas en el documento de transporte, por lo que los actores en el mismo las esperan, conocen o deben conocer, y por tanto no resultan sorprendidas o imprevistas. De hecho, aparecen en algunos formularios tipo de conocimientos de embarque muy utilizados en el tráfico. Aunque tal doctrina es en principio únicamente vinculante para los casos en los que resulte de aplicación la normativa comunitaria sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, se extendió en nuestro país también a los casos en los que no resultaba de aplicación la normativa comunitaria³.

Pero esta uniformidad y seguridad ha sido quebrantada por la LNM a través de dos artículos diferentes. Por un lado, el art. 468 exige para la validez *inter partes* (entre cargador y porteador) de tales cláusulas requisitos formales diferentes a los que se exigen en el derecho comunitario y en el comparado. Y por otra, el art. 251 imposibilita en la práctica que tal cláusula pueda oponerse a terceros que adquieran un conocimiento de embarque

² STJCE 16-3-1999; STJUE 9-11-2000.

³ Véanse, por ejemplo, STS 6-2-2003; STS 29-9-2005.

que la incluya, incluso aunque sea válida *inter partes* por cumplir los requisitos del art. 468. El artículo 251 LNM establece que «*el adquirente del conocimiento de embarque adquirirá todos los derechos y acciones del transmitente sobre las mercancías, excepción hecha de los acuerdos en materia de jurisdicción y arbitraje, que requerirán el consentimiento del adquirente en los términos señalados en el capítulo I del Título IX*». Y el artículo 468, al que remite el anterior: «*sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea, serán nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera o arbitraje en el extranjero, contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente. En particular, la inserción de una cláusula de jurisdicción o arbitraje en el condicionado impreso de cualquiera de los contratos a los que se refiere el párrafo anterior no evidenciará, por sí sola, el cumplimiento de los requisitos exigidos en el mismo*».

Estos dos artículos constituyen dos normas que excepcionan dos principios generales. En concreto, para que la cláusula sea válida *inter partes*, el art. 468 quiebra el principio general sobre la forma que rige para la validez de los contenidos y las obligaciones contraídas en el conocimiento de embarque. Efectivamente, para la validez de las cláusulas que configuran el contenido de la obligación incorporada en el título y para la propia existencia de éste, se requiere forma escrita (que estén en incluidas en el conocimiento). Sin embargo, para la validez de la cláusula de jurisdicción y arbitraje, se requiere un *plus*, su negociación «*individual y separada*», al parecer porque considera el legislador que así se evitarán abusos.

Con respecto al último inciso del art. 251 LNM, la ruptura de los principios vigentes de los títulos-valores es de violenta intensidad. Jamás en ellos son inoponibles a terceros de buena fe circunstancias que realmente son válidas y existen *inter partes* y que además aparecen en el documento. El principio de inoponibilidad de excepciones se basa en que no podrá hacerse valer frente a terceros de buena fe circunstancias extradocumentales por muy ciertas que sean y por mucho que configuren el contenido del contrato y de la obligación porque no aparecen en el documento (supuesto de hecho aparential). Pero el supuesto inverso, la no oponibilidad a terceros de contenidos contractuales válidos que además están en el documento, es algo totalmente revolucionario y carente de lógica. El contenido del documento se entiende siempre oponible puesto que al adquirir el derecho con el documento, el tercero conoce esos términos de la obligación que no puede ignorar. Y si no le satisficiera, no lo adquiriría. Más que ante una originalidad o peculiaridad, estamos ante una mera «ocurrencia».

II. ORIGEN Y FINALIDAD DE LOS PRECEPTOS

1. Al parecer, el texto de tales preceptos fue propuesto por la Asociación Empresarial del Seguro (UNESPA) y por la Asociación de Derecho Marítimo, defendiendo los intereses de las aseguradoras españolas que debían ejercer la acción de reclamación de daños que correspondía en su origen a sus asegurados cargadores en un fuero no español. Su intención, incluso manifestada por escrito, era asegurar la jurisdicción española en estos litigios considerando que España debía proteger los intereses tanto de sus cargadores, como de sus aseguradoras; y de paso, el de los profesionales de la abogacía española. Se entendía que una medida así beneficiaría a todos estos colectivos y por tanto se iban a defender los intereses nacionales⁴, identificando éstos, erróneamente, con los intereses legítimos pero privados de esos colectivos. Estos planteamientos han sido tildados en ocasiones, con razón, de nacionalistas o anti-internacionalistas⁵.

