

3ª EDICIÓN

DERECHO MERCANTIL PARTE SEGUNDA

Esperanza Gallego Sánchez
Nuria Fernández Pérez



tirant
lo blanch
manuales

DERECHO MERCANTIL

PARTE SEGUNDA

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho de la
Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil de la
Universidad de Málaga*

JORGE A. CORDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía de
Derecho. Instituto Tecnológico
Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro de la Suprema Corte
de Justicia de México*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Presidente de la Corte Interamericana de Derechos
Humanos. Investigador del Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la
Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho Mercantil
de la UNED*

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Catedrático de Derecho Constitucional de la
Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil de la
Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho de la
Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía
Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
Catedrática de Derecho Internacional de la
Universidad de Colonia (Alemania)*

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y
Presidente del Instituto Ibero-Americano de
La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad Carlos III de Madrid*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del
Tribunal Supremo de España*

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad de Valencia*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

DERECHO MERCANTIL

PARTE SEGUNDA

3ª Edición

ESPERANZA GALLEGO SÁNCHEZ

NURIA FERNÁNDEZ PÉREZ

tirant lo blanch

Valencia, 2019

Copyright ® 2019

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Esperanza Gallego Sánchez
Nuria Fernández Pérez

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFs.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-1313-271-6
MAQUETA: Innovatext

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Índice

ABREVIATURAS.....	31

OBLIGACIONES Y CONTRATOS MERCANTILES

Lección 1

TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS MERCANTILES (I)

I. EL CONTRATO MERCANTIL.....	39
1. Concepto.....	39
2. Disciplina aplicable.....	40
II. ESPECIALIDADES EN EL RÉGIMEN GENERAL DE OBLIGACIONES	40
III. CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN GENERAL DE LOS CONTRATOS MERCANTILES	41
1. La perfección.....	42
1.1. Caracterización	42
1.2. La oferta	42
1.3. La aceptación.....	43
1.4. Contratación entre ausentes.....	43
2. La forma.....	43
3. La prueba	43
4. La interpretación	45
5. El cumplimiento	45
IV. FORMAS ESPECIALES DE CONTRATACIÓN MERCANTIL.....	46
1. Condiciones generales de la contratación.....	46
1.1. Concepto	46
1.2. El control de las Condiciones Generales de la Contratación. La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.	46
1.2.1. Ámbito de aplicación	46
1.2.2. Requisitos de la incorporación	47
1.2.3. Nulidad de las condiciones generales de la contratación.....	48
1.2.4. Régimen y efectos de la no incorporación y de la nulidad. La interpretación.....	48
1.2.5. Las acciones colectivas	48
1.2.6. El Registro de Condiciones Generales de la Contratación	49
2. Contratación a distancia	50
2.1. Concepto	50
2.2. Normativa aplicable.....	50
2.3. Aspectos regulados.....	51
2.3.1. Información precontractual y comunicaciones comerciales	51
2.3.2. El consentimiento. Envíos no solicitados	51
2.3.3. Confirmación de la contratación realizada	52
2.3.4. Derecho de desistimiento.....	52
2.3.5. La ejecución del contrato	54

Lección 2

**TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES
Y CONTRATOS MERCANTILES (II)**

3.	Contratación electrónica.....	55
3.1.	Concepto	55
3.2.	Normativa aplicable.....	57
3.3.	La Ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico	58
3.3.1.	Información precontractual y comunicaciones comerciales	58
3.3.2.	Oferta y consentimiento	59
3.4.	Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica	60
4.	Contratación mediante plataformas digitales.....	61
4.1.	La intervención de plataformas como elemento definitorio de la economía de plataforma.....	61
4.2.	La existencia de diferentes modelos y su problemática jurídica	63
5.	Contratación automática	64
6.	Contratación fuera de establecimiento mercantil	65
6.1.	Concepto	65
6.2.	Régimen jurídico.....	66
7.	Contratación con consumidores	66
7.1.	Carácter mercantil	66
7.2.	Principales pautas de régimen jurídico	69
7.2.1.	Preliminar	69
7.2.2.	Información precontractual y publicidad.....	69
7.2.3.	Consentimiento	69
7.2.4.	Confirmación documental de la contratación realizada y factura	70
7.2.5.	Integración del contrato	70
7.2.6.	La obligación de entrega	71
7.2.6.1.	Caracterización	71
7.2.6.2.	La obligación de entrega conforme.....	71
7.2.6.3.	Derechos y acciones en caso de incumplimiento de la obligación de entrega	72
7.2.6.4.	Forma y plazo de entrega	73
7.2.7.	El precio.....	74
7.2.8.	Transmisión del riesgo.....	74
7.2.9.	Extinción de contratos de tracto sucesivo.....	74
7.2.10.	Derecho de desistimiento.....	75
7.2.10.1.	Caracterización y régimen aplicable	75
7.2.10.2.	Ejercicio del derecho	75
7.2.10.3.	Consecuencias del ejercicio del derecho.....	76
7.2.10.4.	El desistimiento en los contratos complementarios y en los contratos de crédito vinculados	77
7.3.	Control de transparencia y cláusulas abusivas.....	77
7.3.1.	Ámbito de aplicación	77
7.3.2.	Control de transparencia.....	78
7.3.3.	Control de contenido y de transparencia cualificada	78

8. La contratación mediante subasta.....	80
8.1. Caracterización y normativa aplicable	80
8.2. El contrato de subasta.....	80
8.3. Las relaciones entre el subastador y los postores	81

Lección 3

EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

I. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA	83
1. Concepto	83
2. Perfección. Ventas al gusto y las ventas a ensayo o prueba.....	85
3. El objeto. La venta sobre muestras.....	86
4. El precio	86
4.1. Requisitos	86
4.2. Particularidades legales en relación con la cuantía del precio	87
4.2.1. Finalidad de la disciplina.....	87
4.2.2. Ventas con pérdida.....	88
4.2.3. Ventas con precios reducidos para colectivos especiales	89
4.2.4. Promoción de ventas	89
4.2.4.1. Concepto y disciplina general.....	89
4.2.4.2. Ventas multinivel y ventas piramidales	90
4.2.4.3. Ventas en rebajas.....	92
4.2.4.4. Ventas de promoción o en oferta.....	92
4.2.4.5. Ventas de saldos.....	93
4.2.4.6. Ventas en liquidación	93
4.2.4.7. Ventas con obsequio o prima	94
4.2.4.8. Ventas con oferta directa.....	96
5. Contenido y cumplimiento	96
5.1. Obligaciones del vendedor	96
5.1.1. Obligación de entrega	96
5.1.1.1. Caracterización	96
5.1.1.2. Lugar de entrega. Ventas directas e indirectas.....	97
5.1.1.3. Momento de la entrega	98
5.1.1.4. La compra de reemplazo	98
5.1.2. Obligación de saneamiento	99
5.1.2.1. Caracterización y supuestos	99
5.1.2.2. Obligación de saneamiento por vicios y defectos.....	99
5.2. Obligaciones del comprador	100
5.2.1. El pago del precio.....	100
5.2.2. Obligación de recepción	101
6. El riesgo.....	102
II. VENTAS A PLAZOS	103
1. Caracterización.....	103
2. Normativa y ámbito de aplicación.....	104
III. COMPRAVENTA MERCANTIL INTERNACIONAL.....	105
1. La Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional.....	105
1.1. Eficacia de la Convención	105
1.2. Ámbito subjetivo de aplicación	105

1.3. Ámbito objetivo de aplicación.....	107
1.4. Ámbito normativo	108
2. Los INCOTERMS	109
2.1. Caracterización y naturaleza jurídica	109
2.2. Contenido.....	111
2.2.1. Descripción general	111
2.2.2. Términos aplicables a cualquier modo de transporte	111
2.2.2. Términos aplicables al transporte marítimo y asimilados	113
IV. CONTRATOS AFINES A LA COMPRAVENTA	114
1. La permuta	114
2. El suministro	115
2.1. Concepto y naturaleza. Normativa aplicable.....	115
2.2. Contenido.....	116
2.2.1. Obligaciones del suministrador	116
2.2.2. Obligaciones del suministrado.....	116
2.2.3. Otros pactos. El pacto de exclusiva. El pacto de preferencia...	117
2.3. Extinción del contrato.....	117
2.3.1. Resolución por incumplimiento y suspensión del suministro..	118
2.3.2. La extinción en atención a la duración del contrato	118
2.3.2.1. Contratos de duración determinada	118
2.3.2.2. Contratos de duración indefinida	119

Lección 4

CONTRATOS DE COLABORACIÓN

I. COMISIÓN	121
1. Concepto	121
2. Formas de actuación del comisionista.....	122
3. Perfección del contrato	122
4. Contenido.....	123
4.1. Obligaciones del comisionista	123
4.1.1. La ejecución de la comisión.....	123
4.1.1.1. La estipulación del negocio de realización	123
4.1.1.2. La sujeción a las instrucciones del comitente	123
4.1.1.3. El deber de diligencia	124
4.1.1.4. El deber de lealtad.....	125
4.1.1.5. El deber de realizar personalmente la gestión. La subcomisión	125
4.1.2. El deber de informar. La rendición de cuentas	125
4.2. La responsabilidad del comisionista	126
4.3. Obligaciones del comitente	127
4.3.1. La provisión de fondos.....	127
4.3.2. El abono de los gastos y daños	128
4.3.3. El abono de la comisión	128
4.4. Los derechos de retención y preferencia	129
5. Extinción del contrato	130
II. CONTRATO DE MEDIACIÓN	130
1. Concepto y normativa aplicable	130

2. Perfección	131
3. Contenido.....	131
4. Extinción.....	132
III. CONTRATO DE AGENCIA.....	132
1. Concepto y caracteres. Normativa aplicable	132
2. Elementos personales y perfección del contrato	135
3. Contenido del contrato.....	136
3.1. Obligaciones del agente.....	136
3.1.1. La obligación de promoción. La conclusión de actos y operaciones de comercio en nombre del empresario.....	136
3.1.2. La sujeción a las instrucciones del empresario principal	136
3.1.3. El deber de diligencia	137
3.1.4. El deber de lealtad. El deber de no competencia	137
3.1.5. El deber de ejecutar el contrato por sí o por medio de dependientes. La subagencia	139
3.1.6. El deber de información. Las obligaciones contables	139
3.2. La responsabilidad del agente	140
3.3. Obligaciones del empresario principal.....	141
3.3.1. El deber de actuar de buena fe.....	141
3.3.2. El abono de la retribución	142
4. Extinción del contrato	144
4.1. Causas de extinción	144
4.2. Indemnizaciones.....	145
4.2.1. La indemnización por clientela.....	145
4.2.2. Indemnización de daños y perjuicios de la LCA	146
4.2.3. La indemnización de daños y perjuicios de Derecho Común ..	147
IV. CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN	147
1. Concepto y normativa aplicable	147
2. Clases	149
3. Contenido.....	150
3.1. Obligaciones del distribuidor	150
3.2. Obligaciones del proveedor.....	152
3.3. Las cláusulas de marca única y de compra exclusiva	152
4. Extinción	153
V. CONTRATO DE FRANQUICIA	154

Lección 5

CONTRATOS PUBLICITARIOS. CONTRATOS RELATIVOS AL ALOJAMIENTO TURÍSTICO. CONTRATOS DE RESTAURACIÓN

I. CONTRATOS PUBLICITARIOS	157
1. Caracterización.....	157
1.1. Concepto y clases.....	157
1.2. Normativa aplicable.....	158
2. Elementos personales.....	159
2.1. El anunciante	159
2.2. Las agencias de publicidad.....	160
2.3. Los medios de publicidad.....	160

3.	El contrato de publicidad.....	161
3.1.	Concepto	161
3.2.	Contenido y cumplimiento.....	161
3.2.1.	Obligaciones de la agencia de publicidad	161
3.2.2.	Obligaciones del anunciante.....	162
4.	Contrato de creación publicitaria	163
4.1.	Concepto y normativa aplicable.....	163
4.2.	Contenido y cumplimiento.....	164
5.	Contrato de difusión publicitaria.....	165
5.1.	Concepto	165
5.2.	Contenido y cumplimiento.....	165
5.2.1.	Obligaciones del medio	165
5.2.2.	Obligaciones del anunciante o de la agencia.....	166
6.	Contrato de patrocinio	167
6.1.	Concepto	167
6.2.	Contenido y cumplimiento.....	168
6.2.1.	Obligaciones del patrocinador.....	168
6.2.2.	Obligaciones del patrocinado.....	168
6.2.3.	Cláusula de exclusiva	169
7.	Contrato de reclamo mercantil (merchadising)	169
8.	Contrato de permuta publicitaria (bartering).....	170
II.	CONTRATOS RELATIVOS AL ALOJAMIENTO TURÍSTICO	170
1.	Contrato de gestión hotelera.....	170
1.1.	Concepto y caracteres. Normativa aplicable.....	170
1.2.	Contenido.....	171
1.2.1.	Obligaciones del gestor	171
1.2.2.	Obligaciones del titular del establecimiento hotelero.....	172
2.	Contrato de reservas de plazas de alojamiento en régimen de cupo o contingente	172
2.1.	Concepto y caracteres. Normativa aplicable.....	172
2.2.	Contenido.....	172
3.	Contrato de hospedaje.....	173
3.1.	Concepto y caracteres. Normativa aplicable.....	173
3.2.	Contenido.....	174
3.2.1.	Obligaciones del titular del establecimiento hotelero.....	174
3.2.2.	Obligaciones del huésped	175
4.	Contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico	176
4.1.	Concepto y normativa aplicable.....	176
4.2.	Régimen general.....	177
4.2.1.	Caracterización	177
4.2.2.	Publicidad e información.....	177
4.2.3.	Derecho de desistimiento y prohibición de anticipos	178
4.3.	Régimen especial del aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico.....	178
III.	CONTRATOS DE RESTAURACIÓN	179
1.	Contrato de hostelería	179
2.	Contrato de catering.....	180
3.	Contrato de banqueting.....	180

*Lección 6***CONTRATOS BANCARIOS (I)**

I. CARACTERIZACIÓN Y NORMATIVA APLICABLE.....	181
1. Caracterización.....	181
2. Normativa aplicable	183
II. OPERACIONES DE CRÉDITO PASIVAS.....	184
1. Concepto	184
2. Clases	185
2.1. Depósitos a la vista	185
2.2. Depósitos a plazo.....	186
III. OPERACIONES DE CRÉDITO ACTIVAS.....	187
1. Préstamo.....	187
2. Apertura de crédito.....	187
2.1. Concepto y normativa aplicable.....	187
2.2. Caracteres.....	188
2.3. Deberes precontractuales	189
2.3.1. Deberes de información y asistencia	189
2.3.2. Deber de evaluar la solvencia	191
2.4. Contenido.....	191
2.4.1. Obligaciones anteriores al uso del crédito	191
2.4.1.1. Obligaciones de la entidad de crédito.....	191
2.4.1.2. Obligaciones del acreditado	192
2.4.2. Obligaciones posteriores al uso del crédito.....	192
2.4.2.1. Obligaciones de la entidad de crédito.....	192
2.4.2.2. Obligaciones del acreditado	192
2.5. Extinción	194
2.5.1. Causas voluntarias	194
2.5.1.1. Vencimiento del plazo	194
2.5.1.2. La denuncia	195
2.5.2. Causas involuntarias	195
2.5.2.1. La resolución	195
2.5.2.2. Otras causas.....	195
2.5.3. La liquidación del saldo	195
3. Créditos y préstamos participativos	196
3.1. Concepto	196
3.2. Normativa aplicable.....	196
4. Créditos sindicados.....	197
4.1. Concepto y caracteres	197
4.2. El sindicato de entidades.....	197
4.3. Contenido.....	198
5. Descuento.....	198
5.1. Concepto y función económica	198
5.2. Naturaleza y distinción de contratos afines	199
5.2.1. Descuento y endoso cambiario.....	199
5.2.2. Descuento y cesión de créditos	199
5.2.3. Descuento y compraventa	200
5.2.4. Descuento y préstamo o apertura de crédito.....	200

5.3.	Contenido.....	201
5.3.1.	Obligaciones del descontatario.....	201
5.3.2.	Obligaciones del descontante	202
5.4.	El redescuento.....	203

Lección 7

CONTRATOS BANCARIOS (II)

IV.	OPERACIONES DE CRÉDITO ACTIVAS (CONTINUACIÓN)	205
1.	Leasing	205
1.1.	Concepto y normativa aplicable.....	205
1.2.	Naturaleza jurídica y distinción de figuras afines.....	206
1.3.	Contenido.....	206
1.3.1.	Obligaciones de la sociedad de leasing	206
1.3.2.	Obligaciones del usuario	207
1.4.	Clases.....	208
1.4.1.	Leasing mobiliario e inmobiliario.....	208
1.4.2.	Leasing financiero y el leasing operativo. Renting	208
1.4.3.	Lease-back	209
2.	Factoring	209
2.1.	Concepto y normativa aplicable.....	209
2.2.	Contenido.....	210
2.2.1.	El servicio de gestión	210
2.2.2.	El servicio de garantía	211
2.2.3.	El servicio financiero	211
2.3.	Régimen especial de reintegración concursal.....	212
3.	El confirming.....	212
3.1.	Concepto y normativa aplicable.....	212
3.2.	Contenido.....	213
3.2.1.	Obligaciones del gestor	213
3.2.1.1.	Obligación principal	213
3.2.1.2.	Obligaciones eventuales	214
3.2.2.	Obligaciones del cliente.....	214
V.	OPERACIONES DE MEDIACIÓN	214
1.	La cuenta corriente bancaria de gestión	214
2.	La transferencia bancaria.....	216
2.1.	Concepto	216
2.2.	Las relaciones.....	216
2.2.1.	La relación entre el ordenante y su banco.....	216
2.2.2.	La relación entre el beneficiario y su banco	216
2.2.3.	Las relaciones entre los bancos. Las transferencias directas e indirectas	217
2.2.4.	Las transferencias electrónicas.....	218
2.3.	Régimen jurídico.....	218
3.	El crédito documentario	219
3.1.	Concepto	219
3.2.	Las relaciones.....	220

3.2.1.	La relación entre el ordenante comprador y su banco	220
3.2.2.	La carta de crédito	221
3.2.2.1.	Concepto	221
3.2.2.2.	Cláusula de pago mediante crédito documentario y cláusula pago contra documentos.....	222
VI.	TARJETAS BANCARIAS.....	223
1.	Concepto	223
2.	El contrato de tarjeta	223
2.1.	Concepto y normativa aplicable.....	223
2.2.	Contenido.....	224
2.2.1.	Obligaciones de la entidad emitente	224
2.2.2.	Obligaciones del titular de la tarjeta.....	225
2.3.	Clases de tarjetas. Tarjetas de crédito y débito.....	225
3.	El contrato de admisión de tarjeta	225
4.	Las tarjetas monedero.....	226

Lección 8

CONTRATACIÓN EN LOS MERCADOS DE VALORES (I)

I.	LOS MERCADOS DE VALORES	227
1.	Caracterización. Los instrumentos financieros	227
2.	Valores negociables y otros instrumentos financieros representados median- te anotaciones en cuenta	228
2.1.	Caracterización y normativa aplicable	228
2.2.	Constitución de los valores	229
2.3.	Transmisión, derechos reales y otros gravámenes.....	230
2.4.	Legitimación	231
2.5.	Otros instrumentos financieros representados mediante anotaciones en cuenta.....	232
3.	Empresas de servicios de inversión.....	232
3.1.	Concepto	232
3.2.	Clases. Los agentes. Otras entidades	233
3.3.	Referencia al régimen jurídico.....	234
4.	El Fondo de Garantía de Inversiones	235
5.	La inversión colectiva de tipo abierto	236
5.1.	Caracterización y clases	236
5.2.	Régimen jurídico.....	237
6.	Entidades de inversión colectiva de tipo cerrado.....	238
6.1.	Caracterización y normativa aplicable	238
6.2.	Clases.....	238
6.2.1.	Entidades de capital riesgo	238
6.2.2.	Otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado	239
6.2.3.	Sociedades gestoras de entidades de tipo cerrado	240
7.	Los fondos de titulización.....	240
8.	Las agencias de calificación crediticia	240
9.	Normas de conducta.....	241
10.	Régimen de supervisión, inspección y sanción.....	242

*Lección 9***CONTRATACIÓN EN LOS MERCADOS DE VALORES (II)**

II. EL MERCADO PRIMARIO DE VALORES. EMISIONES DE VALORES Y OFERTAS PÚBLICAS DE VALORES.....	245
1. Caracterización.....	245
2. Emisiones y ofertas públicas de valores.....	246
2.1. Requisitos generales	246
2.2. El folleto informativo.....	247
2.2.1. Caracterización y contenido.....	247
2.2.2. Suscripción del folleto y responsabilidad	247
2.2.3. Aprobación, registro y publicación del folleto	248
2.3. La aceptación de la oferta	248
III. EL MERCADO SECUNDARIO DE VALORES	249
1. Caracterización y clases	249
1.1. Caracterización	249
1.2. Clases.....	249
1.2.1. Los mercados secundarios oficiales.....	250
1.2.2. Los sistemas multilaterales de negociación	251
1.2.3. La internalización sistemática.....	251
2. Operaciones.....	252
2.1. Caracterización y clases	252
2.2. Compraventa	253
2.3. Préstamo de valores	254
3. Sistemas de compensación y liquidación de valores	254
4. Contratos de servicios de inversión	255
4.1. Generalidades	255
4.2. Comisión	255
4.2.1. Caracterización y normativa aplicable.....	255
4.2.2. Elementos personales	256
4.2.3. Perfección del contrato.....	256
4.2.4. Contenido del contrato	256
4.2.4.1. Obligaciones del comisionista	256
4.2.4.2. Obligaciones del comitente.....	257
4.3. Administración de valores.....	258
4.3.1. Concepto, naturaleza y normativa aplicable.....	258
4.3.2. Contenido	258
4.3.2.1. Contratos-tipo	258
4.3.2.2. Obligaciones del administrador.....	259
4.3.2.3. Obligaciones del cliente.....	260
4.4. Gestión de carteras de inversión.....	260
4.4.1. Concepto, naturaleza y normativa aplicable.....	260
4.4.2. Contenido del contrato	261
4.4.2.1. Contratos-tipo	261
4.4.2.2. Obligaciones del gestor	262
4.4.2.3. Obligaciones del cliente.....	262

5. Ofertas públicas de adquisición (OPAS).....	263
5.1. Caracterización y clases	263
5.2. OPAS por adquisición del control	264
5.2.1. Caracterización	264
5.2.2. Requisitos	264
5.2.3. Régimen jurídico	265
5.2.3.1. El deber de pasividad	265
5.2.3.2. Medidas de neutralización.....	265
5.2.3.3. Compraventas forzosas	266
5.3. OPAS por exclusión de la negociación	267
5.4. OPAS por reducción de capital mediante adquisición de acciones propias.	267
5.5. OPAS voluntarias.....	268
5.6. OPAS competidoras	269
5.7. Procedimiento	270
5.7.1. Las fases del procedimiento.....	270
5.7.2. Anuncio y presentación de la oferta	270
5.7.3. Aceptación y liquidación de la oferta	270

Lección 10

CONTRATOS DE SEGURO (I)

I. CARACTERIZACIÓN Y NORMATIVA APLICABLE.....	273
1. Concepto	273
2. Caracteres y normativa aplicable.....	273
2.1. Caracteres generales.....	273
2.2. La buena fe y la protección del asegurado. Normativa aplicable	274
3. Clases	275
II. TEORÍA GENERAL.....	276
1. Elementos	276
1.1. Elementos personales	276
1.1.1. Caracterización y enumeración	276
1.1.2. Asegurado y tomador del seguro. El seguro por cuenta ajena.	276
1.1.3. El beneficiario	277
1.1.4. El asegurador	277
1.1.5. Los intermediarios.....	278
1.2. Elementos causales.....	278
1.2.1. El riesgo	278
1.2.1.1. Caracterización y consecuencias jurídicas.....	278
1.2.1.2. Individualización del riesgo.....	279
1.2.1.3. Descripción y deber de declaración del riesgo.....	279
1.2.2. El interés	281
1.3. Perfección del contrato y elementos formales. La póliza.....	282
2. Contenido.....	283
2.1. Obligación del asegurador	283
2.1.1. Caracterización	283
2.1.2. El pago de la indemnización.....	283

2.2. Obligaciones del tomador	284
2.2.1. El pago de la prima	284
2.2.1.1. Caracterización	284
2.2.1.2. El pago de la prima	285
2.2.2. Los deberes adicionales	285
2.2.2.1. Caracterización	285
2.2.2.2. Deberes anteriores al siniestro	286
2.2.2.3. Deberes posteriores al siniestro	286
III. EL SEGURO CONTRA DAÑOS	287
1. Caracterización.....	287
2. Particularidades en materia de elementos.....	287
2.1. El interés. Valor asegurable y valor asegurado.....	287
2.2. Seguro pleno, sobreseguro e infraseguro	288
2.3. Seguro múltiple	289
3. Contenido.....	290
3.1. El cálculo de la indemnización	290
3.1.1. Elementos del cálculo	290
3.1.2. En particular la suma asegurada. La regla proporcional	292
3.1.3. Las pólizas estimadas	292
3.2. El derecho de subrogación	293
4. Supuestos específicos	294

Lección 11

CONTRATOS DE SEGURO (II)

5. El seguro de responsabilidad civil	295
5.1. Caracterización	295
5.2. El riesgo	295
5.3. Contenido	296
5.4. El seguro de responsabilidad automovilística	297
5.4.1. Caracterización y normativa aplicable.....	297
5.4.2. El riesgo	298
5.4.3. Contenido	299
5.4.3.1. La obligación de pago de la indemnización	299
5.4.3.2. El derecho de repetición	300
5.4.3.3. La acción directa	300
IV. EL SEGURO SOBRE LA VIDA.....	301
1. Caracterización.....	301
2. Clases	301
3. Particularidades en materia de elementos.....	302
3.1. Elementos personales	302
3.1.1. El asegurado.....	302
3.1.2. Seguro sobre la propia vida y sobre la vida ajena	303
3.1.3. Seguros de grupo.....	303
3.1.4. El beneficiario	304
3.1.4.1. Caracterización	304
3.1.4.2. Designación	304
3.1.4.3. Revocación	305

3.2. El riesgo	306
3.2.1. El principio de especialidad del riesgo	306
3.2.2. El deber de declaración del riesgo.....	306
3.2.3. Los deberes de no agravar el riesgo y de comunicar la agravación	307
3.3. El interés.....	307
4. Contenido.....	308
4.1. La prima y la reserva matemática.....	308
4.2. La reducción y el rescate	309
4.2.1. La reducción	309
4.2.2. El rescate.....	310
4.2.3. Ámbito de aplicación	310
4.3. El anticipo.....	310
4.4. El derecho de arrepentimiento.....	311
V. SEGUROS DE ACCIDENTES.....	312
1. Caracterización.....	312
2. Normativa aplicable	312
VI. EL REASEGURO	313
VII. LOS PLANES Y FONDOS DE PENSIONES	314
1. Caracterización.....	314
2. Normativa aplicable	315

Lección 12

CONTRATOS DE GARANTÍA

I. CARACTERIZACIÓN	317
II. GARANTÍAS PERSONALES.....	317
1. Caracterización.....	317
2. La fianza.....	318
2.1. Caracterización	318
2.2. Clases.....	318
2.3. Normativa aplicable.....	319
3. Garantías a primer requerimiento.....	320
3.1. Caracterización	320
3.2. Las relaciones.....	320
3.2.1. Las relaciones subyacentes	320
3.2.2. La garantía.....	321
3.2.2.1. Caracterización	321
3.2.2.2. Contenido	321
3.3. Las garantías documentarias	323
4. Cartas de patrocinio	324
III. GARANTÍAS REALES	325
1. Caracterización.....	325
2. La prenda	325
2.1. Caracterización	325
2.2. La eliminación de la necesidad de entrega	326
2.3. La prenda de derechos	327
3. La hipoteca.....	328

*Lección 13***EL DERECHO DIGITAL DE LOS MERCADOS FINANCIEROS**

I. LA INCIDENCIA DE LA INNOVACIÓN DIGITAL EN EL MERCADO FINANCIERO	329
II. LA APARICIÓN DE LAS DENOMINADAS EMPRESAS FINTECH/INSURTECH	330
1. Consideraciones generales	330
2. Régimen jurídico: problemas relacionados con el Derecho de la competencia y con la protección de los usuarios de servicios financieros	331
III. LA APARICIÓN DE NUEVOS PRODUCTOS Y SERVICIOS FINANCIEROS..	333
1. Nuevos sistemas y servicios de pago	333
2. El dinero digital: las crypto-monedas.....	334
3. Neobanks y challenger banks	335
4. Financiación participativa (crowdfunding). ICOs	335
5. Asesoramiento y gestión de carteras	336
6. InsurTech.....	337

*Lección 14***CONTRATO DE TRANSPORTE. CONTRATO DE VIAJES COMBINADOS Y SERVICIOS DE VIAJE VINCULADOS**

I. CUESTIONES GENERALES	339
1. Caracterización.....	339
2. Clases	340
II. TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCANCÍAS.....	340
1. Disciplina aplicable.....	340
2. Elementos	341
2.1. Elementos personales	341
2.1.1. Elementos principales.....	341
2.1.1.1. Caracterización	341
2.1.1.2. El cargador	341
2.1.1.3. El porteador	342
2.1.1.4. El destinatario	343
2.1.2. Intermediarios.....	344
2.2. Elementos reales.....	345
2.2.1. Caracterización	345
2.2.2. El transporte continuado.....	345
2.2.3. El contrato de mudanza	346
2.3. Elementos formales. La carta de porte.....	346
3. Contenido.....	347
3.1. El cargador	347
3.1.1. Obligaciones del cargador	347
3.1.1.1. La obligación de entrega de las mercancías	347
3.1.1.2. La entrega de la documentación	348
3.1.1.3. La carga y la estiba.....	348
3.1.2. El derecho de disposición	349
3.2. El porteador.....	350
3.2.1. Obligaciones del porteador	350
3.2.1.1. El traslado de la mercancía.....	350

3.2.1.2.	La entrega de las mercancías	350
3.2.1.3.	Obligaciones accesorias.....	352
3.2.2.	La responsabilidad del porteador	353
3.2.2.1.	Caracterización	353
3.2.2.2.	Presupuestos	353
3.2.2.3.	Presunción de culpa y causas de exoneración	354
3.2.2.4.	Limitación de la responsabilidad	355
a)	Caracterización.....	355
3.2.2.5.	Plazos y reservas	356
3.2.3.	Derechos del porteador	357
3.2.3.1.	El cobro del precio	357
3.2.3.2.	El privilegio del porteador	358
3.3.	El destinatario. El deje de cuenta.....	358
III.	TRANSPORTE DE PERSONAS	359
1.	Disciplina aplicable.....	359
2.	Concepto	360
3.	Elementos	360
3.1.	Elementos personales	360
3.1.1.	Elementos principales.....	360
3.1.2.	Agencias de viaje	362
3.1.2.1.	Caracterización y normativa aplicable.....	362
3.1.2.2.	Actividades y formas de actuación	363
3.1.2.3.	Clases.....	364
3.2.	Elementos reales.....	364
3.3.	Elementos formales	364
4.	Contenido.....	365
4.1.	Determinación del contenido y contratos-tipo.....	365
4.2.	Obligaciones del viajero	365
4.3.	Obligaciones del transportista.....	366
4.4.	La responsabilidad del transportista.....	367
4.4.1.	Transporte terrestre.....	367
4.4.1.1.	Transporte ferroviario	367
4.4.1.2.	Transporte por carretera	369
4.4.2.	Transporte aéreo	370
4.4.2.1.	Normativa aplicable.....	370
4.4.2.2.	Presupuestos y limitaciones	370
IV.	VIAJES COMBINADOS Y SERVICIOS DE VIAJE VINCULADOS.....	372
1.	Concepto y disciplina aplicable.....	372
2.	Elementos	374
2.1.	Elementos personales	374
2.2.	Elementos formales	375
3.	Régimen del viaje combinado	375
3.1.	Obligaciones del empresario	375
3.1.1.	Prestación del servicio en los términos convenidos	375
3.1.2.	Deberes de información.....	376
3.1.3.	Constitución de garantía frente al incumplimiento de obligaciones e insolvencia	377
3.1.4.	Prestación de asistencia adecuada al viajero	378
3.2.	Derechos del viajero.....	378

3.3. Responsabilidad del empresario.....	378
4. Régimen de los servicios de viaje vinculados.....	379

DERECHO DE LOS TÍTULOS VALORES

Lección 15

DERECHO DE LOS TÍTULOS VALORES (I). TEORÍA GENERAL DE LOS TÍTULOS VALORES. EL PAGARÉ

I. PAGARÉ.....	383
1. Caracterización.....	383
1.1. Concepto	383
1.2. Caracteres.....	384
1.2.1. Carácter formal, literal y fuerza ejecutiva	384
1.2.2. Carácter autónomo	385
1.2.3. Carácter abstracto.....	385
1.3. Función económica	386
2. Elementos personales.....	386
2.1. Identificación	386
2.2. La representación.....	387
3. Emisión del pagaré	388
3.1. Concepto	388
3.2. Cláusulas obligatorias.....	389
3.2.1. Caracterización y clases.....	389
3.2.2. Requisitos formales esenciales	389
3.2.3. Requisitos naturales	390
3.2.3.1. Caracterización y enumeración	390
3.2.3.2. El vencimiento.....	391
3.2.3.3. El lugar del pago	392
3.2.3.4. El lugar de emisión.....	392
3.3. Cláusulas facultativas.....	393
3.4. El pagaré en blanco.....	393
4. Circulación del pagaré.....	394
4.1. Caracterización y clases	394
4.2. El endoso	394
4.2.1. Concepto y requisitos.....	394
4.2.2. Clases.....	395
4.2.2.1. Enumeración. Los endosos encubiertos	395
4.2.2.2. Endoso pleno	396
4.2.2.3. Endosos limitados	397
4.3. Circulación de Derecho común	397
5. El aval	398
5.1. Concepto y caracteres	398
5.2. Elementos personales	399
5.3. Requisitos formales.....	400
5.4. Modalidades	400
5.4.1. En atención al ámbito subjetivo	400
5.4.2. En atención al contenido	400
5.5. El pago por el avalista.....	401

6. La intervención en el pago	402
7. Cumplimiento.....	403
7.1. La presentación al pago	403
7.1.1. Caracterización	403
7.1.2. Requisitos	403
7.2. El pago.....	404
7.2.1. Objeto del pago.....	404
7.2.2. Requisitos	404
7.3. El pago ordinario. La acción directa	405
7.4. El pago extraordinario. La acción de regreso	405
7.4.1. Caracterización y legitimación	405
7.4.2. Presupuestos de la acción de regreso	406
7.5. Procedimientos.....	407
7.6. Excepciones cambiarias.....	407
7.7. Acciones extra-cambiarias.....	408
7.7.1. Caracterización y clases.....	408
7.7.2. Acción causal	408
7.7.3. Acción de enriquecimiento	408

Lección 16

DERECHO DE LOS TÍTULOS VALORES (II). LA LETRA DE CAMBIO Y EL CHEQUE

II. LA LETRA DE CAMBIO.....	409
1. Caracterización.....	409
1.1. Concepto y caracteres	409
1.2. Similitudes y diferencias con el pagaré	410
1.3. Función económica	411
2. Elementos personales.....	411
2.1. Identificación	411
2.2. Confusión de elementos personales	411
3. Aceptación de la letra	412
3.1. Caracterización	412
3.2. Presentación de la letra a la aceptación	412
3.2.1. Caracterización y requisitos	412
3.2.2. Letras de presentación obligatoria.....	414
3.2.3. Prohibiciones de presentación a la aceptación	414
3.3. Requisitos de la aceptación	415
3.3.1. Requisitos de forma	415
3.3.2. Requisitos de contenido	416
3.4. Efectos de la aceptación	416
3.5. La intervención en la aceptación	416
3.6. El protesto por falta de aceptación.....	417
III. EL CHEQUE.....	418
1. Concepto y caracteres.....	418
2. Emisión	419
2.1. Caracterización y condiciones.....	419
2.2. Requisitos	419
2.2.1. Requisitos esenciales	419

2.2.2. Requisitos naturales	420
2.3. Cláusulas facultativas.....	420
2.4. Presupuestos	420
3. Clases de cheques	421
3.1. Enumeración.....	421
3.2. El cheque cruzado.....	421
3.3. El cheque para abonar en cuenta.....	422
3.4. El cheque bancario.....	422
3.5. El cheque de viaje.....	422
3.6. El cheque certificado	422
3.7. El cheque garantizado	423
3.8. El cheque de ventanilla.....	423
4. Circulación del cheque.....	424
4.1. Caracterización	424
4.2. El cheque al portador.....	424
4.3. El cheque nominativo.....	424
4.3.1. Caracterización y supuestos	424
4.3.2. El endoso	425
4.3.2.1. Requisitos	425
4.3.2.2. Elementos personales	425
4.3.2.3. Clases de endoso	425
5. Cumplimiento.....	426
5.1. Presentación al pago	426
5.1.1. Caracterización	426
5.1.2. Requisitos	427
5.2. El pago.....	427
5.2.1. Objeto del pago.....	427
5.2.2. Requisitos	428
5.2.3. La prueba del pago.....	428
5.3. El pago ordinario.....	428
5.3.1. Caracterización	428
5.3.1.1. Concepto. La obligación de pago	428
5.3.1.2. Presupuestos de la obligación de pago.....	429
5.3.2. Efectos	430
5.4. El pago extraordinario. La acción de regreso	431
5.5. Acción causal y acción de enriquecimiento.....	431

DERECHO CONCURSAL

Lección 17

DERECHO CONCURSAL, PRECONCURSAL Y PARACONCURSAL

I. DERECHO CONCURSAL	435
1. Caracterización y fundamento	435
2. Régimen interno. Los principios generales del sistema concursal español	436
3. Régimen internacional. La unificación del Derecho concursal en la Unión Europea	437

II. DERECHO PRE-CONCURSAL	439
1. Caracterización.....	439
2. Los acuerdos de refinanciación	440
2.1. Caracterización y clases	440
2.2. Los acuerdos de refinanciación plurilaterales	441
2.3. Los acuerdos de refinanciación bilaterales.....	442
2.4. Los acuerdos de refinanciación homologables judicialmente	443
2.4.1. Requisitos y procedimiento	443
2.4.2. Efectos de la admisión de la solicitud de homologación	444
2.4.3. Efectos de la homologación.....	444
3. El acuerdo extrajudicial de pagos	446
3.1. Caracterización	446
3.2. El mediador concursal.....	447
3.3. Presupuestos	448
3.4. El procedimiento. La solicitud de apertura y la provisión sobre la solicitud	448
3.4.1. La solicitud de apertura.....	448
3.4.2. La provisión sobre la solicitud de apertura.....	449
3.5. El procedimiento. Efectos de la apertura	450
3.5.1. Efectos sobre el deudor	450
3.5.2. Efectos sobre los acreedores	450
3.6. El procedimiento. El acuerdo extrajudicial de pagos	451
3.6.1. La propuesta	451
3.6.2. El acuerdo extrajudicial de pagos	452
3.6.2.1. La junta de acreedores.....	452
3.6.2.2. Mayorías para la adopción del acuerdo.....	453
3.6.2.3. Eficacia del acuerdo.....	454
3.6.2.4. La impugnación del acuerdo	455
3.6.2.5. El cumplimiento del acuerdo.....	455
3.7. El concurso consecutivo	456
III. EL DERECHO PARACONCURSAL	457

Lección 18

EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL. LA DECLARACIÓN DE CONCURSO. LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

I. EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL	459
1. Las fases del procedimiento	459
2. Las secciones	460
3. Las clases. Procedimiento ordinario y abreviado.....	462
4. El incidente concursal	463
II. LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO	465
1. Presupuestos de la declaración.....	465
1.1. Caracterización y enumeración. La pluralidad de acreedores	465
1.2. Presupuesto subjetivo.....	465
1.3. Presupuesto objetivo: la insolvencia	466
2. La solicitud de la declaración.....	466
2.1. La solicitud del deudor.....	466
2.1.1. La solicitud. El concurso voluntario	466

2.1.2. El deber de solicitar el concurso	467
2.2. La solicitud de los acreedores y otros legitimados. El concurso necesario	468
3. Procedimiento de la declaración	469
3.1. Órgano competente.....	469
3.2. Fases del procedimiento	470
3.3. El auto de declaración del concurso	471
4. Los concursos conexos	471
III. LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.....	473
1. Caracterización, composición y clases.....	473
2. Nombramiento	473
2.1. Requisitos	473
2.1.1. Condiciones positivas.....	473
2.1.2. Prohibiciones legales	474
2.2. Designación	476
2.3. Aceptación	478
3. El estatuto de la administración concursal.....	479
3.1. Derechos: la retribución.....	479
3.2. Obligaciones	481
3.2.1. Los deberes de diligencia y lealtad.....	481
3.2.1.1. El deber de diligencia	481
3.2.1.2. El deber de lealtad.....	483
3.2.2. La rendición de cuentas.....	484
3.3. Responsabilidad.....	485
3.4. El cese	486
3.5. Auxiliares delegados y expertos independientes	487
4. Funciones de la administración concursal	488
4.1. Funciones.....	488
4.2. El informe de la administración concursal.....	489

Lección 19

EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

I. CARACTERIZACIÓN	493
II. EFECTOS SOBRE EL DEUDOR	493
1. Relativos a su situación personal	493
1.1. Efectos generales	493
1.2. Efectos sobre sus derechos fundamentales.....	494
2. Efectos patrimoniales.....	495
2.1. Caracterización	495
2.2. Efectos sobre el ejercicio de las facultades de administración	496
2.3. Efectos sobre el ejercicio de las facultades de disposición	496
2.4. La formulación, la auditoría y la aprobación de las cuentas.....	498
3. Efectos sobre el deudor persona jurídica.....	498
3.1. Efectos sobre la persona jurídica	498
3.2. Efectos sobre los órganos de la persona jurídica.....	499
3.2.1. Caracterización	499
3.2.2. Efectos sobre el órgano de administración.....	500
3.2.3. Efectos sobre la junta de socios	503

3.3. Efectos sobre los socios	504
III. EFECTOS SOBRE LOS ACREEDORES	504
1. Constitución de la masa pasiva	504
2. Efectos sobre las acciones	506
2.1. Caracterización	506
2.2. Acciones declarativas	506
2.3. Acciones ejecutivas.....	507
3. Efectos sobre los créditos.....	509
3.1. Caracterización y enumeración	509
3.2. La prohibición de compensación.....	509
3.3. La suspensión del devengo de intereses	511
IV. EFECTOS SOBRE LOS CONTRATOS.....	512
1. El sistema legal	512
2. Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos vigentes	512
2.1. Régimen general.....	512
2.1.1. Contratos pendientes de cumplimiento por una parte	512
2.1.2. Contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes.....	513
2.2. Contratos de trabajo y convenios colectivos.....	515
2.3. Contratos con las administraciones públicas	516
3. La rehabilitación de contratos	516

Lección 20

LA MASA ACTIVA. LA MASA PASIVA. LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA

I. LA MASA ACTIVA.....	519
1. Caracterización y composición	519
2. Operaciones de la masa activa	520
2.1. Caracterización	520
2.2. La reintegración.....	521
2.2.1. El sistema de reintegración	521
2.2.2. La rescisión concursal	521
2.2.2.1. Caracterización y presupuestos	521
2.2.2.2. Efectos de la rescisión concursal.....	523
2.2.3. Legitimación y procedimiento	523
2.3. La separación.....	524
3. Los bienes conyugales.....	525
3.1. Régimen de gananciales	525
3.2. Régimen de separación de bienes	526
4. El inventario de la masa activa	527
II. LA MASA PASIVA	528
1. La determinación de la masa pasiva.....	528
2. Reconocimiento de créditos	528
2.1. Caracterización	528
2.2. Llamamiento a los acreedores y comunicación de créditos.....	528
2.3. El reconocimiento	529
2.3.1. Régimen general.....	529
2.3.2. Supuestos especiales de reconocimiento.....	530

3.	Clasificación de los créditos	532
3.1.	Caracterización y clases de créditos.....	532
3.2.	Créditos privilegiados	532
3.2.1.	Caracterización	532
3.2.2.	Créditos con privilegio especial	533
3.2.2.1.	Enumeración	533
3.2.2.2.	Los privilegios	534
3.2.3.	Créditos con privilegio general.....	535
3.3.	Créditos ordinarios	536
3.4.	Créditos subordinados	537
4.	La lista de acreedores.....	538
III.	LA FORMACIÓN DEL INVENTARIO DE LA MASA ACTIVA Y DE LA LISTA DE ACREEDORES	539
1.	Los textos provisionales.....	539
2.	Los textos definitivos	540
3.	La modificación del inventario definitivo y de la lista definitiva de acreedores	541
IV.	CRÉDITOS CONTRA LA MASA.....	543
1.	Caracterización.....	543
2.	Régimen jurídico	544

Lección 21

MODOS DE SOLUCIÓN DEL CONCURSO. EL CONVENIO

I.	CARACTERIZACIÓN	547
II.	EL CONVENIO	547
1.	Caracterización.....	547
2.	Clases	548
2.1.	Caracterización	548
2.2.	El convenio anticipado.....	549
2.2.1.	La propuesta, la admisión a trámite y la evaluación	549
2.2.2.	Aceptación y aprobación judicial del convenio.....	551
2.3.	El Convenio ordinario.....	551
2.3.1.	La apertura de la fase de convenio	551
2.3.2.	La tramitación del convenio.....	551
3.	Conclusión del convenio.....	553
3.1.	La propuesta	553
3.1.1.	Contenido de la propuesta	553
3.1.2.	Los documentos adjuntos.....	554
3.2.	La aceptación.....	555
4.	La aprobación judicial.....	557
4.1.	Caracterización	557
4.2.	Supuestos	557
4.2.1.	Causas de Oposición y motivos de rechazo de oficio	557
4.2.1.1.	Infracción de normas legales	557
4.2.1.2.	Inviabilidad objetiva del cumplimiento del convenio.	558
4.2.2.	Legitimación para formular oposición y procedimiento	558
4.2.3.	La decisión judicial.....	559

4.3. Efectos de la aprobación judicial del convenio	560
5. El cumplimiento del convenio.....	561
6. La nulidad del Convenio.....	562

Lección 22

MODOS DE SOLUCIÓN DEL CONCURSO. LA LIQUIDACIÓN

I. LA APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN	563
II. EFECTOS DE LA APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN	564
1. Caracterización.....	564
2. Efectos sobre el concursado	564
2.1. Efectos sobre el concursado persona natural	564
2.2. Efectos sobre el concursado persona jurídica	565
2.2.1. Efectos sobre la persona jurídica	565
2.2.2. Efectos sobre los órganos de la persona jurídica.....	565
3. Efectos sobre los créditos.....	566
III. LAS OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN	567
1. Caracterización.....	567
2. La liquidación del activo.....	567
2.1. El plan de liquidación	567
2.2. Las reglas supletorias	570
2.3. Las operaciones de liquidación del activo.....	570
3. La liquidación de pasivo	570
3.1. Caracterización y créditos afectados	570
3.2. La prelación en el pago	572
3.3. Las operaciones de liquidación del pasivo.....	573
IV. DEBERES DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL. SANCIONES.....	574

Lección 23

LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO. LA CONCLUSIÓN DEL CONCURSO

I. LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO	575
1. Caracterización. Concursos calificables y no calificables	575
2. Clases	576
3. El concurso culpable.....	576
3.1. Caracterización	576
3.2. La cláusula general.....	577
3.3. Las conductas del concurso culpable.....	577
3.4. Las presunciones de culpabilidad	578
4. Ámbito subjetivo	579
4.1. Personas afectadas por la calificación.....	579
4.2. Cómplices	580
5. Efectos.....	580
5.1. La inhabilitación	580
5.2. Efectos patrimoniales	581
5.3. La responsabilidad concursal	582
6. La tramitación de la sección de calificación	582

II. LA CONCLUSIÓN DEL CONCURSO	584
1. Las causas de conclusión	584
1.1. Caracterización	584
1.2. La conclusión por cumplimiento del convenio	584
1.3. La conclusión por finalización de la fase de liquidación	585
1.4. Causas extraordinarias de conclusión. En particular, la conclusión por insuficiencia de masa activa	585
2. Efectos de la conclusión.....	587
2.1. Caracterización	587
2.2. Efectos en caso de deudor persona natural.....	588
2.3. Efectos en caso de deudor persona jurídica	589
3. La exoneración del pasivo insatisfecho	589
3.1. Caracterización y requisitos	589
3.2. Procedimiento	590
4. La reapertura del concurso	591

Abreviaturas

AEAP	Acuerdo extrajudicial de pagos.
AR	Acuerdo de refinanciación.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
BORME	Boletín Oficial del Registro Mercantil.
CCAA	Comunidades Autónomas.
Cciv.	Código Civil.
Ccom.	Código de Comercio.
CE	Constitución Española.
CNC	Comisión Nacional de la Competencia.
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores.
CP	Código Penal.
CV	Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980.
D	Decreto.
DA	Disposición Adicional.
DF	Disposición Final.
DGRN	Dirección General de los Registros y el Notariado.
ECP	Entidad de Contrapartida Central.
ECR	Entidades de Capital Riesgo.
EM	Exposición de Motivos.
ESI	Empresa de servicio de inversión.
ET	Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 marzo.
IASB	<i>International Accounting Standards Board.</i>
IATA	Asociación Internacional de Transporte Aéreo.
ICAC	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.
ICO	Instituto de Crédito Oficial.
IIC	Institución de Inversión Colectiva.
LAC	Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas.
LBRL	Ley 7/1985 de 2 de abril de bases del Régimen Local.
LC	Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal.