Desgraciadamente, la presión al legislador dio sus frutos y ambos preceptos fueron incluidos en el articulado final de la ley, pero eso no quiere decir que deba otorgárseles la misma finalidad y el mismo alcance o interpretación que movieron a quienes instaron su redacción. La propuesta ha pasado por el Congreso y el Senado y la razón, sentido y alcance que dieron al precepto quienes votaron a favor de los artículos 251 y 468 de la LNM no era la de proteger a los colectivos antes mencionados, sino como la propia ley reconoce expresamente en su Exposición de Motivos, «*tratar de evitar los abusos detectados declarando la nulidad de las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera o arbitraje en el extranjero*», por lo que es inadmisibles contradecirla. Es más, la interpretación o razón de ser de tales preceptos que hacen quienes propusieron su redacción es técnicamente insostenible en un país como España, que preconiza el libre comercio, la economía de mercado y está integrado en el mercado único europeo. En definitiva, al determinar la *ratio* de los preceptos 251 y 468 LNM, no se puede ir más allá de lo que la ley manifiesta de forma expresa.

Por tanto, ateniéndonos exclusivamente a lo expresamente manifestado, la originalidad de los artículos 251 y 468 LNM pretenden evitar una utilización torticera de la libertad de elección de fuero que se concede a las partes, fijando alguno que en realidad poco tiene que ver con la realidad de la operación mercantil (lugar, trayecto, nacionalidad de las partes, ubicación de sus centros de negocio, de sus socios, etc.). Ahora bien, este tipo de riesgo existe en todos los casos en los que se concede libertad de elección de fuero,

⁴ SÁNCHEZ-HORNEROS, A.M., «La Ley 14/2014, de 24 de Julio, de navegación marítima: última llamada para la jurisdicción española en asuntos marítimos», *La Ley* 5681/2016.

⁵ ALCÁNTARA, J.M., «¿De nuevo, el «nacionalismo» marítimo español?», *Derecho de los Negocios*, 223 (2009), pp. 23 ss.

sin que en otros ámbitos existan disposiciones que condicionen su ejercicio a exigencias similares a las establecidas por los artículos 251 y 468 LNM, consistentes en una negociación individual y separada.

2. Es más, la existencia de estas cláusulas en el tráfico marítimo no puede inducir a una sospecha y menos a una presunción de abuso, puesto que existen razones tanto de equilibrio contractual como económicas que justifican que sea el porteador el que acabe estableciendo en la negociación, sea ésta de mayor o menor intensidad, la jurisdicción o arbitraje competente para resolver las reclamaciones. Efectivamente, es una aspiración legítima y económicamente razonable que el porteador/naviero pretenda centralizar todas las reclamaciones contra él en un mismo foro, evitando así una atomización que le obligue a defenderse de sus diferentes clientes en múltiples jurisdicciones. Ello incrementaría los costes considerablemente, por lo que en sus modelos o formularios de conocimiento de embarque inserta ya impresa una cláusula idéntica para todos ellos que conduzca al mismo fuero. Por otra parte, es algo que en principio tampoco resulta excesivamente gravoso aceptar al cargador, ni tampoco a los terceros. En primer lugar, porque se parte de la confianza de que el transporte se realizará correctamente y que por tanto no será necesaria reclamación alguna. El riesgo de tener que reclamar y de que el daño se materialice y sea necesaria la reclamación es controlable. Pero sobre todo, porque la multiplicidad de fueros en el porteador, incrementaría los costes de su actividad, que como el resto de costes, acabaría repercutiendo en el precio final del servicio, y por tanto en un aumento de portes que debería asumir indirectamente el cargador.

Dados los distintos intereses en juego, lo más razonable desde el punto de vista del equilibrio contractual, es que se permita que sea el porteador el que elija el fuero aplicable, al ser lo más beneficioso para ambas partes. Ello siempre que el fuero elegido se haya determinado atendiendo a esa finalidad, y por tanto, tenga alguna conexión con la operación, o principalmente, con la realidad del porteador/armador. Esto es, siempre que el fuero elegido lo sea para facilitar la gestión de todas las reclamaciones que éste reciba, por lo que su concreción deberá conducir al fuero situado en un lugar con el que el porteador tenga alguna relación, por ejemplo, su sede social, el domicilio del socio o socios principales, en lugar en el que radica una sucursal o centro, etc. Sin esa cercanía o explicación razonable del fuero elegido, parece que su determinación ha excedido la de facilitar la gestión de las reclamaciones, puesto que la lejanía es en principio un obstáculo para ello. Y podría suceder entonces que las razones fueran muy diferentes, como por ejemplo impedir por la vía de hecho cualquier reclamación al someter el litigio a un fuero en el que no se dan las suficientes garantías de defensa, o en el que fuese imposible la ejecución de la sentencia, o simplemente para dificultar y obstaculizar la reclamación o buscar una ventaja procesal.