LCA	Ley 12/1992 de 27 de mayo del contrato de agencia.
LCAFB	Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias.
LCC	Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.
LCCh	Ley 19/1985 de 16 de julio, cambiaria y del cheque.
LCE	Ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
LCGC	Ley 7/1998 de 13 de abril de condiciones generales de la contratación.
LCoop	Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.
LCS	Ley 50/1980 de 8 de octubre de contrato de seguro.
LCSP	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.
LDC	Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
LEC	Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
LECR	Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras.
LECR-ICC	Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.
LECS	Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.
LFE	Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.
LFFE	Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial.
LGeP	Ley 47/2003 General Presupuestaria.
LGSS	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
LGT	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
LH	Texto Refundido de la Ley Hipotecaria, aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1946.
LHM	Ley de 16 de diciembre de 1954 de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión.
LIIC	Ley 35/2003 de 4 de noviembre de Instituciones de Inversión Colectiva.
LIS	Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

LME	Ley 3/2009 de 3 abril de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles.
LMO	Ley 3/2004 de 29 de diciembre de medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales.
LMSP	Ley 16/2006 de 17 de julio de mediación de seguros y reaseguros privados.
LNA	Ley 48/1960 de 21 de julio de Navegación Aérea.
LO	Ley Orgánica.
LOCM	Ley 7/1996 de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista.
LODA	LO 1/2002 de 22 de marzo reguladora del derecho de asociación.
LOPJ	Ley 6/1985 de 1 de julio, Orgánica del Poder Judicial.
LORC	Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
LOSEAR	Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.
LOSSEC	Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.
LOTT	Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.
LOV	Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales.
LPAP	Ley 33/2003 de 3 de noviembre del Patrimonio de las Administraciones Públicas.
LPAC	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
LPD	LO 15/1999 de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal.
LPFP	Real Decreto Legislativo 1/2002 de 29 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
LRSVM	Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.
LSF	Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario.

LSFD	Ley 22/2007, de 11 julio de comercialización a distancia de servicios financieros.
LSGR	Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca.
LSPa	Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.
LSPLV	Ley 41/1999 de 12 de noviembre sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores.
LTAE	Ley 4/2007, de 3 abril de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas.
LUCI	Ley uniforme sobre la compraventa internacional. Conferencia diplomática de La Haya, 1964.
LVPBM	Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles.
MEFF	Mercado Oficial de Futuros y Opciones Financieros.
NIC	Normas Internacionales de Contabilidad.
NIIF	Normas Internacionales de Información Financiera.
RCGC	Registro de Condiciones Generales de la Contratación.
RD	Real Decreto.
RDEIS	Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión.
RDGN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
RD	Leg. Real Decreto Legislativo.
RDOPAS	RD 1066/2007 de 27 de julio de régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores.
REAC	RD 1517/2011 de 31 de octubre por el que se aprueba el Reglamento del texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas.
Regl.	Reglamento.
RDCLR-VN	Real Decreto 878/2015, de 2 de octubre, sobre compensación, liquidación y registro de valores negociables representados mediante anotaciones en cuenta, sobre el régimen jurídico de los depositarios centrales de valores y de las entidades de contrapartida central y sobre requisitos de transparencia de los emisores de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial.
RIIC	Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre de instituciones de inversión colectiva.

RM	Registro Mercantil.
RMCe	Registro Mercantil Central.
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.
RRM	Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por RD 1.784/1996, de 19 de julio.
RSF	Real Decreto 2387/2004 de 30 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento del sector ferroviario.
RUE	Reglamento de la Unión Europea.
SA	Sociedad Anónima.
SAE	Sociedad Anónima Europea.
SC	Sociedad de Capital.
SCo	Sociedad Colectiva.
SCa	Sociedad Comanditaria por Acciones.
SCom	Sociedad Comanditaria.
SIBE	Sistema de Interconexión bursátil español.
SL	Sociedad de Responsabilidad limitada.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TC	Tribunal Constitucional.
TFUE	Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea de 13 diciembre 2007.
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
TRLCSP	Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
TRLCU	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.
TRLMV	Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.
UE	Unión Europea.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS MERCANTILES

Lección 1

Teoría general de las obligaciones y contratos mercantiles (I)

SUMARIO: I. EL CONTRATO MERCANTIL. 1. Concepto. 2. Disciplina aplicable. II. ESPECIALIDADES EN EL RÉGIMEN GENERAL DE OBLIGACIONES. III. CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN GENERAL DE LOS CONTRATOS MERCANTILES. 1. La perfección. 1.1. Caracterización. 1.2. La oferta. 1.3. La aceptación. 1.4. Contratación entre ausentes. 2. La forma. 3. La prueba. 4. La interpretación. 5. El cumplimiento. IV. FORMAS ESPECIALES DE CONTRATACIÓN MERCANTIL. 1. Condiciones generales de la contratación. 1.1. Concepto. 1.2. El control de las Condiciones Generales de la Contratación. La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. 1.2.1. Ámbito de aplicación. 1.2.2. Requisitos de la incorporación. 1.2.3. Nulidad de las condiciones generales de la contratación. 1.2.4. Régimen y efectos de la no incorporación y de la nulidad. La interpretación. 1.2.5. Las acciones colectivas. 1.2.6. El Registro de Condiciones Generales de la Contratación. 2. Contratación a distancia. 2.1. Concepto. 2.2. Normativa aplicable. 2.3. Aspectos regulados. 2.3.1. Información precontractual y comunicaciones comerciales. 2.3.2. El consentimiento. Envíos no solicitados. 2.3.3. Confirmación de la contratación realizada. 2.3.4. Derecho de desistimiento. 2.3.5. La ejecución del contrato.

I. EL CONTRATO MERCANTIL

1. Concepto

El contrato mercantil es el celebrado por un empresario en el ejercicio de su actividad profesional. Esta característica resume el criterio de distinción entre el Derecho Mercantil de los contratos y el Derecho Civil, concebido, por ello, como Derecho general o común aplicable a las relaciones económicas en que ninguna de las partes goce de la consideración de empresario. Aunque es preciso reconocer que esta máxima no está formulada legalmente con la precisión que debiera, no puede dudarse de su corrección, considerando que el Derecho Mercantil es el sector del ordenamiento jurídico privado que aúna las normas que regulan los actos realizados por los empresarios en el ejercicio de la actividad empresarial que les es propia. En efecto, la calificación del Derecho Mercantil como Derecho de los empresarios y de la actividad empresarial no está expresa en el Código de Comercio vigente de 1885. El Ccom atiende, preferentemente, a un criterio objetivo para delimitar la materia mercantil, ya que, en principio, considera que es la que regula los actos de comercio (art. 2 Ccom).

Sin embargo, el Ccom no define este tipo de actos, ni suministra un criterio homogéneo para decidir de su existencia, lo que impide contar con un concepto uniforme de acto de comercio, si bien, en cierto número de casos, utiliza el crite-

rio de la intervención de un empresario para calificar el contrato como mercantil. Por otra parte, en la actualidad se han superado con creces las motivaciones históricas que condujeron al legislador de 1885 a optar por ese criterio objetivo de delimitación de la materia mercantil, ya que estaban ligadas al deseo de eliminar el supuesto carácter privilegiado de un Derecho aplicable solo a los comerciantes. Adicionalmente, siendo forzoso reconocer que han sido las necesidades que generan las actividades empresariales las que propiciaron el nacimiento y evolución posterior del Derecho Mercantil, y, por ende, que son que esas necesidades son las que explican el conjunto de especialidades existentes en el régimen general de obligaciones y contratos mercantiles frente al general o común propio del Derecho Civil, parece lógico suponer que el contrato mercantil es aquel suscrito por un empresario en el ejercicio de su actividad empresarial.

Estas tres circunstancias han conducido a la postergación definitiva del criterio objetivo en favor de un criterio subjetivo y funcional, que coloca al empresario y a su actividad en el origen del sistema, que, de otro lado no es ajeno por completo al Ccom. Por el contrario, la doctrina ha conseguido ampararle en ciertos preceptos del mismo, muy en particular en los reformados a lo largo del siglo XX y, sobre todo, en las leyes especiales que se han ido dictando en sustitución de sus preceptos o como complemento y adición de los mismos. Son, en efecto, numerosas las normas mercantiles funcionalmente conectadas a la idea de empresa o que contemplan directa y expresamente el fenómeno jurídico y económico de la empresa. Baste a este respecto con recordar que gran parte de las disposiciones del Derecho Mercantil descansan en las normas reguladoras del estatus del empresario (capacidad, deber de contabilidad, obligación de inscripción), cuya finalidad última es tutelar la organización creada por el empresario y el crédito de los terceros, que viene a ser el tejido conjuntivo en las relaciones interempresariales.

2. Disciplina aplicable

Los contratos mercantiles se rigen por lo dispuesto en el Ccom o en las leyes especiales y, solo de forma subsidiaria, por el Cciv (art. 50 Ccom). Si bien es obligado reconocer que en esta materia el Ccom incurre en un alto grado de obsolescencia.

II. ESPECIALIDADES EN EL RÉGIMEN GENERAL DE OBLIGACIONES

En relación con el cumplimiento de las obligaciones dispone el Ccom que no se reconocerán términos de gracia, cortesía u otros que, bajo cualquier denomi-

nación, difieran el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, salvo los que las partes hubieren prefijado en el contrato, o se apoyaren en una disposición terminante de Derecho (art. 61 Ccom). Se aparta del régimen civil, que autoriza al juez a conceder plazos (arts. 1124.3 y 1128 Cciv), con el objeto de garantizar la rapidez y seguridad en las transacciones mercantiles. Ordena asimismo el Ccom que las obligaciones que no tuvieran término prefijado por las partes o por las disposiciones del Ccom, serán exigibles a los diez días después de contraídas si sólo produjeran acción ordinaria, y al día inmediato, si llevaran aparejada ejecución (art. 62 Ccom). Se separa del Cciv en cuyo marco las obligaciones puras son exigibles desde luego (art. 1113 Cciv). En cuanto a los aplazamientos del pago han de tenerse en cuenta los plazos que establece la LMO, aplicable a las operaciones comerciales entre empresas o entre empresas y la Administración (art. 4 LMO) y los que prevé la LOCM (art. 17 LOCM).

Por otra parte, en relación con la mora, dispone que sus efectos comenzarán al día siguiente del vencimiento de la obligación, requiriéndose interpelación únicamente cuando el contrato no precise fecha de cumplimiento. La interpelación puede ser judicial o extrajudicial, pero, en este último caso, ha de arbitrarse por medios fehacientes (art. 63 Ccom). A diferencia una vez más del Cciv, que exige como regla la interpelación del acreedor (art. 1100 Cciv), en el Ccom la mora se produce automáticamente como norma general. Este principio se reitera en la LMO (arts. 4 y 5 LMO). Finalmente, en materia de prescripción el Ccom contempla plazos más cortos que el Cciv, debido a la rapidez del tráfico mercantil (arts. 942 a 954 Ccom), y prevé un régimen distinto en materia de interrupción de la prescripción. La prescripción se interrumpirá por interpelación judicial hecha al deudor, por el reconocimiento de las obligaciones o por la renovación del documento en que se funde el derecho del acreedor (art. 944 Ccom). Se añade, pues, la renovación del documento en que se funde el derecho del acreedor, que falta en el Cciv, pero se omite la referencia a la reclamación extrajudicial del acreedor, que prevé el Cciv (art. 1973 Cciv). Con todo existe una tendencia jurisprudencial proclive a admitir esta última también en el ámbito mercantil en aplicación del art. 14 CE.

III. CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN GENERAL DE LOS CONTRATOS MERCANTILES

En lo atinente a la doctrina general de la contratación mercantil cabe destacar como especialidades más relevantes las relativas a la perfección, la forma, la prueba y la interpretación.

1. *La perfección*

1.1. Caracterización

Salvo disposición contraria de la Ley, los contratos mercantiles se perfeccionan, modifican y extinguen por el mero consentimiento, que se traduce en el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituirlo. Esto es, en la aceptación de una oferta. Por otra parte el Ccom contiene una previsión específica para el caso de que intervenga un mediador, disponiendo que el contrato quedará perfeccionado cuando los contratantes hubieren aceptado su propuesta (art. 55 Ccom).

1.2. La oferta

En primer término, hay que distinguir entre la verdadera oferta que, aceptada, da lugar a la perfección del contrato, y la simple invitación al público para que este efectúe su oferta. La distinción tiene trascendencia sobre todo cuando el empresario acude a la publicidad o a otros medios de promoción para ofrecer al público sus productos. Como regla general, estos actos no pueden considerarse oferta en sentido propio, sino solo invitaciones a hacer ofertas, debido a que no suelen ser lo suficientemente precisos como para incluir todos los elementos esenciales del contrato al que se refieren, ni es usual que expresen la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. En consecuencia, la declaración de voluntad del destinatario no perfecciona el contrato. Lo mismo cabe decir del envío de catálogos, folletos o instrumentos promocionales similares. Como regla general se trata de simples invitaciones a hacer ofertas, salvo que otra cosa se disponga en la legislación sobre protección de los consumidores.

En segundo lugar, cabe referirse al valor de la oferta. Como norma carece de eficacia vinculante, de modo que el ofertante puede retirarla en cualquier momento anterior a la aceptación de la contraparte. No obstante, la oferta pública de venta o la exposición de artículos en establecimientos comerciales constituye a su titular en la obligación de proceder a su venta (art. 9 LOCM), de modo que adquiere carácter vinculante. Quedan, no obstante, exceptuados de esta obligación los objetos sobre los que se advierta, expresamente, que no se encuentran a la venta o que, claramente, formen parte de la instalación o decorado (art. 9 LOCM). Previsiones semejantes sobre el valor de la oferta se encuentran también en otros textos legales, como en la legislación sobre crédito al consumo (art. 8 LCC).

Por último es importante destacar el valor que se asigna a las declaraciones publicitarias para formar el contenido del contrato. En particular, en los contratos con consumidores, el contenido de la promoción o publicidad será exigibles

por estos, aun cuando no figuren expresamente en el contrato y deberá tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato, salvo que el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas (art. 61 TRLCU).

1.3. La aceptación

Existe aceptación de la oferta en el momento en que el destinatario de la misma realice algún acto que suponga asentimiento al contenido de la misma. El asentimiento ha de ser completo de modo que no introduzca términos adicionales o diferentes a los ofertados que los alteren sustancialmente. Puede ser expreso o tácito, por derivar de actos positivos concluyentes del aceptante. Sin embargo el mero silencio o la inactividad no suponen aceptación.

1.4. Contratación entre ausentes

Perfeccionándose el contrato por el consentimiento, hay que determinar en qué momento concurre en caso de que las partes no se hallen en el mismo lugar, esto es, cuando se contrata entre ausentes. El Ccom opta por el sistema del conocimiento, considerando, por tanto, que hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe (art. 54 Ccom). La norma se completa con una previsión en torno al lugar de celebración. Conforme a ella el contrato se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta (art. 54 Ccom).

2. *La forma*

En relación con la forma, rige en el ámbito mercantil el mismo principio que en el Derecho común de modo que no se precisa una forma especial para la validez del contrato (art. 51 Ccom). Aunque el art. 52 Ccom declare que los contratos que, con arreglo al Ccom o a las Leyes especiales, deban elevarse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia, no producirán obligación ni acción en juicio, la prescripción debe interpretarse de conformidad con lo previsto en los arts. 1279 y 1280 Cciv, por lo que la forma solo se exigirá como condición de validez cuando la Ley sancione su ausencia con nulidad de forma expresa.

3. *La prueba*

Respecto de la prueba, el Ccom establece dos normas relativas a la declaración de testigos y a la correspondencia telegráfica que han de estimarse derogadas por

la LEC (art. 51 Ccom). Hay que tener en cuenta, sin embargo, el valor probatorio otorgado a los libros y documentos contables. El art. 31 Ccom no lo aclara ya que se limita a disponer que tal extremo será apreciado por los Tribunales conforme a las reglas generales del Derecho, por lo que hay una obligatoria remisión a la regulación de la prueba contenida en la LEC. En ese contexto hay que distinguir un aspecto formal, que hace referencia al documento que es el libro, y un aspecto sustancial, relativo a los asientos que constituyen su contenido. Formalmente el libro contable es un mero documento privado ya que no está autorizado por Notario o funcionario público competente (art. 317 LEC). Sin embargo, desde el punto de vista sustancial el asiento es una declaración de conocimiento dotada de cierta especificidad frente a otras, puesto que se emite conforme a ciertas reglas, las contables, que obligan a mostrar la imagen fiel de la empresa. Por este motivo tal vez pueda estimarse que contienen una presunción de veracidad, que, no obstante, puede ser destruida por otros medios de prueba.

Tal presunción de veracidad se referiría, en principio, sólo a hechos materiales de carácter patrimonial, de conformidad con la opinión, hoy generalizada, que entiende privados de sustancia jurídica a los asientos contables, en tanto las operaciones jurídicas de las que derivan no son objeto de anotación en los libros. Sin embargo, no es inconveniente aceptar que el alcance probatorio del asiento depende en última instancia de cómo esté redactado y, por consiguiente, de la información que suministre sobre los negocios jurídicos, ya que es cierto que estos no son objeto de anotación contable, pero el asiento recoge el contenido de las prestaciones que las partes efectúan en su ejecución, por lo que es posible que proporcionen algún dato jurídicamente relevante de ellos. Por otro lado, es oportuno precisar que la transcripción de esas declaraciones de conocimiento sobre la realidad económica de la empresa en un conjunto de cuentas no es algo puramente aritmético, cuyo valor pueda reducirse a constituir un mero reflejo de esa realidad. Por el contrario, en ocasiones, la Ley atribuye consecuencias jurídicas específicas a la anotación misma, distintas de las que derivan del hecho inscrito. Como ejemplo de esta orientación puede mencionarse el saldo positivo de la Cuenta de Pérdidas y Ganancias, que es imprescindible para proceder al reparto o capitalización de los beneficios.

Es conveniente también aludir a la factura. Se trata de un documento privado en el que se describen las mercancías o los servicios prestados, especificándose su importe. Aunque el Ccom no contiene normas sobre su valor, se trata de un documento de trascendencia en el ámbito mercantil al que la jurisprudencia ha atribuido cierto valor probatorio de las mercancías o servicios prestados, estimando, en ocasiones, que cumple la función de requerimiento de pago por el acreedor. Este aspecto ha sido constatado por el art. 4 LMO. Por su parte, la LOCM dispone que cuando la perfección del contrato no sea simultánea con la entrega del objeto o cuando el comprador tenga la facultad de desistir del contrato, el comerciante de-

berá expedir factura, recibo u otro documento análogo en el que deberán constar los derechos o garantías especiales del comprador y la parte del precio que, en su caso, haya sido satisfecha (art. 11.2 LOCM). Adicionalmente, los proveedores deberán indicar en su factura el día del calendario en que debe producirse el pago. Si todas o alguna de las mercancías estuvieran afectadas por una cláusula de reserva de dominio, la factura expresará asimismo esta circunstancia, que deberá responder en todo caso a un acuerdo entre proveedor y comerciante documentado con anterioridad a la entrega. Las facturas deberán hacerse llegar a los comerciantes antes de que se cumplan treinta días desde la fecha de entrega y recepción de las mercancías (art. 17.2 LOCM).

Cabe mencionar también que, en las ventas a pérdida, las facturas se entenderán aceptadas en todos sus términos y reconocidas por sus destinatarios, cuando no hayan sido objeto de reparo en el plazo de los veinticinco días siguientes a su remisión. En el caso de que no sean conformes se dispone sobre el anterior de un plazo adicional de diez días para su subsanación y nueva remisión de la correspondiente factura rectificadora (art. 14.2 LOCM). Por último, es preciso tener en cuenta que la LEC reconoce expresamente la factura como uno de los documentos aptos para acreditar la deuda en el ámbito del proceso monitorio (art. 812 Ccom).

4. La interpretación

En materia de interpretación, la regla principal es que los contratos han de interpretarse de buena fe concebida en sentido objetivo, atribuyendo a las cláusulas contractuales el sentido que tienen en la vida del tráfico, y teniendo en cuenta la finalidad económica perseguida por las partes (art. 57 Ccom). Si se originan dudas que no puedan resolverse aplicando las normas legales y los usos de comercio, se decidirá la cuestión a favor del deudor (art. 59 Ccom). Si el contrato contiene condiciones generales, las dudas se resolverán a favor del adherente (art. 6 LCG). De intervenir un consumidor, la interpretación y la integración se efectuarán en su beneficio (art. 65 TRLCU).

5. El cumplimiento

Sobre el cumplimiento del contrato, el Ccom alude a la cláusula penal, concibiendo la pena como una valoración objetiva de la indemnización de daños y perjuicios, realizada *a priori*. Dispone que en el contrato mercantil en que se fije pena de indemnización contra el que no lo cumpliera, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato o la pena prescrita; pero, utilizando una de estas dos acciones, quedará extinguida la otra, a no mediar pacto en contrario

(art. 56 Ccom). Supone, pues, una alternativa para el acreedor, que puede optar entre exigir el cumplimiento del contrato o la pena, pero no para el deudor, que no puede liberarse de su obligación pagando la pena. No difiere en esencia de la regulación civil, que resulta de aplicación subsidiaria (arts. 1152 a 1155 Cciv).

IV. FORMAS ESPECIALES DE CONTRATACIÓN MERCANTIL

1. *Condiciones generales de la contratación*

1.1. Concepto

Se consideran condiciones generales de la contratación aquellas cláusulas que, habiendo sido redactadas con la finalidad de pasar a formar parte de una pluralidad de contratos, se incorporan al contrato por imposición de una de las partes (art. 1.1 LCGC). A consecuencia de ello, la ordinaria determinación bilateral del contenido del contrato es sustituida por la adhesión al clausulado unilateralmente predeterminado por la parte económicamente más fuerte, que lo impone en su contratación en serie. Constituyen, por tanto, un instrumento de la contratación mercantil en serie por lo que su utilización es típica de las grandes empresas, en especial de las bancarias y de seguros, de las de suministro, energía y de medios de comunicación, a quienes reportan evidentes ventajas en orden a la agilidad de la contratación. De ahí que se plasmen en los denominados contratos de adhesión o contratos-tipo.

Ninguna de estas circunstancias autoriza, sin embargo, a estimar que constituyan fuente autónoma del Derecho Mercantil. Su fuerza de obligar deriva en exclusiva del contrato, sin perjuicio de que, a través de una práctica generalizada, puedan terminar constituyendo un uso y de que, en ocasiones, sean impuestas por el Estado, derivando entonces su fuerza de obligar de la disposición legal en la que se contengan. La LCGC constata esta orientación al disponer que no resulta de aplicación a aquellos contratos en los que las condiciones generales vengan determinadas por una disposición legal o administrativa de carácter general y de aplicación obligatoria para los contratantes (art. 4 LCGC).

1.2. El control de las Condiciones Generales de la Contratación. La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación

1.2.1. *Ámbito de aplicación*

Son obvios los riesgos que las condiciones generales de la contratación encierran para el adherente. Ciertamente, como advierte la EM LCGC, las cláusulas

que merezcan esta consideración no tiene por qué ser abusivas, pero la especificidad de esta forma de contratar exige en cualquier caso su sumisión a normas y controles especiales. Estos controles se especifican en la LCGC. Desde el punto de vista objetivo, la LCGC excluye ciertos contratos considerando que, por sus características específicas, por la materia que tratan y por la inanidad de la idea de predisposición contractual, no requieren la sumisión al régimen tuitivo que establece. Se trata de los contratos administrativos, los de trabajo, los de constitución de sociedades, los que regulen relaciones familiares o los sucesorios (art. 4 LCGC). Sin embargo, el ámbito subjetivo de aplicación de la LCGC se extiende a cualquier adherente, ya sea un profesional o consumidor (art. 2 LCGC).

1.2.2. Requisitos de la incorporación

La incorporación de las condiciones generales al contrato exige la concurrencia de dos requisitos. En primer término, que sean aceptadas por el adherente. Se estima que concurre la aceptación cuando el contrato sea firmado por ambas partes constando en él una referencia a las condiciones generales incorporadas, siempre que el predisponente haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y le haya facilitado un ejemplar de las mismas [arts. 5.1 y 7 a) LCGC]. Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, habrá de garantizar al adherente la posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración, por ejemplo, anunciando las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebre el negocio [arts. 5.3 y 7 a) LCGC]. En consecuencia, las condiciones generales no quedarán incorporadas al contrato cuando el adherente no haya tenido oportunidad real de conocerlas de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, de ser necesario [art. 7 a) LCGC].

En segundo lugar, se requiere que sean legibles y se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez. De modo que no quedarán incorporadas las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato [arts. 5.5 y 7 b) LCGC]. Es el llamado control de inclusión o incorporación o primer control de transparencia, que es, en esencia, un control básicamente formal por cuanto tiene por objeto evaluar la comprensión gramatical y perceptibilidad o legibilidad de la cláusula en cuestión.