Sin embargo, este tipo de comportamientos pueden darse en cualquier supuesto en los que se concede el derecho a elegir fuero a las partes, no siendo un problema particular del transporte marítimo, y constituyen precisamente un abuso del mismo que por supuesto nuestro derecho impide que fructifiquen. Efectivamente, además de poder recurrir en estos casos a la prohibición general del abuso de derecho del art. 7.2 CC, cabe invocar el art. 11.2 de la LOPJ, que establece que «*los juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley procesal*». De hecho, nuestros Tribunales, en casos de cláusulas de sumisión y arbitraje insertas en un conocimiento de embarque, han declarado con buen criterio la invalidez de las mismas en estos casos excepcionales aún antes de entrar en vigor la LNM, entendiendo que había fraude en la elección del fuero o ánimo de impedir la efectiva reclamación⁶.

III. INTERPRETACIÓN Y ALCANCE DE ESTAS SINGULARES NORMAS

1. A pesar de resultar innecesarios estos artículos por pretender lograr una finalidad ya conseguida con otros preceptos y de ser un claro error motivado por presiones de particulares ajenas a cualquier interés de Estado, dado que están vigentes, por respeto a la separación de poderes deben ser aplicados e interpretados en su justo alcance; esto es, en función tanto de su tenor literal como de su finalidad declarada en el Preámbulo de la LNM: evitar abusos. Y dicha tarea no resulta fácil, como lo demuestran las diferentes resoluciones judiciales de las Audiencias Provinciales y Juzgados de lo Mercantil que han tenido que aplicarlos. La ruptura de estos artículos con la práctica internacional, su escasa fundamentación y el alcance que algunos pretenden darles yendo incluso más allá de la finalidad que el propio legislador ha declarado, ha provocado en la jurisprudencia decisiones dispares en torno a la validez de las mismas. Evidentemente, la casuística es diferente en unas y otras, por lo que puede que las soluciones diferentes se deban a supuestos de hecho en los que concurren circunstancias distintas. Pero en todo caso, a falta de que el Tribunal Supremo vaya fijando los criterios, existen diferencias y tendencias distintas entre las diferentes Audiencias.

Aparentemente, existe un punto de partida común y es que tales preceptos solo serán de aplicación en defecto de norma comunitaria (Reglamento CE 1215/2012) o internacional, que será en todo caso preferente, dado el tenor literal del art. 468, en lo que coinciden además todas las resoluciones ju-

⁶ Por ejemplo, STS 31-5-2012.

diciales que han tenido que decidir sobre la vigencia de estas cláusulas. Nótese además que los requisitos formales para juzgar la validez de la cláusula según dicho Reglamento son los que se exigen en el derecho aplicable en el fuero al que remiten y no el español, lo que limita o debería limitar la virtualidad práctica del art. 468 a las hipótesis en las que el fuero designado no fuera comunitario o no correspondiera a un país con el que se tiene un convenio internacional aplicable⁷.

2. Pero a partir de ahí, comienzan las diferencias y las fundadas dudas al interpretar y aplicar estos dos artículos, siendo además diferentes los supuestos de hecho que nos podemos encontrar. Así, en un supuesto tipo de transporte marítimo o multimodal, es el cargador o el destinatario quien contrata la operación con un transitario que no aparece en el documento del transporte, quien a su vez contrata con una naviera que incluso, según los casos, puede subcontratar con otra la ejecución de un tramo. A su vez, el transitario o cualquiera de las navieras implicadas suelen tener su seguro de responsabilidad civil y el cargador su seguro de daños.

Pues bien, demandantes pueden ser por ello por ejemplo el cargador o el destinatario o sus aseguradoras contra el transitario⁸; o bien el transitario o su aseguradora contra el porteador con el que contrató directamente⁹; o bien entre el cargador o destinatario o sus aseguradoras contra el transportista con el que contrató el transitorio o contra el que subcontrató aquél¹⁰; o incluso entre el transitario o su aseguradora contra el porteador efectivo a quien subcontrató la naviera con la que sí tuvo trato directo. Esto es, las demandas pueden plantearse entre personas que han contratado directamente o entre personas que no han tenido contacto material ni relación contractual alguna. La eficacia de la cláusula puede ser diferente en función de si estamos en supuestos *inter partes* o *inter tertios* cartulares, ya que estamos hablando de dos normas diferentes que se refieren a dos tipos de relaciones diferentes (el 468 a relaciones contractuales entre inmediatos y el 251 a relaciones de terceros cartulares). Por otra parte, como se dirá, tiene incidencia que estos documentos sean en ocasiones una carta de porte y en otras un conocimiento de embarque.

⁷ PÉREZ BENÍTEZ, J.J., <https://almacenederecho.org/la-regulacion-nacional-de-las-clausulas-de-jurisdicion-en-los-contratos-maritimos/>

⁸ SAP Pontevedra 14-9-2017, Auto AP Pontevedra 16-10-2017, o Auto AP Valencia 15-5-2017.

⁹ En el Auto de la AP Barcelona 21-12-2016 quien acciona es el destinatario (alguien que se subroga en su posición) contra la naviera. En la SAP 23-7-2019, quien reclama es la aseguradora del transitario contra la naviera.

¹⁰ Auto AP Valencia 8-11-2016, siendo la propia cargadora quien acciona contra la naviera aunque también contra el transitario.

1. Interpretación y alcance del artículo 468

En los supuestos *inter partes*, entender que la cláusula de jurisdicción y arbitraje inserta en el contenido del conocimiento de embarque no ha sido negociada resulta inexacto. Suele decirse que la cláusula está impresa en el propio modelo de conocimiento del porteador, y que la utiliza para todos sus clientes, lo que constituye un indicio de que no se negocia y de que aparece de manera sorpresiva e imprevista. Pero ciertamente, eso es desconocer la práctica contractual mercantil, porque *inter partes*, cuando el porteador negocia la emisión del conocimiento con el cargador o con algún representante de éste (transitario), aunque en los primeros tratos o conversaciones no se suele hablar de la cuestión, cuando las conversaciones están avanzadas se suele enviar por algún medio (hoy principalmente por mail) el formulario del documento con los datos cumplimentados para que el cargador dé su conformidad antes de que se emita, o al menos se remite a un enlace con las condiciones que se insertarán en el mismo. Y ahí ya ve la cláusula y está a tiempo de decir algo.

Por si fuera poco, independientemente de lo anterior, lo que es realmente relevante es que existe una costumbre del tráfico mercantil por la que es habitual y se conoce que dichas cláusulas aparecen en el conocimiento, así que no son sorpresivas para el acreedor¹¹. Esto es, dado que es un uso del comercio, la inserción de cláusulas de sumisión y arbitraje en los documentos de transporte no parece que pueda ser calificada en ningún caso como condición general o cláusula predispuesta o impuesta por una parte a otra, sino como una norma contractual basada en la costumbre que rige el justo equilibrio de prestaciones en la contratación mercantil. Recuérdese que según nuestro art. 2 C.Com., el uso mercantil tiene preferencia con respecto al derecho dispositivo civil. Y si existe este uso y se acepta, es porque se considera lo más adecuado para el justo equilibrio contractual que sea el porteador quien elija el fuero. Parece lo más conveniente para los dos, por lo que salvo en casos de abuso de derecho, tampoco al cargador le interesa negociar este extremo para no inflar los costes del porteador y tener que pagar así más portes, como ya se ha dicho. En definitiva, ni la cláusula es sorpresiva para el acreedor, ni tampoco altera el equilibrio contractual ni puede calificarse de desproporcionada.

A pesar de todo, dado que el art. 468 LNM es una norma imperativa con rango de ley, prevalece sobre cualquier uso o costumbre, así que debe aplicarse. Eso sí, debido a su carácter excepcional, parece que lo más conveniente es entender de una forma laxa o no excesivamente rigurosa las exigen-

¹¹ Tal y como señalan el Auto AP Madrid 9-2-2015, el Auto AP Valencia 8-11-2016, y la Sentencia AP Pontevedra 14-9-2017.

cias adicionales de negociación individual y separada, ya que es un requisito de forma adicional al ya requerido ordinariamente, que además no parece tener mucha justificación. Bastaría por ejemplo para entender que concurren si a pesar de que no se ha hablado expresamente de la cláusula de jurisdicción o arbitraje, aparece ya en el formulario o modelo de conocimiento de embarque que se adjunta en un mail para que el cargador (o persona que actué en su interés) lo vea antes de proceder a su emisión. O bien que en el propio contenido del mail de cierre de negociaciones en el que se recapitulan las condiciones pactadas se haga mención por primera vez a la cláusula, bien de forma directa, bien porque se remite a pólizas modelo que la incluyen. En ambos casos, se ha informado antes de emitir el documento y el silencio del cargador sobre la misma indica que acepta la propuesta, dado además que conoce la práctica habitual de que los documentos de transporte incorporen este tipo de cláusulas. Este parece ser el criterio de la Audiencia Provincial de Valencia que en todas sus resoluciones indica que la validez de la cláusula depende de cada caso en concreto, declarando su vigencia cuando en el intercambio de mails o negociaciones se ha hecho al menos referencia a la cláusula o a las condiciones generales (Auto 8-11-2016), y dictaminando su ineficacia si en las negociaciones no se ha hecho referencia a ella en ningún momento (Auto 15-5-2017). Incluso aunque no se hubiera hecho así, si previamente han realizado otras operaciones y en ellas se incluía la cláusula en el conocimiento de idéntico modo, tales circunstancias son suficientes para dar por hecho que se conocía su existencia de otra manera distinta a su inserción en el propio conocimiento que origina la reclamación.

2. Interpretación y alcance del artículo 251

Aunque con los criterios del art. 468 se haya determinado la validez de la cláusula *inter partes*, ello no quiere decir que le vaya a ser automáticamente oponible a un tercero cartular al que se le transmita el conocimiento de embarque, debido precisamente al art. 251 LNM. La aplicación de dicho artículo en las resoluciones judiciales habidas hasta la fecha ha sido desacertada, porque a pesar de ser una norma excepcional, se ha aplicado incluso más allá de lo que se establece en su tenor literal en tres aspectos distintos.