1.2.3. Nulidad de las condiciones generales de la contratación

Son nulas las condiciones que contradigan, en perjuicio del adherente, lo dispuesto en la LCGC o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ella se establezca un efecto distinto en caso de contravención (art. 8.1 LGC). En particular son nulas las cláusulas abusivas incorporadas a contratos celebrados con un consumidor en los términos previstos en el TRLCU. Esto no quiere decir que, en las condiciones generales entre profesionales, no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal situación se sujetará a las normas generales de nulidad contractual, incluyéndose, en particular, la vulneración de los principios de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones (arts. 1258 CCiv y 57 CCom). Conforme a ello se reputan abusivas o contrarias a la buena fe, aquellas cláusulas que comporten una regulación contraria a la legítima expectativa que el adherente pudo tener de conformidad con los términos del contrato, como consecuencia de un abuso de la posición dominante del predisponente.

1.2.4. Régimen y efectos de la no incorporación y de la nulidad. La interpretación

La declaración de no incorporación o de nulidad de la condición general no supone necesariamente la inexistencia o nulidad del contrato. Ocurrirá así únicamente cuando este no pueda subsistir sin tales cláusulas por afectar a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 Cciv. En otro caso, se decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las condiciones generales afectadas, integrándose aquel por el juez con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Cciv y a las disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo (arts. 9 y 10 LCGC). Consagra también la LCGC el criterio interpretativo tradicional conforme al cual cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas por el contrato, prevalecerán éstas últimas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares. Asimismo previene que las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente (art. 6 LCGC).

1.2.5. Las acciones colectivas

Las llamadas acciones colectivas son de tres tipos. La acción de cesación, la de retractación y la declarativa. La acción de cesación tiene por finalidad obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o

aclarando, cuando sea necesario, el contenido del contrato, que ha de considerarse válido y eficaz. A la acción de cesación podrá acumularse, como accesoria, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones (art. 12.2 LCGC). La acción de retractación lleva aparejada la obligación del demandado de retractarse de la recomendación por él formulada de utilizar cláusulas nulas así como de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro (art. 12.3 LCGC). La acción declarativa tiene por objeto obtener una sentencia que reconozca una cláusula como condición general de la contratación y ordene su inscripción en el RCGC cuando la misma sea obligatoria por haberlo determinado así el Gobierno (arts. 12.4 y 11.2 LCGC).

Para interponer estos tres tipos de acciones colectivas están activamente legitimados las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros, las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, las asociaciones de consumidores y usuarios, el Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores, los colegios profesionales legalmente constituidos, el Ministerio Fiscal y las entidades de otros Estados miembros de la Unión Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores que estén habilitadas (art. 16 LCGC). La legitimación pasiva se confiere a los profesionales que utilicen o recomienden las condiciones generales objeto de controversia (art. 17 LCGC). Salvo las excepciones expresamente previstas en la Ley, estas acciones son imprescriptibles (art. 19 LCGC). El fallo de la sentencia dictada en el ejercicio de una acción colectiva, una vez firme, junto con el texto de la cláusula afectada, podrá publicarse por decisión judicial en el BORME o en un periódico de los de mayor circulación de la provincia correspondiente al Juzgado donde se hubiera dictado la sentencia, salvo que el Juez o Tribunal acuerde su publicación en ambos (art. 21 LCGC).

1.2.6. El Registro de Condiciones Generales de la Contratación

El Registro de Condiciones Generales de la Contratación está a cargo de un Registrador de la Propiedad y Mercantil. Se trata de un registro público. Por este motivo todas las personas tienen derecho a conocer el contenido de sus asientos. La inscripción en el Registro de las cláusulas contractuales que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación es facultativa, salvo que el Gobierno imponga la inscripción obligatoria (art. 11 LCGC). En el Registro se inscriben también las sentencias estimatorias de cualquiera de las acciones colectivas, así

como de las acciones individuales de nulidad o no incorporación (art. 22 LCGC). Finalmente, cabe destacar que la falta de inscripción de las condiciones generales de la contratación en el Registro, cuando sea obligatoria, o la persistencia en la utilización o recomendación de condiciones generales respecto de las que ha prosperado una acción de cesación o retractación, será sancionada con multa. No obstante, las sanciones derivadas de la infracción de la normativa sobre consumidores y usuarios, se regirá por su legislación específica (art. 24 LCGC).

2. Contratación a distancia

2.1. Concepto

Por contrato a distancia se entiende el celebrado en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea de los contratantes, y en el que se hayan utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento de la celebración del contrato y en la propia celebración del mismo. Entre otras, tienen la consideración de técnicas de comunicación a distancia el correo postal, Internet, el teléfono o el fax (arts. 92 TRLCU y 38 LOCM). Dicha definición abarca las situaciones en las que el consumidor únicamente visita el establecimiento mercantil de la empresa con el propósito de recabar información sobre los bienes o los servicios y la negociación y celebración subsiguiente del contrato tienen lugar a distancia. Por otra parte, el concepto de sistema organizado de prestación de servicios o de venta a distancia incluye los sistemas ofrecidos por un tercero distinto del empresario pero utilizado por éste, como una plataforma en línea. No obstante, no cubre los casos en los que las páginas web ofrecen información solamente sobre el empresario, sus bienes o servicios y sus datos de contacto.

2.2. Normativa aplicable

Los contratos a distancia celebrados entre un empresario y un consumidor están regulados en el TRLCU, a excepción de los que el propio TRLCU excluye expresamente (art. 93 TRLCU). Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que si la contratación a distancia es electrónica, rige además la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, que será de aplicación preferente cuando exista contradicción con las previsiones del TRLCU, salvo en materia de información precontractual en la que prevalecen las normas del TRLCU (arts. 94 y 97.7 TRLCU). La normativa sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico regula asimismo la contratación a distancia electrónica en la que no se aprecien los elementos subjetivos exigidos por el TRLCU.

2.3. Aspectos regulados

2.3.1. *Información precontractual y comunicaciones comerciales*

El TRLCU impone al empresario el deber de suministrar al consumidor, de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas, pero siempre *de forma legible, clara y comprensible con respeto*, en particular, el principio de buena fe en las transacciones comerciales, así como a los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar, una información precontractual cuyo contenido mínimo está tasado en la Ley, que, a grandes rasgos, comprende la identificación del empresario, los elementos esenciales del contrato y las condiciones del mismo, incluidas las relativas al uso del medio de comunicación a distancia. En particular, si existe un derecho de desistimiento, el empresario está obligado a comunicar las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer ese derecho, así como el modelo de formulario de desistimiento. Esta información se suministrará en todo caso antes de que el consumidor quede vinculado por el contrato y formará parte integrante del mismo, sin que pueda alterarse a menos que las partes dispongan expresamente lo contrario. Si el empresario no cumple los requisitos de información sobre gastos adicionales u otros costes, incluyendo los costes de devolución de los bienes en caso de desistimiento el consumidor no deberá abonar dichos gastos o costes (arts. 97 y 98.1 y 2 TRLCU).

Estas previsiones deben completarse con la disciplina relativa a las comunicaciones comerciales, que obliga al empresario a hacer constar inequívocamente el carácter comercial de las mismas, concediendo al consumidor el derecho a oponerse a recibir tal tipo de comunicaciones (arts. 96 y 98.5 TRLCU). Y con la LCD, que reputa desleal por agresivo realizar propuestas no deseadas y reiteradas por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios de comunicación a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado legalmente para hacer cumplir una obligación contractual y obliga al empresario o profesional a utilizar en estas comunicaciones sistemas que permitan al consumidor dejar constancia de su oposición a seguir recibiendo propuestas comerciales de dicho empresario o profesional (art. 29 LCD).

2.3.2. *El consentimiento. Envíos no solicitados*

El consentimiento ha de manifestarse de forma expresa, de modo que, en ningún caso, la falta de respuesta a la oferta de contratación a distancia podrá considerarse como aceptación de ésta, prohibiéndose además los envíos no solicitados que incluyan una petición de pago en los términos y con las consecuencias previstas con carácter general en el TRLCU, a los que luego se aludirá (arts. 101 y 66 *quéter* TRL-

CU). De otro lado, el TRLCU contiene previsiones específicas para la contratación telefónica y para la electrónica. En aquellos casos en que el empresario se ponga en contacto telefónicamente con el consumidor para llevar a cabo la celebración de un contrato a distancia, deberá confirmar la oferta al consumidor por escrito, o salvo oposición del mismo, en cualquier soporte de naturaleza duradera. El consumidor sólo quedará vinculado una vez que haya aceptado la oferta mediante su firma o mediante el envío de su acuerdo por escrito, que, entre otros medios, podrá llevarse a cabo mediante papel, correo electrónico, fax o sms (art. 98.6 TRLCU).

Si el contrato a distancia va a celebrarse por medios electrónicos e implica obligaciones de pago para el consumidor, el empresario pondrá en conocimiento de éste de una manera clara y destacada, y justo antes de que efectúe el pedido, la información establecida en el TRLCU y velará por que el consumidor, al efectuar el pedido, confirme expresamente que es consciente de que éste implica una obligación de pago. Si la realización del pedido se hace activando un botón o una función similar, el botón o la función similar deberán etiquetarse, de manera que sea fácilmente legible, únicamente con la expresión «pedido con obligación de pago» o una formulación análoga no ambigua que indique que la realización del pedido implica la obligación de pagar al empresario. En caso contrario, el consumidor y usuario no quedará obligado por el contrato o pedido (art. 98.2 TRLCU).

2.3.3. Confirmación de la contratación realizada

El empresario deberá facilitar al consumidor la confirmación del contrato celebrado en un soporte duradero y en un plazo razonable después de la celebración del contrato a distancia, a más tardar en el momento de entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio. Tal confirmación incluirá toda la información precontractual, salvo que el empresario la haya facilitado antes de la celebración del contrato y, cuando proceda, la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor del conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento (art. 98.7 TRLCU). El contrato celebrado sin que se haya facilitado al consumidor la copia del contrato o la confirmación del mismo en los términos anteriores podrá ser anulado a instancia del consumidor por vía de acción o excepción. En ningún caso podrá ser invocada la causa de nulidad por el empresario, salvo que el incumplimiento sea exclusivo del consumidor (art. 100 TRLCU).

2.3.4. Derecho de desistimiento

El derecho de desistimiento en los contratos a distancia se rige, en primer término, por las normas expresamente previstas para este tipo de contratos, y en,

su defecto, por lo dispuesto con carácter general en el TRLCU, que viene a ser el régimen común de este derecho, de modo que aquí solo se tratarán las especialidades, que habrán de completarse con las disposiciones del régimen común (art. 68.2 y 3 TRLCU). El derecho se excluye en los supuestos expresamente previstos en el TRLCU (arts. 102.1 y 103 TRLCU). Fuera de estos casos no puede ser eliminado ya que se consideran nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor la renuncia al mismo (art. 102.2 TRLCU). En lo relativo al ejercicio del derecho, el TRLCU dispone que, además de por la remisión del documento de desistimiento, podrá llevarse a cabo mediante el envío de cualquier otro tipo de declaración inequívoca en la que se señale la decisión de desistir del contrato (art. 106.1 TRLCU). Si la comunicación se remite electrónicamente, el empresario comunicará sin demora al consumidor en un soporte duradero el acuse de recibo de dicho desistimiento (art. 106.3 TRLCU). Por lo demás, dicha comunicación ha de enviarse antes de que finalice el plazo de ejercicio del derecho (art. 106.2 TRLCU).

En cuanto a los efectos del ejercicio del derecho, el consumidor sólo será responsable de la disminución de valor de los bienes resultante de una manipulación de los mismos distinta a la necesaria para establecer su naturaleza, sus características o su funcionamiento. En ningún caso será responsable de la disminución de valor de los bienes si el empresario no le ha informado de su derecho de desistimiento (art. 108.2 TRLCU). En los contratos de prestación de los servicios o de suministro de agua, gas o electricidad –cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas– o de calefacción mediante sistemas urbanos, el consumidor abonará el importe proporcional a la parte ya prestada del servicio en el momento en que haya informado al empresario del ejercicio del derecho de desistimiento, en relación con el objeto total del contrato solo si solicitó expresamente que la prestación del servicio se iniciara durante el plazo de desistimiento [arts. 108.4 a), 98.8 y 99.3 TRLCU], siempre que el empresario le hubiere informado de su derecho de desistimiento [arts. 108.4 a) TRLCU]. Sin embargo, no asumirá coste alguno por el suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material, cuando no haya dado expresamente su consentimiento previo a la ejecución antes de que finalice el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento o cuando no sea consciente de que, al darlo, renuncia a su derecho de desistimiento y cuando el empresario no le haya dado facilitado la confirmación del contrato y la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor del conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento por haber solicitado la ejecución antes de que finalice el plazo de ejercicio del derecho de desistimiento [arts. 108.4 b), 98.7, 99.2 y 103 m) TRLCU]

En este mismo contexto, al deber del empresario de devolver el precio se añade el de reintegrar también los costes de entrega. No obstante, como excepción al principio aplicable en el régimen común conforme al cual el ejercicio del derecho

de desistimiento no implicará gasto alguno para el consumidor (art. 73 TRLCU), en este tipo de contratos, si el consumidor ha seleccionado expresamente una modalidad de entrega diferente a la modalidad menos costosa de entrega ordinaria, el empresario no estará obligado a reembolsar los costes adicionales que de ello se deriven (art. 107.2 TRLCU). Y sólo soportará los costes directos de devolución de los bienes, salvo si el empresario ha aceptado asumirlos o no le ha informado de que le corresponde asumir esos costes (art. 108.1 TRLCU). Adicionalmente, a menos que el empresario se haya ofrecido a recoger él mismo los bienes, en los contratos de venta, el empresario podrá retener el reembolso hasta haber recibido los bienes, o hasta que el consumidor haya presentado una prueba de la devolución de los mismos, según qué condición se cumpla primero (art. 107.3 TRLCU).

2.3.5. *La ejecución del contrato*

Salvo que las partes hayan acordado otra cosa, el empresario deberá ejecutar el pedido sin ninguna demora indebida y a más tardar en el plazo de 30 días naturales a partir de la celebración del contrato (arts. 109 TRLCU). De no ejecutarse el contrato por parte del empresario por no encontrarse disponible el bien o servicio contratado, la Ley prevé dos alternativas. O bien, la devolución al consumidor de las sumas que haya abonado en virtud del mismo, que deberá efectuarse sin demoras indebidas, por cuanto el retraso injustificado faculta al consumidor para reclamar que se le pague el doble del importe adeudado, sin perjuicio a su derecho de ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en lo que excedan de dicha cantidad (art. 110 TRLCU); o bien, siempre y cuando el consumidor hubiera sido informado expresamente de tal posibilidad, el suministro sin aumento de precio de un bien o servicio de características similares que tenga la misma o superior calidad. En este supuesto, el consumidor podrá ejercer sus derechos de desistimiento y resolución en los mismos términos que si se tratara del bien o servicio inicialmente requerido (art. 111 TRLCU).

En caso de que el pago se efectúe mediante tarjeta, cuando el importe hubiese sido cargado fraudulentamente o indebidamente utilizando el número de una tarjeta de pago, el consumidor titular de ella podrá exigir la inmediata anulación del cargo. En tal caso, las correspondientes anotaciones de adeudo y reabono en las cuentas del empresario y del consumidor y usuario titular de la tarjeta se efectuarán a la mayor brevedad. Sin embargo, si la compra hubiese sido efectivamente realizada por el consumidor titular de la tarjeta y la exigencia de devolución no fuera consecuencia de haberse ejercido el derecho de desistimiento o de resolución, aquél quedará obligado frente al empresario al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de dicha anulación (art. 112 TRLCU).

Lección 2

Teoría general de las obligaciones y contratos mercantiles (II)

SUMARIO: 3. Contratación electrónica. 3.1. Concepto. 3.2. Normativa aplicable. 3.3. La Ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. 3.3.1. Información precontractual y comunicaciones comerciales. 3.3.2. Oferta y consentimiento. 3.4. Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. 4. Contratación mediante plataformas digitales. 4.1. La intervención de plataformas como elemento definitorio de la economía de plataforma. 4.2. La existencia de diferentes modelos y su problemática jurídica. 5. Contratación automática. 6. Contratación fuera de establecimiento mercantil. 6.1. Concepto. 6.2. Régimen jurídico. 7. Contratación con consumidores. 7.1. Carácter mercantil. 7.2. Principales pautas de régimen jurídico. 7.2.1. Preliminar. 7.2.2. Información precontractual y publicidad. 7.2.3. Consentimiento. 7.2.4. Confirmación documental de la contratación realizada y factura. 7.2.5. Integración del contrato. 7.2.6. La obligación de entrega. 7.2.6.1. Caracterización. 7.2.6.2. La obligación de entrega conforme. 7.2.6.3. Derechos y acciones en caso de incumplimiento de la obligación de entrega. 7.2.6.4. Forma y plazo de entrega. 7.2.7. El precio. 7.2.8. Transmisión del riesgo. 7.2.9. Extinción de contratos de tracto sucesivo. 7.2.10. Derecho de desistimiento. 7.2.10.1. Caracterización y régimen aplicable. 7.2.10.2. Ejercicio del derecho. 7.2.10.3. Consecuencias del ejercicio del derecho. 7.2.10.4. El desistimiento en los contratos complementarios y en los contratos de crédito vinculados. 7.3. Control de transparencia y cláusulas abusivas. 7.3.1. Ámbito de aplicación. 7.3.2. Control de transparencia. 7.3.3. Control de contenido y de transparencia cualificada. 8. La contratación mediante subasta. 8.1. Caracterización y normativa aplicable. 8.2. El contrato de subasta. 8.3. Las relaciones entre el subastador y los postores.

3. Contratación electrónica

3.1. Concepto

La contratación electrónica constituye, sin duda, un fenómeno en plena expansión, que ha venido a alterar el modo tradicional de contratar, no ya sólo en la contratación entre presentes, sino en los contratos a distancia. Frente a las vías tradicionales cuyo común denominador es que tienen como soporte la distribución escrita o la vía postal, este tipo de contratación que se desarrolla al amparo del comercio electrónico, se caracteriza por desarrollarse a través de medios telemáticos y redes de telecomunicación. Como nuevo soporte del intercambio de bienes y servicios, estos medios vienen sustituyendo, de forma cada vez más generalizada, a los medios clásicos para la emisión y recepción de voluntades con eficacia negocial, lo que da lugar a un nuevo ámbito de ejercicio de la actividad mercantil, una suerte de mercados virtuales.

Como todos los cambios en el Derecho en general y, en el Derecho Mercantil en particular, tiene por finalidad fomentar y agilizar la consecución de transaccio-

nes comerciales adaptándose a la realidad económica. No obstante, la desmaterialización del documento y del propio mercado en el que se produce la operatoria da lugar a una importante problemática de carácter pluridisciplinar y por tanto, plantea importantes retos al Ordenamiento Jurídico.

La contratación electrónica, independientemente del objeto sobre el que recaiga, plantea la dificultad de aplicar conceptos y categorías jurídicas tradicionales a contratos en los que concurren las características de desmaterialización anteriormente apuntadas. Además, y como consecuencia directa del desarrollo del comercio electrónico y de la penetración de las tecnologías de la información en todos los ámbitos de la economía, los mercados nacionales como tales pueden considerarse que han sido ampliamente superados.

Dada, por otra parte, la rapidez con la que se producen los avances tecnológicos que inciden de forma directa en el modo de contratación, no parece aconsejable mantener un concepto estricto de contrato electrónico como se venía haciendo, en el que únicamente se tome en consideración el hecho de que la perfección del contrato se produzca mediante el intercambio electrónico de datos de ordenador a ordenador, ya sea a través de las aplicaciones de internet, como máximo exponente de redes abiertas de telecomunicación, básicamente el correo electrónico o el *Word Wide Web*; ya sea a través del sistema EDI (*Electronic Data Interchange*), caracterizado porque su uso se encuentra restringido a quienes están oportunamente habilitados.

En la actualidad resulta pertinente aludir a un concepto amplio de contrato electrónico entendiendo por tal aquel que permite la realización de un negocio jurídico utilizando un sistema electrónico, por lo que quedarían comprendidos en su noción los contratos celebrados a través de vías que pueden ya considerarse tradicionales; y además, a través de otras derivadas de la irrupción veloz de tecnologías como el *Blockchain* que están en la base de un nuevo tipo de contratos sin intervención humana, los denominados *smarts contracts*.

Los *smarts contracts* son contratos electrónicos capaces de ejecutarse y hacerse cumplir por sí mismos, de manera autónoma y automática, sin intermediarios ni mediadores, y por tanto, autoejecutables. Esto es posible al trasladar las cláusulas del contrato a códigos informáticos (*scripts*) que se autoejecutarán cuando se produzca una situación predeterminada en el propio contrato. Esas situaciones predeterminadas o programas pueden ser de muy diferente tipo, desde efectuar pagos a emitir votos, etc. La virtualidad de estos contratos es que una vez que se establecen las circunstancias que van a dar lugar a la ejecución del contrato, no resulta posible ya establecer ningún tipo de modificación. Por tanto, las cláusulas que se establezcan (lo que se haya programado) son indisponibles en un momento posterior a la voluntad de las partes. Ello permite dotar de agilidad y sencillez a

la contratación. A partir del primer *smart contract*, se podrán ir perfeccionando sucesivos contratos en cadena, en los que no será preciso ningún tipo de intervención humana. Por tanto, resulta una solución para el Internet de las cosas.

En todo caso, admitida en la actualidad sin fisuras la validez y eficacia de los contratos electrónicos, continúan surgiendo cuestiones a abordar como las relativas a la perfección de los contratos, a la prueba de los mismos o a la eventual falta de seguridad en las transacciones electrónicas. En efecto, entre los consumidores se constata la preocupación por aspectos que pueden parecer básicos en la contratación tradicional, pero que asumen fundamental importancia cuando se realiza por estos medios, máxime a través de redes abiertas como Internet, tales como asegurar la identidad de los intervinientes, la integridad y la confidencialidad del mensaje. Podría apuntarse finalmente otros aspectos de relevancia como la propia seguridad del pago electrónico, la asunción de responsabilidad en casos de conflicto, así como los riesgos de potenciales abusos que el uso de los medios telemáticos puede originar (transferencias fraudulentas de fondos...) etc. Asimismo, hay que considerar que, tratándose en muchas ocasiones de operaciones de carácter transfronterizo, surge el problema de coordinar las distintas legislaciones, máxime cuando en la contratación intervienen consumidores que cuentan con específicas medidas de tutela en cada país. Todos estos problemas se agravan en el caso particular de los *smarts contracts*, que precisan no solo una adaptación de las normas tradicionales sino posiblemente nuevos planteamientos jurídicos.

3.2. Normativa aplicable

Su disciplina se encuentra, en primer término, en la LCE, que, no obstante, excluye de su ámbito de aplicación a los contratos relativos al Derecho de familia y sucesiones. Asimismo, los actos o contratos en los que la Ley determine para su validez o para la producción de determinados efectos la forma documental pública, o que requieran por Ley la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles o autoridades públicas, se regirán por su legislación específica (art. 23.4 LCE). No se contempla tampoco ninguna disposición aplicable a los *smarts contracts* o a otro tipo de contratos basados en tecnología *blockchain*, teniendo en cuenta lo reciente de su irrupción en el tráfico mercantil.

Cuando estos contratos estén firmados electrónicamente se estará a lo establecido la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. Adicionalmente, los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación

de la actividad comercial (art. 23.1 LCE). Por consiguiente, si el adquirente del bien, o el receptor del servicio, es un consumidor resulta aplicable el TRLCU. En particular las normas sobre contratación a distancia. No puede dudarse, en efecto, de que la contratación electrónica es un tipo de contratación a distancia por cuanto se arbitra a través de una *técnica de comunicación a distancia* (art. 92.1 TRLCU) y no está expresamente mencionada en las excepciones previstas en el art. 93 TRLCU. Por lo demás, lo prevé expresamente el propio art. 94 TRLCU. Conforme a este último texto legal, cuando exista contradicción entre las previsiones del mismo y la LCE, prevalecerá esta última, salvo en materia de información precontractual en la que serán preferentes las normas del TRLCU (arts. 94 y 97.7 TRLCU). Hay que tener en cuenta también que la comercialización a distancia de los servicios financieros destinados a los consumidores se rige por una Ley especial, la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

3.3. La Ley 34/2002 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico

3.3.1. Información precontractual y comunicaciones comerciales

Salvo que ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o cuando el contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente (art. 27.2 LCE), el prestador de servicios de la sociedad de la información que realice actividades de contratación electrónica tiene la obligación de poner a disposición del destinatario, antes de iniciar el procedimiento de contratación y mediante técnicas adecuadas al medio de comunicación utilizado, de forma permanente, fácil y gratuita, información clara, comprensible e inequívoca sobre los extremos consignados en la LCE, entre los que destacan, los trámites que deben seguirse para celebrar el contrato y los medios técnicos que pone a su disposición para identificar y corregir errores en la introducción de los datos (art. 27.1 LCE); así como las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario (art. 27.4 LCE).