A. Errónea interpretación de la jurisprudencia del TJUE

1. El primero de ellos es que siendo de aplicación el Reglamento Comunitario se ha dado prioridad al artículo 251 utilizando de una manera errónea la jurisprudencia del TJUE. Como se ha dicho, ésta considera válidas las cláusulas de jurisdicción y arbitraje y oponibles tanto frente al cargador como frente a cualquier adquirente siempre y cuando estuvieran in-

sertas en el conocimiento de embarque y que la reclamación se fundamente en una adquisición derivativa del título y del derecho así concebida en el derecho nacional aplicable¹². En los foros de debate que se han organizado en nuestro país en torno a la LNM, especialmente en los que han contado con fuerte presencia de aseguradoras y abogados del sector, señalan que la transmisión del conocimiento, al menos en lo que a la cláusula se refiere, no es derivativa según el art. 251 de la LNM. Y esto, en su opinión, supone que no resulta de aplicación la jurisprudencia comunitaria, dejando abierta la vía a que no se acepte la validez de las cláusulas de sumisión y arbitraje incluso cuando las partes acuerden someter sus litigios a un Tribunal comunitario¹³.

La anterior conclusión parte de dos premisas técnicas erróneas. La primera se refiere a negar el carácter derivativo de la adquisición de un conocimiento de embarque en el derecho español a partir de la aprobación de la LNM, lo que deducen del artículo 251, cuyo tenor literal dice precisamente lo contrario. En concreto, al afirmar que «*el adquirente del conocimiento de embarque adquirirá todos los derechos y acciones del transmitente sobre las mercancías*», manifiesta el carácter derivativo de la adquisición, por más que después afirme que «*excepción hecha de los acuerdos en materia de jurisdicción y arbitraje*». Como indica su tenor literal, la no extensión de estos acuerdos al tercero es una excepción a la regla general que se circunscribe a un aspecto muy concreto del derecho, el referente al foro para su exigibilidad vía cumplimiento forzoso. Pero en todo caso, el propio artículo afirma que el derecho se ha adquirido de forma derivativa del transmitente.

Debido al principio de inoponibilidad de excepciones, no es extraño que el contenido del derecho del adquirente de un título-valor cualificado tenga algunas diferencias con respecto al contenido que ese mismo derecho tiene para su transmitente, pero esto no ha supuesto que se ponga en duda que haya una adquisición derivativa. Esto es, no hay que confundir o identificar subrogación perfecta con adquisición derivativa. No se puede convertir una

¹² STJCE 16-3-1999; STJCE 9-1-2000.

¹³ FERNÁNDEZ-QUIRÓS, T., «Oponibilidad frente a terceros de las cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque», en *Comentarios a la Ley de la Navegación Marítima*, Madrid, 2015, pp. 429 y ss; DEL CORTE, J., «Especialidades procesales en la Ley de Navegación Marítima», en EMPARANZA/ MARTÍN OSANTE, *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, pp. 767 y 768; SÁNCHEZ-HORNEROS, A.M., La Ley 5681/2016; IRACULIS ARREGUI, N., «Validez y eficacia de la cláusula de sumisión a una jurisdicción extranjera: ámbitos de enjuiciamiento con arreglo a la ley de navegación marítima», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 11(2018). Y ésta es la posición que hasta la fecha ha seguido la Audiencia Provincial de Barcelona en su Auto de 21-12-2016 y en su Sentencia de 23-7-2019. En contra de esta conclusión, GÓMEZ JENE, M., «Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la nueva Ley de Navegación Marítima», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 6 (2014), pp. 115 ss.

afirmación legal que se hace con manifiesto carácter de excepcionalidad a la regla general opuesta que se establece en el mismo artículo, en el *leit motiv* del que concluir un principio general totalmente contrario a esa regla general, como lo es negar que en nuestro derecho hay adquisición derivativa del conocimiento de embarque. Y mucho menos cuando este supuesto principio, que tan sólo es en realidad una excepción para una cláusula concreta, contradice otro de sólido fundamento en nuestro derecho, como lo es el de adquisición derivativa de todos los títulos-valores, tanto simples como cualificados¹⁴.

2. Por otra parte, la opinión que sostiene que desde la aprobación de la LNM no es aplicable la jurisprudencia comunitaria por no considerarse ya en derecho español la adquisición del conocimiento de embarque derivativa, realiza una interpretación interesada de dicha jurisprudencia, alejada de la finalidad de esta exigencia. Siendo cierto que la jurisprudencia comunitaria no aclara del todo el alcance de esta exigencia, parece oportuno entender que no se aplicarán las cláusulas de sumisión a jurisdicción y arbitraje insertas en el conocimiento a reclamaciones que podrían corresponder contra el porteador obligado en un conocimiento pero que no derivaran o tuviesen su fundamento en el título, sino en otro derecho, contrato o precepto legal ajeno a la realidad cartular. En definitiva, se trata de excluir la posibilidad de que el porteador pretenda centralizar todas las reclamaciones que se le realicen en un determinado foro independientemente de si tienen su fundamento en el conocimiento de embarque.

Dado que la cláusula se incluye en el conocimiento, sólo será aplicable a las demandas que se fundamenten en el título, puesto que tanto el primer porteador como los adquirentes conocían su existencia por haber poseído el mismo y la han aceptado. Sin embargo, si las reclamaciones se derivan de otro fundamento, el foro concedor del litigio será el que corresponda en virtud de esa otra relación o causa por la que se reclama. No debe entenderse que el Tribunal está utilizando el término «derivativo» asignándole un significado técnico-jurídico preciso, ni como sinónimo de subrogación perfecta (que ni si quiera en este sentido técnico lo es), ni tampoco pretende entrar en una discusión doctrinal ya superada sobre si la adquisición del conocimiento por parte del tercero es originaria (del propio deudor originario directamente) o derivativa (del transmitente). Sería absurdo que si en un país se considera doctrinalmente como derivativa en sentido técnico la adquisición sí se aplique la jurisprudencia del TJUE, y sin embargo si se considera por la doctrina originaria, no se aplique. Ello conduciría a soluciones diferentes para un supuesto de hecho idéntico a consecuencia de meras disquisiciones doctrinales.

¹⁴ Entre muchos, EIZAGUIRRE, «Bases para una reelaboración de la teoría general de los títulos—valores», *RDM*, 163 (1982), pp. 48 a 52.

B. Condición de tercero cartular

1. En cuanto a la segunda de las cuestiones en las que algunas resoluciones judiciales han ido más allá que el propio tenor literal del art. 251, hay que tener en cuenta que dicho artículo solo refiere a un tercero cartular. En cambio, en algunos casos se ha invocado de forma errónea contra personas que o bien no son auténticos terceros (transitarios o sus aseguradoras en subrogación que operan por encargo e interés del propio cargador)¹⁵; o incluso contra los destinatarios¹⁶, que no son terceros cartulares.

En realidad, el transitario contrata el transporte y se encarga de realizar distintas operaciones que lo posibiliten por encargo e interés del cargador, tal y como establece el artículo 121 de la LOTT, que considera transitarios «*a las empresas especializadas en organizar, por cuenta ajena, transportes internacionales de mercancías, recibiendo mercancías como consignatarios o entregándolas a quienes hayan de transportarlas y, en su caso, realizando las gestiones administrativas, fiscales, aduaneras y logísticas inherentes a esa clase de transportes o intermediando en su contratación*». Aunque actúa en nombre propio, lo hace «*por cuenta ajena*», por lo que es un representante indirecto aunque responda como si fuera un porteador contractual (art. 278 LNM), a efectos de facilitar y agilizar las reclamaciones del transporte, así como para que se puedan valer de las limitaciones de responsabilidad propias de este contrato¹⁷. Por eso, por un lado, cuando el cargador ejercite la reclamación contra el transitario o su aseguradora y exista una cláusula de jurisdicción, ésta le será oponible al propio cargador, aunque él no negociara directamente con la naviera-transportista que incluyó la cláusula en el documento de transporte. Dado que el transitario es un mero intermediario que actúa para el cargador, éste le ha dado poder para contratar el transporte en su interés de la manera que estime oportuna, asumiendo por tanto para sí todas las actuaciones y contenidos contractuales que el transitario haya negociado con el porteador. Son negociaciones que el transitario realiza porque el cargador le ha dado poder para ello y por eso le vinculan al cargador, incluyendo la cláusula de jurisdicción inserta cumpliendo los requisitos del art. 468¹⁸.

De hecho, por esta razón, ser un mero intermediario representante indirecto, el transitario ni siquiera aparece en el documento de transporte. Esta

¹⁵ SAP Barcelona 23-7-2019.

¹⁶ Auto AP Barcelona 21-12-2016.

¹⁷ Sobre esta cuestión, recientemente, TOBIO RIVAS, A., «La responsabilidad del transitario tras la Ley de Navegación Marítima: ¿una cuestión abierta?», *RdT*, 24 (2019), pp. 13 a 39.