Estas obligaciones se darán por cumplidas si el prestador incluye los datos anteriores en su página o sitio de Internet en las condiciones señaladas antes. Sin embargo, en caso de que el prestador diseñe específicamente sus servicios de contratación electrónica para ser accedidos mediante dispositivos que cuenten con pantallas de formato reducido, cuando se facilite de manera permanente, fácil, directa y exacta la dirección de Internet en que dicha información es puesta

a disposición del destinatario (art. 27.1 LCE). Adicionalmente, sienta el principio de que, siempre que la Ley exija que el contrato, o cualquier información relacionada con el mismo, conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico (art. 23.3 LCE).

Por otra parte, la LCE prohíbe el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que, previamente no hubieran sido solicitadas, o expresamente autorizadas, por los destinatarios de las mismas, salvo que exista una relación contractual previa y siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente (art. 21 LCE). En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales y de revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales mediante un procedimiento sencillo y gratuito. Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección (arts. 21 y 22 LCE).

A estos efectos se ordena que las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica sean claramente identificables como tales y que también lo sea la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan, prohibiendo en todo caso el envío de aquellas en las que se disimule o se oculte la identidad de este último. Y en los supuestos de ofertas promocionales, como las que incluyan descuentos, premios y regalos, y de concursos o juegos promocionales, se deberá asegurar, además, el cumplimiento de las normas de ordenación del comercio, que queden claramente identificadas como tales y que las condiciones de acceso y, en su caso, de participación sean fácilmente accesibles y se expresen de forma clara e inequívoca (art. 20 LCE). Por otra parte, la aplicación de estas normas procede junto con las previstas en su disciplina propia, la vigente en materia comercial y de publicidad y con la LPD (art. 19 LCE).

3.3.2. Oferta y consentimiento

La LCE obliga a mantener la oferta durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezca accesible a los destinatarios del servicio (art. 27.3 LCE). Por otra parte, en materia de perfección del contrato, reproduce la regla general de perfección del contrato por el consenti-

miento (art. 23.1 LCE), advirtiéndole que, para su validez, no es necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos (art. 23.2 LCE). La concurrencia del mismo se determina con los criterios previstos para la contratación entre ausentes, por ser la electrónica una modalidad de este tipo (art. 54 Ccom), pero la LCE le somete a una disciplina adicional. En primer término, salvo los casos expresamente previstos en la LCE (art. 28.3 LCE), obliga al oferente a confirmar la recepción de la aceptación por los medios que relaciona (art. 28.1 LCE), aunque se entiende que se ha recibido cuando el oferente al que se dirija pueda tener constancia de ello (art. 28.2 LCE). Por otra parte, en el caso de que la recepción de la aceptación se confirme mediante acuse de recibo, se presumirá que su destinatario puede tener constancia de la confirmación desde que aquél haya sido almacenado en el servidor en que esté dada de alta su cuenta de correo electrónico, o en el dispositivo utilizado para la recepción de comunicaciones (art. 28.2 LCE).

3.4. Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica

Cuando los contratos celebrados por vía electrónica estén firmados electrónicamente se estará a lo establecido en el artículo 3 LFE (art. 24 LCE). Se entiende que respecto de la eficacia jurídica de la firma electrónica y de la prestación de servicios de certificación, ya que las disposiciones de la LFE no alteran las normas relativas a la celebración, formalización, validez y eficacia de los contratos y cualesquiera otros actos jurídicos, ni las relativas a los documentos en que unos y otros consten (art. 1 LFE). La firma electrónica es el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante (art. 3.1 LFE). La firma electrónica avanzada es la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, que está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede utilizar, con un alto nivel de confianza, bajo su exclusivo control (art. 3.2 LFE). Se considera firma electrónica reconocida la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma (art. 3.3 LFE).

El certificado reconocido, es un documento firmado electrónicamente por un prestador de servicios de certificación que vincula unos datos de verificación de firma a un firmante y confirma su identidad, expedido por un prestador de servicios de certificación que cumpla los requisitos establecidos en la LFE en cuanto a la comprobación de la identidad y demás circunstancias de los solicitantes y a la fiabilidad y las garantías de los servicios de certificación que presten (arts. 6 y 11 LFE). La adquisición de la condición de prestador de

servicios de certificación no exige autorización previa (art. 5 LFE), si bien se sujeta a un régimen de control, sanciones administrativas, responsabilidades y garantías específicas. Un dispositivo de creación de firma es un programa o sistema informático que sirve para aplicar los datos de creación de firma, que son los datos únicos, como códigos o claves criptográficas privadas, que el firmante utiliza para crear la firma electrónica (art. 24.1 y 2 LFE). Es seguro cuando ofrece las garantías previstas en la LFE (art. 24.3 LFE). Pues bien, únicamente la firma electrónica reconocida tendrá, respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel (art. 3.4 LFE).

4. Contratación mediante plataformas digitales

4.1. La intervención de plataformas como elemento definitorio de la economía de plataforma

Además de los negocios tradicionales, realizados ahora por vía electrónica y a los que se hacía referencia con anterioridad, el imparable desarrollo de las tecnologías de la comunicación ha sido un acicate en la aparición de nuevos modelos de negocio. La explicación es sencilla: cada vez resulta más fácil la transmisión de información y la comunicación de las partes; por otra parte, además del uso generalizado de internet, los ordenadores cada vez permiten más funcionalidades y tienen mayor potencia, lo que permite automatizar de forma más sencilla las operaciones, a lo que se une la proliferación entre la población de terminales móviles inteligentes. Y como resulta evidente, el hecho de que se pueda acceder a información y contratar un servicio en cualquier lugar y momento, aumenta las posibilidades de que esto se lleve a cabo.

Nos encontramos por tanto, con la suma de dos ingredientes, que han dado lugar a la aparición de nuevos negocios con intervención de nuevos prestadores de servicios de la sociedad de la información, dentro de un contexto que se ha venido a denominar como Economía colaborativa, por más que se trate de un concepto de perfiles muy ambiguos que permite aludir a fenómenos muy diversos y que comienza a ser sustituido por el de Economía de Plataforma o Economía Circular 2.0.

Las plataformas aparecen como un eje central de este nuevo tipo de actividad, que en la mayoría de las ocasiones, constituye una auténtica actividad empresarial. Aunque ese tipo de plataformas existían con anterioridad a que se comenzara a hablar del fenómeno de la economía colaborativa, lo que diferencia el nuevo modelo es que las plataformas actúan en mercados multilaterales mientras que

antes lo hacían en mercados bilaterales; esta circunstancia conlleva la existencia de prestadores más descentralizados, que no tienen por qué ser necesariamente profesionales, que utilizan una plataforma para que medie en la contratación de sus servicios o productos por terceros.

Este nuevo modelo implica un nuevo contexto de competencia y el establecimiento de nuevas relaciones a través de la creación de valor en la cadena de suministro (proveedores, productores, distribuidores y consumidores). No hay un único modelo, en la medida que uno de los elementos que conforman este nuevo escenario, las plataformas digitales, presentan múltiples variantes. Cubren una amplia gama de actividades, entre las que se incluyen motores de búsqueda, plataformas de publicidad, redes sociales y medios de difusión de contenidos, servicios de comunicación, plataformas de distribución de aplicaciones, sistemas de pago y plataformas de financiación participativa, por citar solo algunos ejemplos. De ahí que, resulte preferible, como se ha indicado, el término de economía de plataforma o economía circular 2.0, por ser términos que engloban mejor la distinta fenomenología de las actividades llevadas a cabo a través de las plataformas digitales.

Con todo, como señala la Comisión Europea en su Comunicación “*Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa*” las diferentes plataformas cuentan con una serie de características comunes, que nos resultan útiles para perfilar los contornos de este nuevo modelo de actividad económica:

- i) “*Tienen capacidad para crear y modelar nuevos mercados*”, con lo que se convierten en un potente competidor para los mercados tradicionales, planteándoles el desafío de su adaptación; además, se convierten en instrumentos óptimos para organizar nuevas formas de participación o para efectuar en línea negocios consistentes en la recogida, tratamiento y edición de grandes cantidades de datos.
- ii) “*Actúan en mercados plurifacéticos*”, y lo hacen dependiendo del modelo concreto, con diferentes grados de control sobre las interacciones directas entre grupos de usuarios.
- iii) Se benefician de los “*efectos de red*”, lo que significa en sentido amplio que el valor del servicio aumenta con el número de usuarios.
- iv) De forma bastante generalizada, se apoyan en las tecnologías de la información y la comunicación para llegar a sus usuarios de forma instantánea y sin esfuerzo.

- v) Su papel es esencial en la creación de “valor digital”, por ejemplo, mediante la acumulación de datos o facilitando nuevos proyectos empresariales

4.2. La existencia de diferentes modelos y su problemática jurídica

Este modelo de actuación que gira en torno a plataformas digitales, como es obvio, resulta un fenómeno global y transversal, que ha propiciado la aparición de *starts up* para compartir los más variados servicios o cosas. Así, desde las más comunes, como son las de compartir trayectos de coche o el propio coche o la vivienda, nos encontramos otras de crowdfunding, o para intercambiar productos, para comprar y vender muebles de segunda mano etc. También al amparo de estas prácticas han surgido plataformas tecnológicas que ponen en contacto a los oferentes y demandantes, llegando a convertirse en importantes empresas por el volumen de negocio que realizan, como es el caso por ejemplo de Airbnb en el sector del alojamiento o de Uber en el del transporte.

La cuestión con todo y con carácter general, cuando hablamos de este modelo de economía de plataforma, es delimitar si nos encontramos con negocios entre particulares, entre los cuales la función de las plataformas es meramente la de un servicio de la sociedad de la información, lo que eliminaría los problemas relacionados con el Derecho de la Competencia; o por el contrario, actúan como empresarios, teniendo en cuenta el concepto jurídico que del mismo proporciona el Derecho Mercantil, lo que determina la aplicación de un régimen más restrictivo, incluida la normativa de protección a los consumidores, así como aspectos relacionados con el Derecho de la Competencia.

Por otra parte, es esencial determinar cuál es la función que realizan los prestadores de servicios de la sociedad de la información. La principal consecuencia para una plataforma de su consideración como tal es la aplicación de dos principios fundamentales recogidos en la DSSICE y en la LSSICE: el de libre prestación de servicios, que implica la ausencia de autorizaciones para el ejercicio de la actividad; y el de neutralidad tecnológica, que está directamente relacionado con el régimen de responsabilidad. La regla general es que los prestadores de los servicios de la sociedad de la información únicamente serán responsables por los contenidos que ellos mismos u otros por cuenta suya, hayan elaborado. Tanto la Directiva como la norma española establecen un sistema de exención de responsabilidad por daños y perjuicios respecto de contenidos ilícitos, cuando los prestadores lleven a cabo una de las funciones de intermediación técnica previstas –es decir, cuando operen como proveedores de la técnica de comunicación–. No serán, por tanto, responsables por los contenidos

ajenos que, en el ejercicio de tales funciones, transmitan, copien, almacenen o localicen (arts. 13 a 17 LSICE).

El problema es que en la actualidad esos prestadores de servicios de la sociedad de la información han evolucionado y en numerosas ocasiones realizan funciones que exceden propiamente de las que vienen configuradas legalmente, actuando como intermediarios entre los prestadores de los servicios subyacentes (por ejemplo, el transporte o el alojamiento) y sus usuarios. En particular, en determinadas circunstancias, una plataforma puede ser también un proveedor del servicio subyacente; es el caso de la plataforma Uber que ha sido considerada por el TJUE como una auténtica empresa de transporte y no como un prestador de servicios de la sociedad de la información, lo que implica que dejen de tener aplicación los principios anteriormente señalados.

El problema, no resuelto aún, está en las plataformas que excediendo las funciones propias de un prestador de servicios de la sociedad de la información (como es el caso típico de Airbnb) al realizar pagos, retener fianzas etc, no realizan sin embargo el servicio subyacente al no ejercer un control o influencia significativa sobre el prestador del servicio (entre otras razones porque no fijan las condiciones ni el precio en el que se oferta la vivienda por parte del oferente del alojamiento).

Este y otros aspectos fundamentales deben ser objeto de revisión a la luz de la actuación de nuevos tipos de prestadores que no existían en el momento de la aprobación de la norma comunitaria pero cuya importancia por el volumen de negocio que generan y el número de actores implicados exige una solución normativa *ad hoc*.

5. Contratación automática

La contratación automática es un tipo especial de contratación entre ausentes. Consiste en la venta de bienes o en la prestación de servicios utilizando para ello máquinas habilitadas al efecto, mediante la puesta a disposición del consumidor de los mismos al objeto de que éste los adquiera mediante el accionamiento de cualquier tipo de mecanismo y previo pago de su importe (art. 49 LOCM). En tal caso, el Ccom dispone que hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación (art. 54 Ccom). A salvo esta precisión, está regulada en la LOCM, que consigna, como principales pautas de régimen jurídico, la necesidad de que consten en la máquina ciertas advertencias (art. 50 LOCM), que constituyen deberes de información; impone la obligación de que todas las máquinas deberán permitir la recuperación automática del importe introducido en el caso de no facilitarse el artículo solicitado (art. 51 LOCM) y establece la responsabilidad solidaria por el

cumplimiento de las obligaciones anteriores del titular de la máquina y del titular local en que esté instalada, siempre que en el mismo se desarrolle una actividad privada (art. 52 LOCM).

6. *Contratación fuera de establecimiento mercantil*

6.1. Concepto

Son contratos fuera de establecimiento mercantil los celebrados con la presencia física simultánea del empresario y del consumidor en un lugar distinto al establecimiento mercantil del empresario, en el establecimiento mercantil del empresario o mediante el uso de cualquier medio de comunicación a distancia inmediatamente después de que haya existido contacto personal e individual con el consumidor en un lugar que no sea el establecimiento mercantil del empresario, con la presencia física simultánea del empresario y el consumidor, los celebrados durante una excursión organizada por el empresario con el fin de promocionar y vender productos o servicios al consumidor y aquellos en los que el consumidor ha realizado una oferta con la presencia física simultánea del empresario y del consumidor en un lugar distinto al establecimiento mercantil del empresario (art. 92.2 TRLCU).

A este respecto, el TRLCU define el concepto de establecimiento mercantil, como aquel que comprende todo tipo de instalaciones (como tiendas, puestos o camiones) que sirvan al empresario como local de negocios permanente o habitual. Si cumplen esta condición, los puestos de mercados y los stands de ferias se consideran también como establecimientos mercantiles. Asimismo, se considera un establecimiento mercantil la instalación de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma estacional, por ejemplo, durante la temporada turística en una estación de esquí o en una zona de playa, puesto que el empresario ejerce allí su actividad de forma habitual. Sin embargo, los espacios accesibles al público, como calles, centros comerciales, playas, instalaciones deportivas y transportes públicos, que el empresario utilice de forma excepcional para su actividad empresarial, así como los domicilios privados o lugares de trabajo, no se consideran establecimientos mercantiles [(art. 59 *bis* 1 d) TRLCU].

La regulación de este tipo de pactos se justifica en el hecho de que fuera del establecimiento, el consumidor podría estar bajo posible presión psicológica o verse enfrentado a un elemento de sorpresa, independientemente de que haya solicitado o no la visita del empresario. Por este motivo, la definición abarca también aquellas situaciones en que se establece contacto personal e individual con el consumidor y usuario fuera del establecimiento, aunque luego el contrato se celebre

inmediatamente después en el establecimiento mercantil del empresario o a través de un medio de comunicación a distancia o las compras realizadas en el curso de una excursión organizada por el empresario durante la cual éste promociona y vende los productos que se adquieren. La ausencia de dicho fundamento explica las exclusiones que relaciona el TRLCU (art. 93 TRLCU).

6.2. Régimen jurídico

Los contratos fuera de establecimiento mercantil están sometidos al mismo régimen jurídico que los contratos a distancia en materia de información pre-contractual, documentación y confirmación contractual, necesidad de consentimiento expreso y derecho de desistimiento (Art. 92.4 TRLCU). En esta última materia, no obstante, el TRLCU precisa que si los bienes se han entregado ya en el domicilio del consumidor en el momento de celebrarse el contrato, el empresario los recogerá a su propio cargo cuando, por la naturaleza de los mismos, no puedan devolverse por correo (art. 108.1 TRLCU). De otro lado, se instaura un régimen especial de responsabilidad, por cuanto del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el TRLCU responderán solidariamente el empresario por cuya cuenta se actúe y el mandatario, comisionista o agente que hayan actuado en nombre propio (art. 113 TRLCU). Finalmente conviene recordar que se considera desleal por agresivo realizar visitas en persona al domicilio del consumidor, ignorando sus peticiones para que el empresario o profesional abandone su casa o no vuelva a personarse en ella (art. 29 LCD).

7. *Contratación con consumidores*

7.1. Carácter mercantil

A pesar de los esfuerzos armonizadores realizados a instancias de la Unión Europea la delimitación de la noción de consumidor no deja de plantear dificultades. Sirva como ejemplo el hecho de que en la legislación europea se circunscribe a las personas naturales que actúen con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional; mientras que, en el Derecho español, se insiste en incluir también a las personas jurídicas y a las entidades sin personalidad jurídica, siempre que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial (art. 3 TRLCU). Por lo demás, tampoco el Derecho interno emplea una noción unívoca. Baste con decir que, al tiempo que el art. 3 TRLCU alude a él como persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, la LOCM, según quiere obligar a entender la EM del TRLCU, comprende también al empresario que adquiere el bien para su consumo empresarial.

Esta ambigüedad se explica en gran medida porque la noción concreta de consumidor varía según el ámbito de protección que pretenda otorgársele en el caso. Resulta, en efecto, que lo que se ha dado en llamar Derecho del Consumo, como si se tratara de un sector del ordenamiento jurídico de carácter sistemático y orgánico, dotado de coherencia interna y propias normas y principios, no resiste tal caracterización, como demuestra, sin más, el TRLCU, que no pasa de ser una concatenación de normas inconexas, y en el que, por cierto, ni siquiera se ha conseguido *armonizar* el ámbito subjetivo de aplicación. En realidad la protección del consumidor no pasa de ser un principio general informador del ordenamiento jurídico, constitucionalmente garantizado (artículo 51.1 CE), que comprende la protección de intereses de la más variada índole, extracción, grado y forma de tutela.

En efecto, sucintamente se trata de la salud y la seguridad personal, de los llamados intereses civiles del ciudadano y de los legítimos intereses económicos y sociales, cuya cobertura se lleva a cabo con un instrumentario jurídico de lo más heterogéneo puesto que comprende no solo disposiciones legales tradicionales, sino también políticas estatales y autonómicas, y mecanismos de representación de los intereses de los consumidores en las instituciones responsables de la realización de la política del consumo. Por su parte, las disposiciones legales son asimismo de lo más dispar. No solo porque convergen en la reglamentación normas de carácter público y privado, sino también porque, en este último ámbito, la lista de disposiciones que confluyen en la ordenación del fenómeno no es en modo alguno reducida.

Centrándonos únicamente en los intereses económicos, y sin ánimo de exhaustividad, es forzoso recordar los instrumentos de tutela elaborados en los últimos años en los sectores de la propiedad intelectual, competencia desleal y libre competencia, así como en materia de publicidad comercial, control de las condiciones generales de contratación, seguros, crédito al consumo o contratación. Esta breve exposición confirma sin asomo de duda que el pretendido Derecho del Consumo o de los consumidores, más que un *Derecho*, es una política social especial comprendida en la política general, cuyo desarrollo normativo, a la luz de nuestra Constitución económica (ex arts. 51 y 53), no conforma un sector autónomo del ordenamiento, sino que, al nutrirse de un conjunto de reglas jurídicas heterogéneas, se fragmenta necesariamente en sectores diversos del ordenamiento jurídico, según sea la naturaleza y contenido material de la norma, como no ha podido dejar de reconocer el Tribunal Constitucional, a pesar de la tibieza con que se ha enfrentado como regla a esta cuestión.

En concreto, tratándose de los contratos con consumidores deben sistematizarse como cualesquiera otros contratos en atención a su causa y, ubicarse, con

arreglo a ella, en su sede correspondiente. Esta reglamentación debe ser además uniforme para todo el Estado, no solo porque así lo exige el principio de unidad de mercado avalado por la Constitución, sino, sobre todo, por la naturaleza de las normas implicadas que son, sin duda, de carácter mercantil. Pues no puede cuestionarse, sin negar los hechos, que este sector del ordenamiento nació y se desarrolló en atención a las exigencias del tráfico profesional de los comerciantes/empresarios, que fue y es, por principio, un tráfico de intermediación de los empresarios con terceros, sin otra calificación. Con fundamento en la llamada *doctrina de los actos mixtos* es preciso concluir que, incluso las disposiciones del Ccom, no están destinadas sólo a regular la organización y el estatuto del empresario, sino que se aplican, mediante la derogación de las normas correspondientes del Derecho civil, también a los no comerciantes, es decir, a cualesquiera ciudadanos que, por la vía de los actos de consumo, contratan directamente con aquellos.

Esta apreciación viene siendo compartida por los últimos textos legislativos, ya sea porque se inclinan abiertamente por el carácter mercantil de los contratos que regulan; ya sea porque remiten, como normas de aplicación supletoria, a las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles (vid. arts. 19, 117 y 142 TRLCU, por ejemplo). Esta circunstancia constata definitivamente el carácter mercantil de la disciplina ya que es evidente que la referencia a los contratos mercantiles solo tiene sentido si el contrato es mercantil, actuando el Derecho Civil como supletorio en aplicación del sistema de fuentes previsto en el art. 50 Ccom. Con ello, por otra parte, vuelve a constatarse la constante evolución y adaptación del Derecho Mercantil a las necesidades del tráfico, en esta ocasión mediante la penetración de los intereses generales en la normativa que lo integra, en la que se incluyen las llamadas normas de protección material del consumidor como parte débil del contrato.

En este marco de coherencia no puede dejar de sorprender la redacción que ha efectuado la Ley 3/2014, de 27 de marzo en el art. 59.2 TRLGCU. Con anterioridad disponía que «los contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, *por las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles*». Ahora establece que «los contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por el derecho común aplicable a los contratos». Dado que, en el ámbito de la normativa sobre consumo, el legislador no suele ser especialmente preciso al utilizar las categorías jurídicas no se sabe si con la expresión «derecho común aplicable a los contratos» ha querido excluir el Derecho Mercantil o, simplemente, como parece más razonable, los derechos forales y la normativa autonómica.

7.2. Principales pautas de régimen jurídico

7.2.1. *Preliminar*

El hecho de que la contratación con consumidores deba entenderse incluida en el ámbito del Derecho Mercantil no empece en absoluto a que se le apliquen las normas previstas en las distintas leyes que regulan ese fenómeno como parte asimismo del Derecho Mercantil. Es uno más de los hitos de ampliación de este sector normativo derivado de su particular permeabilidad para atender a las exigencias del tráfico económico. En este caso las que derivan de la necesidad de proteger a quienes se encuentran en una posición de desigualdad frente al que, por ostentar el poder económico, es capaz de imponer las condiciones contractuales. A pesar de que se nutre principalmente de reglas impuestas por el proceso de unificación arbitrado desde la Unión Europea, el conjunto normativo es singularmente heterogéneo y asistemático. El texto básico es el TRLCU, cuya disciplina en materia propiamente contractual general comprende principalmente los aspectos que se enuncian a continuación. Al respecto de la misma es importante destacar que la renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el art. 6 Cciv (art. 10 LGCU). Por otro lado, en los contratos con consumidores se prohíben las cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato (art. 62.2 TRLCU).

7.2.2. *Información precontractual y publicidad*

Antes de que el consumidor quede vinculado por cualquier contrato el empresario deberá facilitarle la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del mismo, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas y, en todo caso, los datos mencionados en el TRLCU. La información se suministrará gratuitamente, al menos en castellano y de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto (art. 60 TRLCU). Adicionalmente, el TRLCU dispone que la oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación (art. 61.1 TRLCU).

7.2.3. *Consentimiento*

El consentimiento debe constar de forma inequívoca (art. 62.1 TRLCU), de modo que, en ningún caso, la falta de respuesta a la oferta de contratación podrá

considerarse como aceptación de ésta, del mismo modo que la falta de respuesta a envíos, suministros o prestación de servicios no solicitados no se considerará consentimiento cuando incluyan una petición de pago. En tales casos el consumidor receptor no estará obligado a la devolución o custodia, ni podrá reclamársele pago alguno por parte del empresario que envió el bien o suministró el servicio no solicitado. Si decide devolver los bienes recibidos no responderá por los daños o deméritos sufridos, y tendrá derecho a ser indemnizado por los gastos y por los daños y perjuicios que se le hubieran causado. (art. 66 *quáter* TRLCU). Además, exigir el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de bienes o servicios suministrados por el comerciante, que no hayan sido solicitados por el consumidor, se reputa práctica desleal con los consumidores por agresiva (art. 31 LCD).