¹⁸ Así parecen entenderlo SAP Pontevedra 14-9-2017: o el Auto AP Pontevedra 16-10-2017, siendo quien acciona la aseguradora del cargador, o el Auto AP Valencia 15-5-2017. También en el Auto AP Valencia 8-11-2016 y en el Auto AP Almería 2-5-2018, en los que es la propia cargadora quien acciona contra el transitario y a la vez también contra la naviera.

circunstancia es en cambio la que hace concluir a la Audiencia Provincial de Barcelona en la sentencia mencionada que dado que el transitario no está en el documento, es un tercero totalmente ajeno a la cláusula de jurisdicción incluida en el documento por el porteador/naviero con el que negoció el transporte y a quien demanda. Y todo esto a pesar de que reconoce que realmente el transitario hizo las negociaciones materiales del transporte con la naviera (y no el cargador) y que su aseguradora ejercita la acción subrogándose en su posición. Si se han cumplido las condiciones del art. 468 es realmente el transitario el que negoció la cláusula de forma «individual y separada» por cuenta e interés del cargador, por lo que le debe ser oponible. El transitario no es un tercero con respecto al naviero.

2. En lo que se refiere al destinatario, realmente no es un tercero cartular al que se refiere al art. 251. Por tercero cartular debe entenderse un nuevo adquirente tanto del documento como del derecho a recibir la mercancía en destino. Se está refiriendo a que quien no era titular ni del documento ni del derecho pasa ahora a serlo por haber adquirido el conocimiento. El destinatario, en cambio, está designado en el conocimiento desde su emisión y desde ese momento es titular del derecho a recibir las mercancías. Y como primer titular del derecho, será en todo caso él la persona que sea el primer transmitente del mismo, pero por definición nunca puede ser un nuevo adquirente del título ni del derecho. Es en todo caso un tercero de un contrato a favor de tercero (el de transporte y el de entrega de emisión del conocimiento) celebrado entre cargador y porteador en su favor. Como sucede en todo contrato a favor de tercero, a través del contenido del documento se le hace saber a éste la delimitación de su derecho, como la cláusula de jurisdicción acordada según el 468 que conste en el conocimiento, de forma que cualquier circunstancia entre porteador y cargador ajena al contenido que se le comunicó, no le es oponible. Pero no es un tercero cartular nuevo adquirente del documento y del derecho, puesto que es titular del mismo desde el principio de su existencia, de forma que no le resulta aplicable el art. 251.

No parece por ello acertado el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de diciembre de 2016, que considera ineficaz la cláusula de jurisdicción frente al reclamante que ejercía su acción contra el naviero subrogándose en la posición el destinatario. Debería haber sido declarada eficaz por aplicación de la regulación y principios que rigen la oponibilidad de excepciones en los contratos a favor de tercero.

C. El documento debe ser un conocimiento de embarque

Finalmente, se ha aplicado el art. 251 también cuando el documento de transporte es tanto un conocimiento de embarque como una carta de porte,

lo que aplicando la ley en sus términos precisos, supone transgredir su tenor literal. De hecho, el art. 270 LNM establece que «a las cartas de porte marítimo se aplicarán las normas sobre la fuerza probatoria del conocimiento de embarque y sobre la posibilidad de insertar reservas», pero ninguna otra norma más. En concreto, el art. 251 es propio de los efectos transmisivos de los títulos-valores, pero dado que la carta de porte no lo es (art. 268.1), es lógico que no le resulte aplicable y que se excluya de la remisión que realiza el art. 270 a normas sobre conocimiento de embarque. Es más, el art. 268. 2 señala que «la transmisión de estos documentos no atribuye al adquirente un mejor derecho sobre las mercancías que el que correspondía al tenedor». Esto es, que no hace sino ratificar la regla general de la cesión de créditos según la cual el contenido del derecho que tiene el nuevo acreedor contra el deudor es exactamente el mismo que el que tenía el acreedor originario. En definitiva, que la cláusula de sumisión válida para la pretensión contra el primer acreedor debe seguir siendo válida para la del nuevo¹⁹.

D. Reducción teleológica del artículo 251

Ciertamente, que las condiciones de validez de la cláusula frente a terceros sean diferentes en un conocimiento de embarque que en una carta de porte, es una insostenible contradicción valorativa resultante de confrontar el tenor literal de estas normas. Es más, las consecuencias de aplicar literalmente el art. 251 son altamente insatisfactorias, porque como antes hemos expuesto, en los títulos-valores el contenido del documento se entiende siempre oponible puesto que al adquirir el derecho con el documento, el tercero conoce esos términos de la obligación que no puede ignorar. Y si no le satisficiera, no lo adquiriría. Sin embargo, aplicando literalmente el último inciso del art. 251, el deudor-porteador queda obligado de forma distinta y más gravosa frente al tercero pese a que se ha tomado la molestia o precaución de insertar en el documento la cláusula de sumisión o arbitraje y haber actuado así de forma diligente, anulando cualquier supuesto aparential que pudiera hacer entender lo contrario, por lo que dicha responsabilidad más gravosa no le resulta imputable. En realidad, exigir al deudor que negocie con terceros la cláusula de manera individual y separada es una carga imposible de cumplir, porque por definición, no existe nunca relación comercial alguna entre éstos y el porteador. Por tanto, tal responsabilidad es difícil de justificar tanto desde el punto de vista técnico-jurídico como del de política legislativa; mucho más existiendo razones tanto de equilibrio contractual como económicas que justifican que sea el porteador el que acabe estableciendo en

¹⁹ Aplica, en cambio, el 251 a una carta de porte, la Sentencia de la AP Barcelona 23-7-2019.

la negociación, sea ésta de mayor o menor intensidad, la jurisdicción o arbitraje competente para resolver las reclamaciones.