7.2.4. *Confirmación documental de la contratación realizada y factura*

El TRCLU obliga al empresario a entregar un recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor, cuando éstas sean utilizadas en la contratación. Salvo que el contrato deba elevarse a escritura pública, la formalización del contrato será gratuita para el consumidor cuando legal o reglamentariamente deba documentarse éste por escrito o en cualquier otro soporte de naturaleza duradera. Adicionalmente, el consumidor tiene derecho a recibir la factura en papel. La expedición de la factura electrónica estará condicionada a que el empresario haya obtenido previamente el consentimiento expreso del consumidor (art. 63 TRLCU).

7.2.5. *Integración del contrato*

El TRLCU contiene dos reglas especiales sobre integración del contenido del contrato. Alude en primer término a que los contratos con consumidores se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante (art. 65 TRLCU). Y dispone, en segundo lugar, que el contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato, salvo que el celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, en cuyo caso prevalecerán estas sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad (art. 61.1 y 2 TRLCU).

7.2.6. *La obligación de entrega*

7.2.6.1. Caracterización

El núcleo fundamental de la disciplina que, en materia de contenido del contrato, contiene el TRLCU está constituido por la relativa a la obligación de entrega en el contrato de compraventa, que extiende a los contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse, salvo las excepciones previstas en el propio TRLCU (art. 115 TRLCU). La peculiaridad de este régimen consiste en que integra en una sola las dos obligaciones que, en el sistema codificado, asume el vendedor, esto es, la de entrega y la de saneamiento por vicios o defectos, sustituyéndolas por la obligación de entrega conforme. En caso de vicios o defectos, nuestros Códigos establecen un régimen atenuado de responsabilidad que protege en muy escasa medida al comprador, puesto que se separa del general por incumplimiento, concediendo dos limitados derechos, a saber, la resolución del contrato o la rebaja proporcional del precio, de manera que el comprador no puede reclamar el resarcimiento de los daños, salvo al vendedor doloso, que conoce el defecto; y a la inversa, estas acciones se pueden eliminar del contrato por pacto expreso, siempre que el vendedor ignore los defectos. Por otro lado, ambas acciones deben ejercitarse, además, dentro de un plazo breve.

Técnicamente este especial régimen de responsabilidad se justifica en el hecho de que se considera que el vendedor ha cumplido su obligación de entregar la cosa, pero lo ha hecho de un modo imperfecto. Por ello, en lugar de aplicarse los remedios propios del incumplimiento, rige esta responsabilidad atenuada que le favorece. Frente a él, en el sistema que instaura el TRLCU, de conformidad con la Directiva 2011/83/UE, la obligación de entrega se concibe no en abstracto, sino comprendiendo específicamente los bienes conformes con el contrato, de modo que el vendedor no asume una obligación principal de entrega y otra adicional de responder en razón de los vicios y defectos de aquellos, sino una sola obligación esencial, la de entregar los bienes pactados en las condiciones convenidas. De este modo, la garantía por vicios pierde su actual consideración de elemento natural del contrato para integrarse en el elemento esencial que es la obligación de entrega. Por este motivo, el TRLCU dispone que el ejercicio de las acciones que contempla a este respecto es incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios de la compraventa y, además, que el consumidor tendrá derecho, en todo caso, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad (art. 117 TRLCU).

7.2.6.2. La obligación de entrega conforme

El vendedor está obligado a la entrega de bienes cuya cantidad, calidad y tipo sean conformes a los estipulados en el contrato (art. 114 TRLCU). Salvo prueba en

contrario, se entenderá que los productos son conformes con el contrato siempre que cumplan todos los requisitos que se expresan a continuación, a menos que, por las circunstancias del caso, alguno de ellos no resulte aplicable: se ajusten a la descripción realizada por el vendedor, sean aptos para los usos a que ordinariamente se destinen los productos del mismo tipo y presenten la calidad y prestaciones habituales que, conforme a su naturaleza, el consumidor pueda fundadamente esperar, sean aptos para cualquier uso especial requerido por el consumidor y aceptado por el vendedor, posean las cualidades del producto que el vendedor haya presentado al consumidor en forma de muestra o modelo y estén correctamente instalados. La incorrecta instalación del bien se equipara a la falta de conformidad cuando, según el contrato, la instalación incumba al vendedor y haya sido realizada bajo su responsabilidad; o cuando, habiendo quedado a cargo del comprador, el defecto se daba a un error en las instrucciones para llevarla a cabo.

Por otra parte, para determinar el uso, la calidad y las prestaciones del bien se tendrán en cuenta declaraciones públicas sobre las características concretas de los productos hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o en el etiquetado. Sin embargo, el vendedor no quedará obligado por tales declaraciones públicas si demuestra que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión, que dicha declaración había sido corregida en el momento de celebración del contrato o que dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el producto (arts. 116.1 y 2 TRLCU).

7.2.6.3. Derechos y acciones en caso de incumplimiento de la obligación de entrega

Salvo en los casos en que el consumidor conociera o no hubiera podido fundadamente ignorar en el momento de la celebración del contrato la falta de conformidad o esta tenga su origen en materiales suministrados por aquel, en que no habrá lugar a responsabilidad por dichas faltas de conformidad (art. 116.3 TRLCU), los derechos y acciones que asisten al consumidor en caso de incumplimiento de la obligación de entrega conforme son, en primer término, el cumplimiento del contrato, que incluye el derecho a la reparación del producto, o su sustitución por otros conformes, a menos que una de estas dos opciones resulte objetivamente imposible o desproporcionada (arts. 118 y 119 TRLCU) o que se trate de productos no fungibles o de segunda mano, en cuyo caso no podrá exigir la sustitución (art. 120 TRLCU). Y, en segundo y tercer lugar, la reducción del precio y la resolución del contrato (art. 118 TRLCU), que procederán, a elección del consumidor, cuando éste no pudiera exigir la reparación o la sustitución y en los casos en que éstas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor. Además, la resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia (art. 121 TRLCU).

Estos derechos y acciones competen al consumidor frente al vendedor, pero cuando al consumidor le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse frente al vendedor podrá reclamar directamente al productor con el fin de obtener el cumplimiento, esto es, la sustitución o reparación del producto. El productor responderá por la falta de conformidad cuando ésta se refiera al origen, identidad o idoneidad de los productos, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan. Ahora bien, quien haya respondido frente al consumidor dispondrá del plazo de un año para repetir frente al responsable de la falta de conformidad. Dicho plazo se computa a partir del momento en que se completó el saneamiento (art. 124 TRLCU). Finalmente, el vendedor o, en su caso, el productor, responden de las faltas de conformidad que se manifiesten en un plazo de dos años desde la entrega, salvo que se trate de productos de segunda mano, en que el vendedor y el consumidor podrán pactar un plazo menor, que no podrá ser inferior a un año desde la entrega. En cualquier caso, esta se entiende efectuada en el día que figure en la factura o tique de compra o en el albarán de entrega correspondiente si éste fuera posterior (art. 123 TRLCU).

Estos derechos y acciones tienen origen legal por cuanto se anudan al incumplimiento de la obligación de entrega, esencial en el contrato de compraventa. Por tanto competen al comprador con independencia de cualquier declaración del vendedor. Por eso se diferencian de la garantía comercial adicional que este puede otorgar cuando lo estime conveniente, y que, en todo caso, es independiente y compatible con la garantía legal por falta de conformidad (art. 125 TRLCU). De otro lado, es importante destacar que, en los productos de naturaleza duradera, el consumidor tendrá derecho a un adecuado servicio técnico y a la existencia de repuestos durante el plazo mínimo de cinco años a partir de la fecha en que el producto deje de fabricarse (art. 127 TRLCU).

7.2.6.4. Forma y plazo de entrega

Salvo que las partes acuerden otra cosa, el empresario entregará los bienes mediante la transmisión de su posesión material o control al consumidor, sin ninguna demora indebida y en un plazo máximo de 30 días naturales a partir de la celebración del contrato. Si el empresario no cumple su obligación de entrega en los términos anteriores, el consumidor lo emplazará para que lo haga en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Si el empresario no hace entrega de los bienes en dicho plazo adicional, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato, salvo que el empresario haya rechazado entregar los bienes o el plazo de entrega sea esencial, en cuyo caso podrá resolverlo de inmediato (art. 66 *bis* TRLCU). En tal caso, el empresario deberá proceder a reembolsar, sin ninguna demora indebida, todas las cantidades abonadas por el consumidor en virtud del

mismo. El retraso injustificado en cuanto a la devolución de las cantidades, concede al consumidor la facultad de reclamar el pago del doble de la suma adeudada, sin perjuicio de su derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en lo que excedan de dicha cantidad (art. 66 *bis* 3 TRLCU).

7.2.7. *El precio*

El TRLCU prohíbe expresamente que los empresarios facturen a los consumidores por el uso de determinados medios de pago, cargos que superen el coste soportado por aquel por el uso de tales medios (art. 60 *ter* TRLCU). Por otro lado, exige consentimiento expreso y previo al contrato para pagos adicionales a la remuneración acordada para la obligación contractual principal. Estos suplementos opcionales se comunicarán de una manera clara y comprensible y su aceptación por el consumidor se realizará sobre una base de opción de inclusión. Si el empresario no ha obtenido el consentimiento expreso del consumidor, pero lo ha deducido utilizando opciones por defecto que éste debe rechazar para evitar el pago adicional, el consumidor tendrá derecho al reembolso de dicho pago (art. 60 *bis* TRLCU).

7.2.8. *Transmisión del riesgo*

El TRLCU se refiere a la transmisión del riesgo en las ventas que incluyan el transporte de los bienes. En estos casos, el riesgo, tal y como es definido en la lección 2, se transmitirá al consumidor cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido su posesión material. No obstante, en caso de que sea el consumidor el que encargue el transporte de los bienes o el transportista elegido no estuviera entre los propuestos por el empresario, el riesgo se transmitirá al consumidor con la entrega de los bienes al transportista, sin perjuicio de sus derechos frente a éste (art. 66 *ter* TRLCU).

7.2.9. *Extinción de contratos de tracto sucesivo*

En los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado se prohíben las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva. Todos ellos deberán contemplar expresamente el procedimiento a través del cual el consumidor puede ejercer su derecho a poner fin al contrato, que, en todo caso, comprenderá la facultad de aquel de extinguirlo en la misma forma que lo celebró, sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas, prohibiéndose, adicionalmente las limitaciones que excluyan u

obstaculicen tal derecho (art. 62.3 y 4 TRLCU). Por otro lado, en caso de que el usuario incumpla el compromiso de permanencia adquirido con la empresa, la penalización por baja, o cese prematuro de la relación contractual, será proporcional al número de días no efectivos del compromiso de permanencia acordado (art. 74.4 TRLCU).

7.2.10. *Derecho de desistimiento*

7.2.10.1. Caracterización y régimen aplicable

El derecho de desistimiento otorga al consumidor la facultad de dejar sin efecto el contrato celebrado, sin necesidad de justificar su decisión, con el único requisito de notificárselo así a la otra parte contratante, en el plazo determinado en el TRLCU (art. 68.1 TRLCU). Consiste, pues, en un derecho potestativo cancelatorio que determina la ineficacia sobrevenida de un contrato perfecto, cuyos efectos se han producido y que, incluso, puede haber sido ejecutado en los términos previstos, tanto en lo relativo a la entrega como al pago. El consumidor tendrá derecho a desistir del contrato en los supuestos previstos legal o reglamentariamente y cuando así se le reconozca en la oferta, promoción publicidad o en el propio contrato y se registrá, en primer término, por las disposiciones legales que lo establezcan en cada caso y en, su defecto, por lo dispuesto con carácter general en el TRLCU, que viene a ser el régimen común de este derecho, siempre que la cuestión no esté regulada de otro modo en su sede específica, por lo que rige también para el derecho de desistimiento reconocido contractualmente a falta de previsiones específicas en la oferta, promoción, publicidad o en el propio contrato (art. 68.2 y 3 TRLCU).

7.2.10.2. Ejercicio del derecho

El ejercicio del derecho no está sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite en cualquier forma admitida en derecho. En todo caso se considerará válidamente ejercitado mediante el envío del documento de desistimiento, que, necesariamente, deberá entrega el empresario, o mediante la devolución de los productos recibidos (arts. 69 y 70 TRLCU). Ahora bien, el consumidor ha de ejercitar el derecho en un plazo de catorce días naturales, computados desde la recepción del bien objeto del contrato o desde la celebración de éste si el objeto del contrato fuera la prestación de servicios, siempre que el empresario haya cumplido con el deber de información sobre la existencia y condiciones de ejercicio del derecho y de documentación. En otro caso, el plazo se amplía (arts. 69 y 71 TRLCU).

7.2.10.3. Consecuencias del ejercicio del derecho

Ejercido el derecho, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1303 y 1308 Cciv (art. 74.1 TRLCU). De modo que los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses (art. 1303 Cciv), salvo las excepciones que prevé el TRLCU, que, al respecto de la devolución del bien, dispone que el consumidor no tendrá que rembolsar cantidad alguna por la disminución del valor del bien que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su naturaleza, o por el uso del servicio, pero tendrá derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en el bien (arts. 74.1 y 79 TRLCU).

Y, en cuanto al precio, ordena al empresario devolver las sumas abonadas por el consumidor sin retención de gastos y sin demoras indebidas y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido 14 días naturales desde la fecha en que haya sido informado de la decisión de desistimiento del contrato por el consumidor. Transcurrido dicho plazo sin que el consumidor haya recuperado la suma adeudada, tendrá derecho a reclamarla duplicada, sin perjuicio de que además se le indemnicen los daños y perjuicios que se le hayan causado en lo que excedan de dicha cantidad (art. 76 TRLCU). A este respecto es conveniente tener en cuenta que el ejercicio del derecho de desistimiento no implicará gasto alguno para el consumidor (art. 73 TRLCU) y que son nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor cualquier tipo de penalización por el ejercicio de este derecho (art. 68.1 TRLCU), previéndose, para el derecho acordado contractualmente, la prohibición de exigir anticipo de pago o prestación de garantías, incluso la aceptación de efectos que garanticen un eventual resarcimiento en favor del empresario para el caso de que se ejercite el derecho de desistimiento (art. 79 TRLCU).

Por otra parte, si bien conforme al artículo 1308 Cciv, mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a lo que esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba, la imposibilidad de devolver la prestación objeto del contrato por parte del consumidor por pérdida, destrucción u otra causa no privarán a éste de la posibilidad de ejercer el derecho de desistimiento; si bien cuando la imposibilidad de devolución le sea imputable, el consumidor responderá del valor de mercado que hubiera tenido la prestación en el momento del ejercicio del derecho de desistimiento, salvo que dicho valor fuera superior al precio de adquisición, en cuyo caso responderá de éste. Asimismo, ha de tenerse en cuenta que cuando el empresario hubiera incumplido el deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento, la imposibilidad de devolución sólo será imputable al consumidor cuando éste hubiera omitido la diligencia que le es exigible en sus propios asuntos (art. 75 TRLCU).

7.2.10.4. El desistimiento en los contratos complementarios y en los contratos de crédito vinculados

Por contrato complementario se entiende todo aquel por el cual el consumidor adquiere bienes o servicios sobre la base de otro contrato celebrado con un empresario, de modo que dichos bienes o servicios son proporcionados por el empresario o un tercero sobre la base de un acuerdo entre dicho tercero y el empresario [art. 59 *bis* 1 c) TRLCU]. Por ejemplo, la adquisición de terminales móviles subvencionados (contrato complementario) en el marco de la prestación de un servicio de telefonía móvil (contrato principal). El ejercicio por parte del consumidor del derecho de desistimiento tendrá por efecto la extinción automática y sin coste alguno para él de todo contrato complementario (art. 76 *bis* TRLCU). Esta misma es la solución prevista para los contratos de crédito vinculados. Por contrato de crédito vinculado se entiende aquel en el que el crédito contratado sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes específicos o a la prestación de servicios específicos y ambos contratos constituyen una unidad comercial desde un punto de vista objetivo (art. 29.1 LCC), lo que incluye aquellos contratos en que el precio a abonar por el consumidor haya sido total o parcialmente financiado mediante un crédito concedido por el empresario contratante o por parte de un tercero, previo acuerdo de éste con el empresario contratante (art. 77 TRLCU). En estos casos, el ejercicio del derecho de desistimiento implicará al tiempo la resolución del crédito sin penalización alguna para el consumidor (arts. 77 TRLCU y 29 LCC).

7.3. Control de transparencia y cláusulas abusivas

7.3.1. *Ámbito de aplicación*

El TRLCU contiene una disciplina particular sobre control de transparencia y carácter abusivo destinada a regular los contratos que incluyen cláusulas no negociadas individualmente. Su ámbito de aplicación natural está constituido por los contratos con condiciones generales, en cuyo caso hay que tener en cuenta también las previsiones de la LCGC. Y adicionalmente, que dichas condiciones generales deberán ser remitidas por las empresas a solicitud del órgano competente al objeto de facilitar el estudio y valoración de su posible carácter abusivo y, en su caso, ejercitar las competencias que en materia de control y sanción les atribuye el TRLCU (art. 81.1 TRLCU). Si se trata de condiciones utilizadas por empresas públicas o concesionarias de servicios públicos, estarán sometidas a la aprobación y control de las Administraciones públicas competentes, cuando así se disponga como requisito de validez (art. 81.2 TRLCU). Ahora bien, la normativa

no se restringe a este tipo de contratos por cuanto, como se ha expuesto, comprende cualquier clase de convenio cuyas cláusulas no hayan sido objeto de negociación individual, esto es, contratos de adhesión particulares (art. 80.1 TRLCU). Estas cláusulas, que, en caso de duda, se interpretarán en el sentido más favorable para el consumidor cuando se ejerciten acciones individuales (art. 80.2 TRLCU), están sometidas a un primer control de transparencia en términos similares a los previstos en la LCGC, pero también a un control de contenido y, finalmente, a un control de transparencia cualificado.

7.3.2. Control de transparencia

El primer control de transparencia es, como en la LCGC, en esencia, un control básicamente formal por cuanto tiene por objeto evaluar la comprensión gramatical y la legibilidad de la cláusula en cuestión. Las cláusulas, en efecto, han de redactarse con concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual [art. 80.1 a) TRLCU] y han de ser accesibles y legibles, de forma que permitan al consumidor el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura [art. 80.1 b) TRLCU].

7.3.3. Control de contenido y de transparencia cualificada

Además del primer control de transparencia, las cláusulas han de someterse a un segundo control de contenido, que consiste en excluir el carácter abusivo de las mismas. Se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato (art. 82.1 TRLCU), lo que se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa (art. 82.3 TRLCU). Junto a esta cláusula general, que actúa a modo de cierre, el TRLCU contiene además una relación ejemplificativa muy pormenorizada de los tipos de cláusulas que en todo caso se consideran abusivas, atendiendo a los criterios que el texto prevé, y que consisten en que vinculen el contrato a la voluntad del empresario,

limiten los derechos básicos del consumidor, determinen la falta de reciprocidad en el contrato, impongan al consumidor garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato o contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable (arts. 82.4 y 85 a 91 TRLCU).

Íntimamente relacionado con el concepto de carácter abusivo está el tercer control instaurado por la jurisprudencia. Es el llamado control de transparencia cualificado que va más allá del control de transparencia ordinario por cuanto exige no sólo que las cláusulas sean legibles y comprensibles gramaticalmente, sino que además no impliquen inopinadamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. Se trata, pues, de un control que atiende al conocimiento sobre la carga jurídica y económica del contrato, es decir, que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica del contrato –la onerosidad o sacrificio patrimonial que supone–, como la carga jurídica –especialmente, la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución del contrato–. El fundamento del mismo reside en la aplicación del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE según el cual la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, (...), siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible. De esta forma, la falta de transparencia de las cláusulas relativas a los elementos esenciales del negocio puede comportar su carácter abusivo, que, de otra forma estaría excluida del ámbito de aplicación de la norma, pues, según el TS, la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad, o una u otra modalidad de contrato, de entre los varios ofertados.

Las cláusulas abusivas –y aquellas que no superen el control de transparencia cualificado– serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez declarará la nulidad de las mismas, pero el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en idénticos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas (art. 83 TRLCU). Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el RCGC (art. 84 TRLCU).

8. *La contratación mediante subasta*

8.1. Caracterización y normativa aplicable

La subasta es una forma de contratación que consiste en ofrecer a un conjunto indeterminado de personas la posibilidad de adquirir, vender o prestar (subastas inversas) un producto o servicio, mediante el sistema de pujas, de manera que la suscripción final del contrato se adjudique a la propuesta que alcance el precio más alto, o las mejores condiciones, por encima de un mínimo, fijado inicialmente (subastas al alza, típicas de las subastas de obras de arte), o mediante ofertas descendentes realizadas en el curso del propio acto (subastas a la baja, típicas de las subastas de pescado). En la contratación mediante subasta tradicional o física es preciso distinguir tres tipos de relaciones. En primer término la que surge entre el promotor, que es normalmente el titular del bien o servicio, y el subastador, denominada contrato de subasta, y que es un contrato de comisión. En segundo lugar la de este último con los licitadores o postores. Y, finalmente, la que une al titular del bien con el adjudicatario.

Las dos primeras están mencionadas en la LOCM en los términos que se analizarán más abajo. La que une al titular del bien con el adjudicatario está sometida a su régimen jurídico propio (compraventa, prestación de servicios...), pero está mediatizada por la segunda, en los términos que también se analizarán más abajo. Se considera mercantil en la medida en que el subastador o el promotor sean empresarios. Cuando la subasta se realiza por medios electrónicos la estructura de este tipo de contratación puede variar, en la medida en que el subastador no asume la condición de comisionista, sino, normalmente, solo la de prestador de servicios de la sociedad de la información. En estos casos, la disciplina aplicable está prevista en la LCE. Si la contratación se realiza con consumidores rige también el TRLUC, en particular en materia de contratos a distancia. Si se trata de empresarios hay que tener en cuenta el art. 3 de la Ley 56/2007 de 28 diciembre de medidas de impulso de la Sociedad de la Información en lo relativo a ofertas públicas de contratación electrónica entre empresas (B2B).

8.2. El contrato de subasta

La relación que surge entre el promotor y el subastador se denomina contrato de subasta. Puede ser definido como aquel mediante el cual, el subastador se obliga a prestar los servicios necesarios para celebración de una subasta, por cuenta del promotor y mediante una retribución a cargo de éste, a fin de concluir, entre el promotor y un tercero, un contrato sobre el bien o el servicio objeto de subasta. Se trata de un contrato mercantil en la medida en que el subastador o el promotor

gocen de la condición de empresario. En particular es un contrato de comisión (art. 60.2 LOCM) al que, de ordinario, se anudan las siguientes obligaciones del subastador: i) custodiar, exponer y, en su caso, incluir en el catálogo de la subasta el bien objeto de subasta; ii) anunciar la celebración y publicar las condiciones de participación y adjudicación de la subasta; iii) no realizar la prestación que corresponda al promotor en el contrato con el adjudicatario del bien o servicio objeto de la subasta hasta que este haya cumplido las suyas. En otro caso, el subastador responderá ante el promotor de la subasta del cumplimiento de dichas obligaciones; iv) sufragar los gastos de organización y celebración de la subasta, incluidos, en su caso, los de custodia y tasación.

Este contrato está previsto en la LOCM, que comienza refrendando el principio de libre autonomía de la voluntad, al establecer que se sujetará, en primer término, a la voluntad de las partes (art. 57.1 LOCM), por lo que, a salvo la obligación de carácter imperativo que impone al subastador de comprobar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación para la protección del tesoro artístico, histórico y bibliográfico de España (art. 57.3 LOCM), se limita a dictar reglas dispositivas. En efecto, sólo si no existe pacto expreso, se entenderá que la obligación de custodia y exposición de los bienes y, en su caso, los de inclusión en el catálogo, así como todos los gastos de la subasta, incluidos los de custodia y, en su caso, tasación, corresponden a la empresa de subastas, sin que el propietario deba entregar por este concepto remuneración adicional alguna, fuera del precio establecido (art. 57.2 LOCM). En otro orden de cosas, los términos imperativos en que se exige la forma escrita para el contrato (art. 57.4 LOCM) no parece que sean suficientes para alterar el carácter que a la misma se concede en la teoría general de los contratos. Ha de estimarse, pues, que se trata de una exigencia *ad probationem* a la que, en su caso, se aplicará el art. 1279 Cciv.

8.3. Las relaciones entre el subastador y los postores

Las relaciones entre el subastador y los licitadores y postores, suscita cuestiones semejantes a las que surgen en relación con las ofertas públicas. La opinión que prevalece actualmente es que –al menos en las subastas voluntaria– hay una declaración de voluntad contractual que reúne todos los elementos de una verdadera oferta de contrato, especialmente la identificación del precio en tanto se establece el procedimiento para su determinación. A su vez, la declaración de los licitadores o postores se concibe como una declaración de voluntad contractual que se convierte en aceptación, perfeccionando el contrato de subasta, respecto del mejor postor. El remate o adjudicación a este sería según eso un acto de ratificación del contrato ya perfeccionado al formularse la mejor puja. Esa es, por lo demás, la caracterización que se deduce de la regulación de la venta en pública subasta en la LOCM cuando

establece que la celebración de la misma consiste en ofertar, pública e irrevocablemente, la venta de un bien a favor de quien ofrezca, mediante el sistema de pujas y dentro del plazo concedido al efecto, el precio más alto por encima de un mínimo, que estará obligado a comprarlo (art. 56.1 LOCM).

Dominada por el deseo de tutelar a los eventuales licitadores y al promotor frente a posibles abusos del empresario subastador este texto legal disciplina, por otra parte, un cuadro básico de obligaciones de aquel:

- i) Ha de efectuar la oferta de venta de modo veraz en cuanto a las circunstancias relativas al objeto, con identificación de si sus calidades son ciertas o, simplemente, supuestas o adveradas por determinado experto. En especial, cuando, en salas especializadas en objetos de arte o de valor, se oferte la venta en subasta de una imitación o de un artículo que, aunque aparentemente precioso, no lo sea en realidad, deberá hacerse constar, expresamente, esta circunstancia tanto en los anuncios como en las invitaciones en las pujas. Cuando se oferte la venta en subasta de un objeto acompañado del nombre o de las iniciales de un determinado autor o precisando que aparece firmado por el mismo, se considerará que se vende como original de dicho autor, a menos que consten con claridad las oportunas advertencias (art. 58 LOCM). En caso de incumplimiento de estos deberes de información, el subastador responderá solidariamente con el titular del bien subastado por la falta de conformidad de éste con el anuncio de la subasta, así como por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida (art. 61.2 LOCM).
- ii) Tanto la adjudicación como el contrato de venta han de consignarse por escrito. Este último podrá otorgarse podrá ser otorgado por el subastador como comisionista del propietario del bien subastado (art. 60 LOCM).
- iii) Únicamente podrá exigirse la constitución de fianza a los licitadores, cuando expresamente se haya consignado esta condición en los anuncios de la subasta. Pero su importe no podrá superar en ningún caso el 5 por 100 del precio de salida de los bienes en cuya licitación se quiera participar. Si el rematante no satisficere el precio en las condiciones en que se hizo la adjudicación, perderá la fianza constituida que, en defecto de pacto, corresponderá al titular del bien subastado, (art. 59 LOCM).
- iv) Sólo procederá a la entrega del bien una vez satisfecho el precio del remate o la parte del mismo determinada en los correspondientes anuncios (art. 60.1 LOCM).

Lección 3

El contrato de compraventa

SUMARIO: I. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA. 1. Concepto. 2. Perfección. Ventas al gusto y las ventas a ensayo o prueba. 3. El objeto. La venta sobre muestras. 4. El precio. 4.1. Requisitos. 4.2. Particularidades legales en relación con la cuantía del precio. 4.2.1. Finalidad de la disciplina. 4.2.2. Ventas con pérdida. 4.2.3. Ventas con precios reducidos para colectivos especiales. 4.2.4. Promoción de ventas. 4.2.4.1. Concepto y disciplina general. 4.2.4.2. Ventas multinivel y ventas piramidales. 4.2.4.3. Ventas en rebajas. 4.2.4.4. Ventas de promoción o en oferta. 4.2.4.5. Ventas de saldos. 4.2.4.6. Ventas en liquidación. 4.2.4.7. Ventas con obsequio o prima. 4.2.4.8. Ventas con oferta directa. 5. Contenido y cumplimiento. 5.1. Obligaciones del vendedor. 5.1.1. Obligación de entrega. 5.1.1.1. Caracterización. 5.1.1.2. Lugar de entrega. Ventas directas e indirectas. 5.1.1.3. Momento de la entrega. 5.1.1.4. La compra de reemplazo. 5.1.2. Obligación de saneamiento. 5.1.2.1. Caracterización y supuestos. 5.1.2.2. Obligación de saneamiento por vicios y defectos. 5.2. Obligaciones del comprador. 5.2.1. El pago del precio. 5.2.2. Obligación de recepción. 6. El riesgo. II. VENTAS A PLAZOS. 1. Caracterización. 2. Normativa y ámbito de aplicación. III. COMPRAVENTA MERCANTIL INTERNACIONAL. 1. La Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional. 1.1. Eficacia de la Convención. 1.2. Ámbito subjetivo de aplicación. 1.3. Ámbito objetivo de aplicación. 1.4. Ámbito normativo. 2. Los INCOTERMS. 2.1. Caracterización y naturaleza jurídica. 2.2. Contenido. 2.2.1. Descripción general. 2.2.2. Términos aplicables a cualquier modo de transporte. 2.2.2. Términos aplicables al transporte marítimo y asimilados. IV. CONTRATOS AFINES A LA COMPRAVENTA. 1. La permuta. 2. El suministro. 2.1. Concepto y naturaleza. Normativa aplicable. 2.2. Contenido. 2.2.1. Obligaciones del suministrador. 2.2.2. Obligaciones del suministrado. 2.2.3. Otros pactos. El pacto de exclusiva. El pacto de preferencia. 2.3. Extinción del contrato. 2.3.1. Resolución por incumplimiento y suspensión del suministro. 2.3.2. La extinción en atención a la duración del contrato. 2.3.2.1. Contratos de duración determinada. 2.3.2.2. Contratos de duración indefinida.

I. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

1. Concepto

Siguiendo la orientación general en materia de obligaciones y contratos, el Ccom no define la compraventa. Se limita a señalar las características diferenciales de la venta mercantil respecto de la que regula el Cciv. El estudio, pues, de este contrato ha de hacerse partiendo del concepto de la compraventa que suministra el Cciv. Su regulación, por otra parte, despliega una función supletoria e integradora de la que prevé el Ccom, que, al objeto, principalmente, de garantizar la rapidez y rigurosa ejecución de los contratos, se aplica con preferencia a aquellos que sean calificados como mercantiles. Según se deduce del art. 325 Ccom, será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma en que se compraron o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa.

Entre los dos criterios básicos de acotamiento de la mercantilidad –el de la compra profesional, realizada por empresarios en el ejercicio de su actividad empresarial, y el de la compra especulativa–; el Ccom individualiza como dato relevante de la distinción la función mediadora y la finalidad lucrativa que cumplen las compraventas mercantiles, frente a las civiles, efectuadas para consumo propio sin propósito de especular con la reventa. El Ccom parece fiel al criterio objetivo de la delimitación de la mercantilidad anclado en el concepto económico de la compraventa mercantil como instrumento jurídico de mediación entre los que producen y los que consumen. El art. 326.1º Ccom intenta completar esa declaración. A tenor del mismo no se reputan mercantiles las compras de efectos destinados al consumo del comprador, o de la persona por cuyo encargo se adquirieren. De modo que, si la compra persigue esta finalidad, la operación no tiene carácter mercantil. Sin embargo esta conclusión se ve oscurecida si el vendedor había adquirido para revender con ánimo de lucro, pues, desde el punto de vista de este último, según el art. 325 Ccom, la operación –la reventa– sí tendría carácter mercantil. Obviamente una operación no puede ser calificada a la vez como civil y mercantil, por lo que hay que resolver esta contradicción que, por lo demás, es solo aparente.

La compraventa es mercantil, en primer lugar, en razón de la calificación de la reventa como negocio que realiza la especulación prevista en la compra, en el sentido de que, compraventa y reventa, constituyen en realidad una sola operación económica especulativa, que se inicia con la primera, y se consuma con la segunda. Esta solución puede entenderse corroborada por la previsión que efectúa el art. 326.4º Ccom *a sensu contrario*, cuando niega carácter mercantil a la reventa efectuada por un no comerciante del resto de los acopios que hizo para su consumo. Si es civil la reventa derivada de una compra para el propio consumo, ha de ser mercantil la que viene de una compra para revender con lucro. En segundo lugar, porque esta es la solución que se arbitra en los actos mixtos. En tercer término por aplicación del art. 85 Ccom en relación con el art. 2 del mismo texto legal, a cuyo tenor, por ser actos incluidos en el propio Ccom, las compras de mercaderías en tiendas o almacenes abiertos al público han de reputarse mercantiles. A esta misma conclusión parece inducir la propia EM del Ccom cuando se refiere a las operaciones realizadas en ferias y mercados como aquellas en que intervienen comerciantes y consumidores, y, en la actualidad, la LOCM, cuya EM califica como mercantiles las modalidades de venta que regula.

En otro orden de cosas, no se reputan mercantiles, según los números 2º y 3º del art. 326 Ccom, aunque el comprador quiera revender con lucro, las ventas que realicen de sus productos los agricultores, ganaderos y artesanos. A diferencia del criterio utilizado en los párrafos anteriormente citados, aquí el acento no radica

en la compra, si no en la venta, cuyo carácter mercantil se excluye por razones tradicionales, justificadas en que no concurren en las mismas los presupuestos de la compraventa mercantil, esto es, que a la venta no ha precedido una compra con el propósito de reventa lucrativa, sino una compra de materias primas elaboradas con el trabajo propio. En el Ccom se recoge el ánimo de lucro capitalista, que es una expectativa de ganancia apoyada en el capital. Y las explotaciones artesanales y agrarias no tenían la consideración de capital. Por esto las disposiciones mencionadas tienen una impecable racionalidad normativa. Si no hay capital, acto de inversión, no hay mercantilidad. La concepción, no obstante, del Derecho Mercantil, como el Derecho ordenador de la actividad de empresa induce a considerar que debiera reformularse tal criterio en cuanto se den los presupuestos que determinan la calificación de la actividad en cuestión como empresarial.

2. *Perfección. Ventas al gusto y las ventas a ensayo o prueba*

Siguiendo la orientación general de nuestro Derecho de obligaciones, el contrato de compraventa mercantil tiene carácter consensual, es decir, se perfecciona por el mero consentimiento de ambas partes. De modo que no existe especialidad alguna en este contexto en relación con el régimen civil. Ahora bien, considerando este aspecto de la perfección del contrato destacan dos tipos de compraventa de carácter especial. Las ventas al gusto y las ventas a ensayo o prueba.

Las primeras al gusto son ventas de mercancías que no se tienen a la vista ni pueden clasificarse por una calidad determinada y conocida en el comercio. En tal caso se entiende que son realizadas bajo la condición de la aprobación posterior del comprador (art. 328.1 Ccom). Esta condición, que puede pactarse expresamente por medio de la cláusula *salvo aprobación*, supone la facultad del comprador de dar por extinguido libremente el contrato si, examinada la mercancía, los géneros no le convienen. Se trata de una condición suspensiva, tanto porque otra cosa sería incompatible con la disciplina sobre transmisión del riesgo (arg. ex art. 334.2º Ccom), como por ser esta la solución que preconiza expresamente el art. 1453 Cciv para las ventas civiles.

Las ventas a ensayo o prueba, se asemejan al supuesto anterior porque el comprador tiene la facultad de resolver el contrato, si, una vez, ensayado o probado, el género contratado no cumple las condiciones pactadas, o bien no satisface las necesidades del comprador (art. 328.2 Ccom). A diferencia, pues, de lo que ocurre en aquellas, en estas el comprador no es completamente libre de dar por extinguido el contrato. Sólo puede rechazar la mercancía si el ensayo no es satisfactorio, debiendo entenderse que corresponde al vendedor la prueba de que ha sido favorable.

3. *El objeto. La venta sobre muestras*

Objeto del contrato de compraventa, o más precisamente, objeto de la prestación, objeto, a su vez, de la obligación que de él deriva son, según el art. 325 Ccom, las cosas muebles. Entre ellas han ocupado lugar destacado tradicionalmente las mercaderías, calificación que merecen aquellas cosas muebles adscritas al tráfico mercantil. Ahora bien, no se puede descartar de modo absoluto la mercantilidad de las ventas de inmuebles. El art. 325 Ccom sólo alude expresamente a las cosas muebles porque en el modelo económico del Ccom sólo los muebles son bienes de capital. Pero cuando también la riqueza inmobiliaria pasa a ser un valor capital, y es susceptible de circular, no hay razones de fondo que justifiquen la exclusión del tráfico de inmuebles del ámbito mercantil. La compra de terrenos con el propósito de urbanizarlos, dividirlos y construirlos para revenderlos es un ejemplo típico de cómo el tráfico de inmuebles puede adquirir carácter mercantil, en la medida en que se destaca el hecho de la venta especulativa. Lo cierto es, sin embargo, que el Código no ofrece una regulación adaptada a este tipo de ventas, por lo que el interés práctico de la conclusión no deja de ser relativo.

En atención al objeto del contrato se distingue como un tipo especial de venta, la que versa sobre muestras o sobre objetos de calidad reconocida en el comercio (art. 327 Ccom). En estos casos, el comprador no podrá rehusar el recibo de los géneros contratados, si fueran conformes a las muestras o a la calidad prefijada en el contrato, de modo que, si los géneros son de recibo se estimará consumada la venta. Existe, pues, un contrato perfecto, no sometido a condición alguna (arts. 327 Ccom y art. 1273 Cciv), cuya singularidad se limita a la forma en que se determina su objeto, por referencia a la muestra, como si la mercancía estuviera a la vista. Por eso también, si el comprador se negare a recibir los géneros, se nombrarán peritos por ambas partes, que decidirán si son de recibo o no (art. 327 Ccom, 2127 LEC 1881). En el primer caso se estimará cumplida la obligación de entrega. En el segundo, aunque el Ccom sólo prevé la posibilidad de que se *rescinda* el contrato, el comprador puede, bien resolverlo, bien exigir su cumplimiento, solicitando en ambos supuestos la indemnización de daños y perjuicios que corresponda (arg. ex arts. 327 del Ccom y 1124 Cc).

4. *El precio*

4.1. Requisitos

Aun constituyendo un elemento esencial del contrato de compraventa, el Ccom no contiene ninguna disposición particular sobre el precio, de modo que las cuestiones relativas a los requisitos que ha de reunir han de remitirse al De-

recho civil. Sustancialmente, el precio ha de consistir en dinero o signo que lo represente (art. 1445 Cciv), de lo contrario se estaría ante una permuta. Por otro lado, el precio ha de ser verdadero, no simulado o irrisorio tal que desnaturalice el contrato enmascarando otra figura, por ejemplo, una donación. Y cierto, esto es, determinado o determinable según las normas que en él se establezcan (vid. arts. 1273, 1447 a 1449 Cciv). A este respecto son usuales en el tráfico mercantil las cláusulas de determinación mediante datos objetivos, por ejemplo, el precio que la mercancía tenga en determinado día o mercado. No es, sin embargo, requisito de validez del precio su justicia, si, como antaño, se entiende por precio justo el que se corresponde con el valor real de la mercancía. Por el contrario, los precios serán libremente determinados por las partes y ofertados con carácter general, si bien de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de defensa de la libre y leal competencia (arts. 13 LOCM y 17.1 LCD).

Ahora bien, junto a las excepciones establecidas en leyes especiales, es importante tener en cuenta que el Gobierno, previa audiencia de los sectores afectados, podrá fijar los precios o los márgenes de comercialización de determinados productos (entre otros, los productos de primera necesidad o materias primas estratégicas), así como someter sus modificaciones a control o a previa autorización administrativa (art. 13 LOCM).

4.2. Particularidades legales en relación con la cuantía del precio

4.2.1. *Finalidad de la disciplina*

Si bien a nivel general puede parecer que las ventas en que se ofrecen excepcionalmente ventajas o incentivos coyunturales en las condiciones de la oferta, que pueden consistir, sobre todo, en reducciones de los precios de las prestaciones ofertadas, bien en el ofrecimiento de prestaciones adicionales, son positivas para las economías nacionales, redundando en beneficio del público consumidor; tal apreciación resulta ser incierta cuando lo que se pretende no es sólo captar la atención de los consumidores y fomentar la contratación; sino realmente influir psicológicamente en la libertad de decisión del comprador, eliminar a los competidores del mercado, aprovecharse de ventajas competitivas en perjuicio de otros empresarios, o inducir a error a los consumidores ofertando, por ejemplo, productos deteriorados, obsoletos o de baja calidad.

Tales conductas atentan sin duda contra los intereses del tráfico en general y de los usuarios en particular. En razón de ello, no obstante el principio básico aludido en torno a la libertad en la fijación del precio, nuestro ordenamiento expresa cierta prevención ante determinadas prácticas comerciales que pretenden actuar a

la baja sobre la cuantía del precio u ofrecer otro tipo de ventajas ligadas a la adquisición de la prestación principal. A estas ideas básicas responde la ordenación sobre ventas con pérdida, ventas con precio reducidos para colectivos especiales y la comprendida en el título II de la LOCM relativa a las *actividades de promoción de ventas*, si bien no todo lo correctamente plasmadas que debieran desde un punto de vista técnico-jurídico.

4.2.2. Ventas con pérdida

Por venta con pérdida se entiende la efectuada por un precio inferior al coste de producción o adquisición de la mercancía, según si la misma es realizada por un fabricante o un distribuidor. La LOCM se refiere a ella estimando que existe cuando el precio aplicado a un producto sea inferior al de adquisición según factura, deducida la parte proporcional de los descuentos que figuren en la misma, o al de reposición, si este fuese inferior a aquel, o al coste efectivo de producción, si el artículo hubiese sido fabricado por el propio comerciante, incrementados, en las cuotas de los impuestos indirectos que graven la operación (art. 14.2 LOCM) y restados los descuentos realizados por el vendedor que consten en la factura y no sean consecuencia de retribuciones o bonificaciones que signifiquen compensación por servicios prestados (art. 14.3 LOCM). En ningún caso las ofertas conjuntas o los obsequios a los compradores podrán utilizarse para evitar la aplicación de estas disposiciones (art. 14.4 LOCM)

En la ordenación de esa Ley la venta con pérdida es una operación prohibida como regla general, salvo que se trate de ventas de saldo, ventas en liquidación o cuando quien las realice tenga por objetivo alcanzar los precios de uno o varios competidores con capacidad para afectar, significativamente, a sus ventas, o se trate de artículos perecederos en las fechas próximas a su utilización (art. 14.1 LOCM). En efecto, la violación de las citadas prescripciones se considera infracción grave (art. 65.1 c) LOCM) y, por consiguiente, objeto de sanción administrativa (arts. 68 y 69 LOCM). Sin embargo, el mismo texto legal ordena la prevalencia de la LCD sobre los términos en que el mismo se expresa (art. 14.1 *in fine* LOCM), lo que no resulta fácil de conciliar. Entre otros motivos, no sólo porque la disciplina de estos supuestos en una Ley como la LOCM se justificó en su momento ante las insuficiencias de la regulación que efectuaba la LCD; sino, sobre todo, porque los sistemas que trazan no son fácilmente homogéneos. Baste con decir, que, mientras la LOCM parte del principio prohibitivo de este tipo de ventas, la LCD opta por el contrario. Incluida en los llamados actos desleales frente al mercado, la venta con pérdida se considera lícita salvo que sea susceptible de inducir a error a los consumidores acerca del nivel de precios de otros productos o servicios del mismo establecimiento, tenga por efecto desacreditar la imagen de un producto o establecimiento ajenos o

forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado (precio predatorio) (art. 17.2 LCD).

4.2.3. *Ventas con precios reducidos para colectivos especiales*

Con el objetivo básico de proteger al mercado y a los competidores evitando que subvenciones o ayudas recibidas para fines específicos sean utilizadas para lograr una ventaja competitiva en detrimento de otros empresarios, se prohíbe que los establecimientos comerciales creados para suministrar productos a colectivos determinados y que reciban para esta finalidad cualquier tipo de ayuda o subvención oferten dichos productos al público general ni a personas distintas a los referidos beneficiarios (art. 15 LOCM). La violación de tal prescripción se considera infracción grave (art. 65.1 d) LOCM) y, por consiguiente, objeto de sanción administrativa (arts. 68 y 69 LOCM).

4.2.4. *Promoción de ventas*

4.2.4.1. Concepto y disciplina general

En sentido estricto las prácticas promocionales se caracterizan por actuar sobre la cuantía del precio, o con el ofrecimiento de otras ventajas coyunturales en las condiciones de la oferta, como instrumento de publicidad, con el fin de influir en los consumidores para fomentar la contratación. La LOCM las dedica un título, que comienza con un capítulo de disposiciones generales. Sin embargo, en él no desarrolla sus principios generales, ni hay una construcción tipológica, ni conceptual de la actividad promocional. Al contrario, el texto legal se limita a enumerar un conjunto de supuestos que tendrán la consideración de actividades de promoción de ventas –las ventas en rebajas, las ventas en oferta o promoción, las ventas de saldos, las ventas en liquidación, las ventas con obsequios y las ofertas de venta directa– y a reservar tales denominaciones precisamente para ellos, prohibiendo su utilización en otros casos; así como a reputar desleal su utilización cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 5 de la LCD (art. 18 LOCM).

Por lo demás, en el reiterado capítulo de disposiciones generales sobre las actividades de promoción de ventas, la LOCM dicta dos reglas relacionadas con la transparencia en el mercado de la distribución minorista, que afectan exclusivamente al ámbito externo del contrato, el de las buenas prácticas comerciales, imponiendo deberes de información inspirados en la preocupación de garantizar la libre decisión del consumidor a fin de que no sea inducido a error. En este sentido se ocupa de los

aspectos publicitarios (art. 19 LOCM) con particular atención a la transparencia en materia de reducción de precios y de identificación de los productos ofertados como expresión del principio de veracidad publicitaria (arts. 20 y 21 LOCM). Pero desde la peculiar perspectiva y técnicas del Derecho de la ordenación del comercio: sometimiento de las ventas promocionales a una especial supervisión administrativa, infracciones y sanciones administrativas. La violación de las prescripciones legales se considera infracción administrativa (arts. 64, 65 y 66 LOCM) y, por consiguiente, objeto de sanción de esa clase (arts. 68 y 69 LOCM).

Ahora bien, aunque la pretensión principal de esta ordenación sea regular las concretas relaciones que nacen entre los vendedores y sus clientes a propósito de la realización de las actividades promocionales y no, como ocurre en el ámbito del Derecho de la competencia, ordenar los comportamientos de mercado de los empresarios, en la medida en que los intereses de los consumidores relevantes aquí son semejantes a los que protege el Derecho de la competencia, sobre todo, desleal, es obvio que esta ordenación habrá de ser completada con la que propone aquel. Existe, pues, una evidente complementariedad entre unas normas y otras.

Muestra de ello es la previsión específica relativa a la venta con obsequio o prima, que será comentada más abajo; la relativa a los actos de engaño, que permite declarar ilícitas por desleales las prácticas promocionales que, por las circunstancias en que tengan lugar sean susceptibles de inducir a error a las personas a las que se dirigen o alcanzan sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad o cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas; o la prevista en el art. 15.2 LCD, que confiere a las normas sobre prácticas comerciales el carácter de ordenadoras de la actividad competencial, considerando su infracción acto de competencia desleal por violación de normas.

De esta manera se refuerza la protección del consumidor que no sólo dispone de las acciones civiles que le concede el Derecho de la competencia desleal sino la posibilidad de instar la actuación de la administración pública por infracción de las normas sobre ordenación del comercio a las que corresponden las sanciones administrativas legalmente establecidas. A ese último respecto hay que tener en cuenta, no obstante, que la disciplina comentada sólo es de aplicación en defecto de las normas dictadas por las Comunidades Autónomas con competencias legislativas en la materia (DF única LOCM).

4.2.4.2. Ventas multinivel y ventas piramidales

La LOCM ha incorporado el tratamiento de las ventas multinivel (art. 22 LOCM) y la prohibición de ventas en cadena o en pirámide (art. 23 LOCM) en

el mismo capítulo de disposiciones generales aplicables a todas las actividades de promoción de ventas. Lo hace con una sistemática discutible, porque, aunque en estos supuestos es posible advertir ciertos elementos promocionales, y existe en su utilización un evidente riesgo de engaño al consumidor, ambos constituyen no tanto sistemas de promoción de ventas como sistemas estables de distribución comercial.

La venta multinivel es un sistema de distribución comercial en el que un fabricante o un comerciante mayorista vende sus bienes o servicios a través de una red de comerciantes y/o agentes distribuidores independientes, pero coordinados dentro de una misma red comercial y cuyos beneficios económicos se obtienen mediante un único margen sobre el precio de venta al público, que se distribuye mediante la percepción de porcentajes variables sobre el total de la facturación generada por el conjunto de los vendedores integrados en la red comercial, y proporcionalmente al volumen de negocio que cada componente haya creado. La LOCM prohíbe dichos sistemas cuando: i) constituyan un acto desleal con los consumidores conforme a lo previsto en el art. 26 LCD; ii) no se garantice adecuadamente que los distribuidores cuenten con la oportuna contratación laboral o cumplan con los requisitos que vienen exigidos legalmente para el desarrollo de una actividad comercial; iii) exista la obligación de realizar una compra mínima de los productos distribuidos por parte de los nuevos vendedores, sin pacto de recompra en las mismas condiciones.