Cuando la interpretación literal de un precepto conduce a consecuencias que a todas luces son desequilibradas (insoponible contradicción valorativa), habrá que realizar probablemente un proceso hermenéutico más respetuoso con el equilibrio de intereses²⁰. Así las cosas, debemos realizar una interpretación del artículo 251 LNM que independientemente de la amplitud de su tenor literal, se circunscriba a la finalidad confesada que tiene, a saber, evitar abusos en la elección del fuero. De este modo, no podemos entenderlo aplicable a aquellos supuestos de hecho que si bien en un principio entran dentro del tenor literal del precepto, no presentan riesgo alguno de abuso, respetando así la finalidad del mismo. Expulsamos de su supuesto de hecho de aplicación a los casos en los que no hay abuso, precisamente porque en realidad ésa es la voluntad confesada del legislador, que debe prevalecer ante un tenor literal omnicomprendivo. En resumen, estamos haciendo una reducción teleológica del artículo porque el tenor literal conduce a consecuencias no queridas por el legislador, y que además son insatisfactorias y muy desproporcionadas para los intereses en juego. Asimismo, mantener esta interpretación es mucho más acorde y respetuosa con los principios generales de los títulos-valores, con los del derecho contractual en general, y con los de la contratación mercantil en particular. Y por si fuera poco, cumplimos el mandato del art. 2 LNM que ordena una interpretación uniforme de esta ley con respecto a los Tratados Internacionales suscritos por España, otorgando de paso una mayor seguridad jurídica a nuestros operadores, que se verán sometidos a las mismas consecuencias independientemente de resultar aplicable la ley española o un Convenio o una norma comunitaria²¹.

²⁰ LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2.^a edición española, traducción de la 4.^a edición alemana, Barcelona, 1994, pp. 386 ss.

²¹ ZURIMENDI ISLA, A., «Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje incluidas en el conocimiento de embarque tras la Ley de navegación marítima», *RdT*, 18 (2016), pp. 89 ss.

El presente libro, en el que participan profesoras y profesores de distintas universidades españolas, pretende rendir un merecido homenaje al Profesor José María De Eizaguirre, que fue catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea. Sus aportaciones al Derecho Mercantil tuvieron como principio inspirador el respeto y admiración por la investigación universitaria, consecuencia probablemente de su formación alemana, lo que se reflejó también en el rigor de sus publicaciones. Esto le llevó a plantearse elaborar una tesis doctoral aunque su inicial propósito no era realizar una carrera académica. Paradójicamente, al contrario de lo que hoy sucede, su actividad principal como abogado fue siendo sustituida progresivamente por un refuerzo de su actividad investigadora y universitaria, fruto de la pasión e interés intelectual con la que vivía los debates académicos, lo que le motivó a aproximarse a temas jurídicamente complejos. Y siempre desde un escrupuloso respeto a la ley y a las fuentes, a los márgenes y límites en la aplicación del derecho, y a la necesidad de que la doctrina realizara ese trabajo facilitador y sistematizador para los operadores, acudiendo también al derecho comparado (no importándolo automáticamente). Su sana obsesión por la metodología, que nos transmitió a todos los que tuvimos la suerte de conocerle y aprender de él, presidió toda su obra.

Los anteriores mimbres garantizaron un rigor científico a toda su trayectoria investigadora, en la que destacó especialmente en materias como títulos-valores, el debate en torno al concepto del Derecho Mercantil o en la teoría general de sociedades. Asimismo, su empeño en mantener al País Vasco en general y a su querida Donostia/San Sebastián en particular como plaza de relevancia en el Derecho Marítimo y del transporte en general, propició que dirigiera anualmente las conocidas Jornadas de Derecho Marítimo, referentes de la materia en España, y mantuviera una estrecha relación con la Escuela de Administración Marítima del Gobierno Vasco.

ZABALDUZ

Jardunaldiak, kongresuak, sinposioak, hitzaldiak eta omenaldiak
Jornadas, congresos, simposiums, conferencias y homenajes

UPV/EHUko Argitalpen Zerbitzua
argitaletxea@ehu.eus • 94 601 2227
Biblioteka eraikuntza, 1. solairua
Sarriena auzoa z/g. Bizkaiko campusa
www.ehu.eus/argitalpenak

Servicio Editorial de la UPV/EHU
editorial@ehu.eus • 94 601 2227
Edificio Biblioteca, 1ª planta
Bº Sarriena s/n. Campus de Bizkaia
www.ehu.eus/argitalpenak

ISBN: 978-84-9082-647-8