Además prevé dos normas para la tutela, respectivamente, de consumidores y vendedores. En relación con los primeros, dispone que estos últimos se considerarán en todo caso empresarios a los efectos previstos en el TRLCU y otras leyes complementarias. En cuanto a los segundos, prohíbe que se condicione el acceso a la red al abono de una cuota o canon de entrada que no sea equivalente a los productos y material promocional, informativo o formativo entregados, a un precio similar al de otros homólogos existentes en el mercado y que no podrán superar la cantidad que se determine reglamentariamente. Impone también que en los supuestos en que exista un pacto de recompra, los productos se tendrán que admitir a devolución siempre que su estado no impida claramente su posterior comercialización (art. 22 LOCM). La venta piramidal es una estrategia dirigida a conseguir que el consumidor realice una contraprestación a cambio de la oportunidad de recibir una compensación derivada fundamentalmente de la entrada de otros consumidores o usuarios en el plan piramidal, y no de la venta o suministro de bienes o servicios (art. 24 LCD). Dicha práctica se considera desleal por engañosa, siendo sancionable de conformidad con la LCD (art. 24 LCD) y nulas de pleno derecho las condiciones contractuales que la impongan (art. 23 LOCM).

4.2.4.3. Ventas en rebajas

Se entiende que existe venta en rebajas cuando los artículos se ofertan, en el mismo establecimiento en el que se ejerce habitualmente la actividad comercial, a un precio inferior al fijado antes de dicha venta (art. 24.1 LOCM). Los artículos comprendidos en la venta en rebajas deberán haber estado incluidos con anterioridad en la oferta habitual de ventas del establecimiento (art. 26.1 LOCM). En atención a ello, no cabe calificar como venta en rebajas la de aquellos productos no puestos a la venta en condiciones de precio ordinario con anterioridad, así como la de los productos deteriorados o adquiridos con objeto de ser vendidos a precio inferior al ordinario (arts. 24.2 y 26.2 LOCM). Prohibiéndose expresamente ofertar, como rebajados, artículos deteriorados (art. 26.2 LOCM).

Con todo, la LOCM ha privado en cierto modo a la venta en rebajas de uno de sus tradicionales caracteres definitorios, puesto que no exige que la venta se vincule al cambio de temporada, finalidad liquidatoria de índole estacional que permitía diferenciar esta técnica promocional de otras basadas igualmente en la reducción del precio. Establece, en efecto, la LOCM que las ventas en rebajas podrán tener lugar en los periodos estacionales de mayor interés comercial según el criterio de cada comerciante y que la duración de cada periodo de rebajas será decidida libremente por cada comerciante (art. 25 LOCM). Por otra parte cabe señalar que en la medida en que los arts. 24 y 25 LOCM se amparan en la competencia exclusiva del Estado para regular la competencia (DF única LOCM), sus disposiciones resultan aplicables en todo el territorio nacional. En razón de ello, además, la infracción de tales preceptos, al tiempo que da lugar a la aplicación de las sanciones administrativas procedentes [art. 65.1 j) LOCM], puede constituir un acto de competencia desleal.

4.2.4.4. Ventas de promoción o en oferta

Se consideran ventas en promoción o en oferta aquellas no contempladas específicamente en otro de los capítulos del título relativo a las actividades de promoción de ventas siempre y cuando se realicen por precio inferior o en condiciones más favorables que las habituales (vgr. con descuento en especie –tres por dos–, con obsequio), con el fin de potenciar la venta de ciertos productos o el desarrollo de uno o varios comercios o establecimientos (art. 27.1 LOCM). Al igual que en las ventas en rebajas, en las de promoción, las mercancías ofertadas no podrán estar deteriorados ni ser de peor calidad que los mismos productos que vayan a ser objeto de futura oferta ordinaria a precio normal, pero podrán adquirirse con este exclusivo fin (art. 27.2 LOCM). En cualquier caso, a este tipo de ventas será

de aplicación el régimen previsto para la entrega de obsequios y las ofertas conjuntas (arts. 27.3 y 33 y 34 LOCM).

4.2.4.5. Ventas de saldos

Se considera venta de saldos la de productos cuyo valor de mercado aparezca manifiestamente disminuido a causa del deterioro, desperfecto, desuso u obsolescencia de los mismos sin que un producto tenga esta consideración por el solo hecho de ser un excedente de producción o de temporada (art. 28.1 LOCM). Con dudosa corrección técnica establece la LOCM que no cabe calificar como venta de saldos la de productos cuya venta bajo tal régimen implique riesgo o engaño para el comprador, ni la de aquellos otros que no se venden realmente por precio inferior al habitual (art. 28.2 LOCM), cuando en realidad son estos más bien supuestos que inducirían a considerar tal actuación como acto de competencia desleal.

Por lo demás, al respecto de las mismas la LOCM se limita a establecer un deber de información a cargo del vendedor. Este tipo de ventas, en efecto, deberán anunciarse necesariamente con esa denominación o bien con la de «ventas de restos» (art. 29.1 LOCM) y asimismo, cuando se trate de productos deteriorados o defectuosos, tendrá que constar tal circunstancia de manera precisa y ostensible (art. 29.2 LOCM). Según se ha indicado antes constituyen una excepción a la prohibición de venta con pérdida (art. 14.1 LOCM).

4.2.4.6. Ventas en liquidación

Dos son las circunstancias que definen las ventas en liquidación. Primero, su carácter excepcional y finalidad extintiva de determinadas existencias de productos. En segundo término, el que tengan lugar en ejecución de una decisión judicial o administrativa, o sean llevadas a cabo por el empresario, o por el adquirente por cualquier título del negocio de aquel, en caso de cambio de ramo de comercio o modificación sustancial en la orientación del negocio, cambio de local o realización de obras de importancia en el mismo, cesación total o parcial de la actividad de comercio, –si bien en este último caso tendrá que indicarse la clase de mercancías objeto de liquidación– o cualquier otro supuesto de fuerza mayor que cause grave obstáculo al normal desarrollo de la actividad comercial (art. 30.1 LOCM). En atención a ello, por un lado, al faltar la finalidad extintiva, no podrán ser objeto de este tipo de actividad aquellos productos que no formaran parte de las existencias del establecimiento con anterioridad al inicio de la venta en liquidación, ni los que hubieran sido adquiridos por el comerciante con objeto de incluirlos en la liquidación (art. 30.2 LOCM). E, igualmente, la venta ha de cesar si se liquidan efectivamente los productos objeto de la misma (art. 30.3 LOCM). Por otro lado,

al desaparecer su fundamento causal, también deberá cesar si desaparece la circunstancia que la motivó (art. 30.3 LOCM).

Aunque la LOCM no hace referencia a la reducción en el precio como característica de este tipo de ventas, lo cierto es que, faltando esta, tendrían poco sentido. Además de que en la práctica suele ser lo habitual, la propia LOCM se refiere a ellas, por lo demás, como una de las excepciones de la venta con pérdidas. En cuanto al régimen previsto, la duración máxima de la venta en liquidación será de un año (art. 31.1. LOCM). No procederá efectuar una nueva liquidación en el mismo establecimiento de productos similares a la anterior en el curso de los tres años siguientes, excepto cuando esta última tenga lugar en ejecución de decisión judicial o administrativa, por cesación total de la actividad o por causa de fuerza mayor (art. 31.2. LOCM). Por lo demás, el tratamiento que de este tipo de ventas realiza la LOCM se restringe a ordenar un deber de información. Las mismas, en efecto, han de ser anunciadas con esta denominación u otra equivalente (art. 30.1 LOCM) y en los anuncios deberán indicarse la causa de la liquidación (art. 30.4 LOCM). Anunciar o realizar operaciones de venta en liquidación con incumplimiento de estos requisitos tiene la consideración de infracción grave [art. 65.1 l) LOCM]. Sin embargo, cuando sea incierto que el empresario o profesional se encuentre en alguno de los supuestos que las habilitan o, en cualquier otro supuesto, se afirme que el empresario o profesional está a punto de cesar en sus actividades o de trasladarse sin que vaya a hacerlo, el acto se considera práctica comercial engañosa con los consumidores (art. 22.3 LCD).

4.2.4.7. Ventas con obsequio o prima

Son ventas con obsequio aquellas que ofertan un premio, cualquiera que sea la naturaleza de éste, ya sea en forma automática, o bien, mediante la participación en un sorteo o concurso, con finalidad de promover las ventas, esto es, de que se contrate la prestación principal. Son ventas con prima aquéllas que ofrezcan cualquier incentivo o ventaja vinculado a la adquisición de un bien o servicio (art. 32.1 LOCM). Como regla general este tipo de prácticas es lícita siempre y cuando no lesionen la libertad de decisión de los consumidores, induciéndoles a efectuar la compra de la prestación principal sugestionados por la posibilidad de obtener la prima, o supongan actos de engaño. A fin de evitar ese riesgo la utilización de tal técnica comercial está sometida a dos tipos de cautelas, contenidas unas en la legislación sobre competencia y otras en la LOCM.

La LCD reputa desleales con los consumidores por engañosas todas aquellas que ofrezcan un premio, de forma automática, o en un concurso o sorteo, sin conceder los premios descritos u otros de calidad y valor equivalente y las dirigidas a

crear la impresión falsa de que el consumidor ya ha ganado, ganará o conseguirá un premio o cualquier otra ventaja equivalente si realiza un acto determinado, cuando en realidad: no existe tal premio o ventaja equivalente, o la realización del acto relacionado con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeto a la obligación, por parte del consumidor, de efectuar un pago o incurrir en un gasto (art. 22. 4 y 6 LCD).

La LOCM, con una finalidad semejante, regula ciertos aspectos de la prima en lo relativo tanto a su concesión como a su entrega, y las ofertas conjuntas. En cuanto a la concesión de la prima, cuando esta consista en un sorteo se establece que lo dispuesto en la LOCM será aplicable sin perjuicio de lo establecido en la legislación sectorial correspondiente (art. 32.2 LOCM). Por lo que hace a la entrega, en caso de ventas con primas diferidas, es decir, aquellas en que no se recibe el incentivo inmediatamente, en el momento de contratar la prestación principal, sino en otro posterior (vgr. cuando se reúna el número de puntos o vales exigidos), los bienes o servicios en que consistan los obsequios o incentivos promocionales deberán entregarse a los compradores en el plazo máximo que determinarán las Comunidades Autónomas, sin que pueda exceder de tres meses, a contar desde el momento en que el comprador reúna los requisitos exigidos.

Cuando el ofrecimiento se haya hecho en los envases de los correspondientes productos, el derecho a obtener la prima ofrecida podrá ejercerse, como mínimo, durante los tres meses siguientes a la fecha de caducidad de la promoción (art. 33.1 LOCM). En el caso de que los obsequios ofrecidos formen parte de un conjunto o colección, la empresa responsable de la oferta estará obligada a canjear cualquiera de aquellos por otro distinto, a no ser que en la oferta pública del incentivo se haya establecido otro procedimiento para obtener las diferentes piezas de la colección (art. 33.2 LOCM). Estas previsiones resultan de aplicación general en todo el territorio nacional ya que se amparan en la competencia exclusiva del Estado para regular la competencia (DF única LOCM).

Definidas como aquellas prácticas comerciales consistentes en ofrecer conjuntamente y como una unidad de contratación dos o más clases o unidades de artículos, las ofertas conjuntas, por otro lado, resultan prohibidas salvo que exista una relación funcional entre los artículos ofertados (vgr. leche desmaquilladora y tónico facial), se trate de una práctica comercial común vender ciertos artículos en cantidades superiores a un determinado mínimo (*packs* de yogures), se ofrezca simultáneamente la posibilidad de adquirir los artículos por separado y a su precio habitual, o se trate de lotes o grupos de artículos presentados conjuntamente por razones estéticas o para ser destinados a la realización de obsequios (vgr. cestas de navidad) (art. 34.1 LOCM). En todo caso, la licitud de estas ofertas conjuntas

debe ser contrastada con las condiciones en que se admiten las prestaciones suplementarias en la legislación sobre competencia (art. 34.2 LOCM).

4.2.4.8. Ventas con oferta directa

La LOCM entiende que existe tal tipo de ventas cuando la oferta se realice por el fabricante o mayorista directamente al consumidor final. La preocupación principal es asegurar al consumidor la veracidad de esta característica. Por eso no se regula tanto la venta como la oferta. Se prohíbe así que en la oferta al público de mercancías de cualquier clase se invoque por el vendedor su condición de fabricante o mayorista, a menos que fabrique realmente la totalidad de los productos puestos a la venta, realice sus operaciones de venta fundamentalmente con comerciantes minoristas y que los precios ofertados sean los mismos que aplica a otros comerciantes, mayoristas o minoristas (art. 35 LOCM).

5. *Contenido y cumplimiento*

El contenido y los efectos del contrato derivan de la estructura dogmática del mismo. La compraventa es un contrato consensual, de carácter bilateral, recíproco y sinalagmático. El consentimiento despliega una eficacia meramente obligatoria. Por sí sólo, de él no resulta la transmisión de la propiedad de las mercancías, sino sólo obligaciones para ambas partes.

5.1. *Obligaciones del vendedor*

El vendedor asume las obligaciones fundamentales de entregar la cosa y procurar su saneamiento.

5.1.1. *Obligación de entrega*

5.1.1.1. Caracterización

La obligación de entrega del vendedor compele al vendedor a poner la mercancía a disposición del comprador (arts. 337, 338 y 339 Ccom). Por consiguiente se entiende cumplida cuando se efectúa dicha puesta a disposición de conformidad con las condiciones pactadas, en el lugar y el momento especificados en el contrato. No obstante, el vendedor se libera de su obligación de entregar la cosa sin que eso suponga incumplimiento del contrato por su parte en dos casos. Aun cuando haya convenido un aplazamiento en el pago, si después de celebrado el contrato

descubre que el comprador es insolvente (art. 1467 Cciv). Y si, no existiendo aplazamiento, este último no le abona el precio (art. 1466 Cciv).

5.1.1.2. Lugar de entrega. Ventas directas e indirectas

En atención al lugar de la puesta a disposición se distingue entre la venta directa y la indirecta. La primera es aquella en que el vendedor pone a disposición o entrega la mercadería directamente al comprador o a su representante. Puede hacerlo en sus propios locales limitándose a esperar que el comprador se presente (venta en plaza), o en un lugar distinto, vgr. el establecimiento del comprador –ventas a la llegada–. Aquí el transporte de la mercancía constituye un acto necesario y preparatorio de la entrega que debe realizar el vendedor.

La venta indirecta o de plaza a plaza, también denominada venta con expedición o venta a la salida, se caracteriza porque en el contrato se contempla el transporte de las mercaderías, de modo que el vendedor solo se obliga a enviar o remitir aquellas, iniciando la operación de transporte, pero sin asumir los riesgos de este. En estas ventas la entrega se entenderá realizada, salvo pacto en contrario, cuando el vendedor ponga las mercaderías en poder del primer porteador, produciéndose la transmisión del riesgo al comprador en ese mismo momento. Su actuación queda circunscrita a la entrega de la cosa al tercero independiente, que se coloca en la posición jurídica de transportista o porteador, que es quien, a su vez, asume la obligación de puesta a disposición al comprador cuando la mercadería llega al lugar de destino. A estos efectos, es indiferente quien deba contratar el transporte y, en su caso, el seguro de las mercancías. Aunque se trate del vendedor, la venta se considera consumada con la puesta a disposición del primer porteador. El funcionamiento de estos contratos no interfiere en las relaciones entre comprador y vendedor, pero cada uno de ellos despliega sus efectos propios entre las partes que los han concertado.

La elección de una u otra modalidad de venta en atención al lugar de la entrega depende de la voluntad de las partes, presumiéndose en su defecto que es el establecimiento del vendedor. Venta en plaza sobre la que se basa, por lo demás, la regulación del Ccom, mostrando una vez más la obsolescencia de su reglamentación. Ello supone un acusado desfase entre el régimen mercantil español y la moderna realidad del tráfico que, en la mayoría de los casos, precisa servirse de esas modalidades de venta. En puridad, pues, atendida nuestra disciplina legal, si, como sucede con gran frecuencia, las partes quieren que la puesta a disposición/entrega se produzca con la entrega al transportista, deben pactarlo expresamente. Ello es posible en la medida en que el régimen explicado tiene carácter dispositivo. Si pactan que la entrega se produzca en el domicilio del comprador o en el puerto

de destino, la venta será a la llegada. A su vez, si quieren una entrega indirecta deberá incluirse en el contrato una cláusula específica. Sustancialmente las previstas en los INCOTERMS, a los que se aludirá posteriormente. En tales casos, el régimen jurídico de tal venta vendrá determinado, no por el Ccom, sino por la cláusula de entrega concretamente pactada.

5.1.1.3. Momento de la entrega

En cuanto al momento de la entrega, si el contrato no establece fecha o plazo determinado, el vendedor deberá tenerlas a disposición del comprador dentro de las veinticuatro horas siguientes al contrato (art. 337 Ccom). En relación con el cumplimiento de esta obligación, con independencia de la relevancia que las partes le hayan otorgado así como de la conducta culposa o no del vendedor, el plazo de entrega tiene en la compraventa mercantil carácter esencial. Quiere decir que la falta de entrega en el plazo pactado supone un incumplimiento total del contrato, sin que los Tribunales puedan conceder un plazo adicional, aunque entiendan que existe causa justificada para ello. Esto hay que deducir de las previsiones contenidas en el Ccom cuando dispone que si el vendedor no entregare en el plazo estipulado los efectos vendidos, podrá el comprador pedir el cumplimiento o la rescisión del contrato, con indemnización, en uno y otro caso, de los perjuicios que se le hayan irrogado por la tardanza (art. 329 Ccom y cfr. art. 1124 Cciv).

5.1.1.4. La compra de reemplazo

El incumplimiento de la obligación de entrega por parte del vendedor autoriza al comprador a utilizar los remedios generales previstos en la legislación común, esto es, instar la resolución del contrato o su cumplimiento forzoso (arts. 1124 Cciv). Sin embargo, como especialidad relevante, se admite el recurso a la denominada compra de reemplazo, aunque no esté reconocida de forma expresa y con carácter general en nuestros textos legales. En efecto, doctrina y jurisprudencia vienen aceptando la posibilidad de que el comprador de buena fe compre a un tercero a precio corriente de mercado mercancía de igual cantidad y calidad a la que debía haberle sido entregada, reclamando al vendedor la diferencia que haya tenido que abonar por ella. Dada la formación objetiva del precio en relación con el mercado que supone este mecanismo se consigue satisfacer las necesidades del comprador y un sencillo cálculo de los daños y perjuicios sufridos por este –la diferencia entre el precio pactado en la primera compraventa y el de la compra de reemplazo–, sin perjudicar al vendedor.

5.1.2. *Obligación de saneamiento*

5.1.2.1. Caracterización y supuestos

Esta obligación compele al vendedor a procurar al comprador la posesión legal y pacífica de la cosa vendida y a responder frente a él de los vicios o defectos que tuviera la cosa (arts. 345 Ccom, 1474 Cciv). El incumplimiento de la primera obligación se produce en los supuestos de evicción. Esta tiene lugar cuando se prive al comprador de todo o parte de la cosa vendida en virtud de un derecho anterior a la compra declarado en sentencia firme. Su régimen jurídico carece de especialidades mercantiles por lo que se rige en su integridad por el Cciv (arts. 1475 a 1483 Cciv). En cualquier caso, reviste escasa importancia en el ámbito de la compraventa mercantil por la protección que recibe el adquirente de buena fe de cosas muebles de un no titular (cfr. arts. 85 Ccom y 61.1 LOCM). La segunda tiene, al contrario, gran trascendencia.

5.1.2.2. Obligación de saneamiento por vicios y defectos

La obligación de saneamiento por vicios y defectos comprende los vicios propiamente dichos y los defectos de calidad y cantidad. Aunque en la práctica sea en muchas ocasiones sumamente difícil precisar cuando se está en uno u otro supuesto, teóricamente se dice que hay vicio cuando la cosa entregada es idéntica a la pactada, pero tiene alteraciones anormales, y que hay defecto de calidad cuando la cosa entregada no es idéntica a la pactada en relación con las cualidades atribuidas a la misma. A su vez, estos supuestos de prestaciones defectuosas han de distinguirse de aquellos en que la prestación es diversa, pues en tal caso lo que hay, en puridad, es un incumplimiento total del contrato por inejecución de la obligación de entrega, que autoriza la aplicación de la normativa civil sobre incumplimiento contractual (arts. 1101, 1103 y 1124 Cciv). Sucede eso cuando los vicios o defectos sean de tal entidad que no haya posibilidad racional de identificar la cosa entregada con la contratada, ya que contiene elementos diametralmente opuestos a la misma, cuando sea por completo inhábil para el destino previsto o, a consecuencia de los defectos, se haga de todo punto imposible su aprovechamiento por el comprador, hasta el punto de frustrar el objeto del contrato.

Considerando la disciplina prevista para los vicios y defectos de calidad y cantidad es preciso señalar que el Ccom introduce en la misma desviaciones respecto de la civil que se justifican en la finalidad básica de proteger al empresario (vendedor) ante reclamaciones tardías que se consideran incompatibles con la agilidad, rapidez y seguridad esenciales al tráfico mercantil. La primera modalización que establece a este respecto es la relativa al derecho y al deber de examen y denuncia. Frente al criterio liberal del

Cciv, que deja total discrecionalidad para efectuar o no la comprobación de los vicios (arts. 1484 y 1490 Cciv), el Ccom contempla si no un deber legal, sí una obligación indirecta de que se efectúe el examen en plazos breves, al conceder al vendedor el derecho de exigir en el acto de la entrega que se haga el reconocimiento en cuanto a cantidad y calidad a contento del comprador (art. 336.4 Ccom).

La segunda especialidad relevante en este ámbito consiste en el deber que se impone al comprador de denunciar con rapidez los vicios o defectos de la cosa, perdiendo en otro caso la posibilidad de actuar contra el vendedor por tal motivo. Los plazos de denuncia varían según se trate de vicios externos o aparentes, esto es, que puedan ser conocidos por el comprador al recibir las mercancías, atendiendo a la condición profesional del adquirente (art. 1484 Cciv), o internos. En el primer caso ha de reclamar inmediatamente tras el reconocimiento espontáneo, o el obligado que tiene derecho a exigir el vendedor en el acto de la entrega (art. 336.1 y 4 Ccom); salvo que se trate de mercancías embaladas o enfardadas, supuesto en el cual dispone de un plazo de cuatro días desde que las recibió (art. 336.2 Ccom). Si los vicios o defectos son internos, el comprador dispone de un plazo de 30 días para efectuar la denuncia (art. 342 Ccom). Aunque el criterio de la jurisprudencia ha sido vacilante, en la actualidad tiende a considerarse que ambos plazos son de caducidad.

Los efectos de la denuncia, en caso de vicios aparentes, consisten en que el comprador conserva su acción para reclamar contra el vendedor, pudiendo optar entre exigir la resolución del contrato, o su cumplimiento con arreglo a lo pactado y, siempre, con la indemnización de los perjuicios que se le hubiesen causado por los defectos o vicios (art. 336.3 Ccom). El Ccom, sin embargo, no señala plazo para el ejercicio de estas acciones, por lo que se estima que rige el art. 1490 Cciv, que prevé un plazo de seis meses a contar desde la entrega. En el supuesto de vicios ocultos, la doctrina estima que resulta de aplicación el art. 1486 Cciv, de modo que el comprador podrá optar entre desistir del contrato abonándosele los gastos que pagó o rebajar una cantidad proporcional del precio. La jurisprudencia, al contrario, se inclina por aplicar aquí también el art. 336.3 Ccom. El plazo para el ejercicio de estas acciones es el previsto en el art. 1490 Cciv, considerándose que se trata de plazos de caducidad.

5.2. Obligaciones del comprador

5.2.1. *El pago del precio*

Como en toda compraventa la de pagar el precio es la obligación principal del comprador. Ha de cumplirse en el tiempo y lugar fijados por el contrato y, en su

defecto, (art. 1500 Cciv) cuando, puestas las mercaderías vendidas a disposición del comprador, se dé este por satisfecho o se depositen judicialmente ante el rehúse o demora en la recepción sin justa causa (arts. 332 y 339 Ccom). Ahora bien, si nada se conviene, ha de estimarse aplicable el art. 62 Ccom. Esto significa que, si bien el vendedor ha de tener las mercaderías a disposición del comprador dentro de las veinticuatro horas siguientes a la conclusión del contrato, el comprador goza de diez días para pagar y retirar las mercaderías. Aunque el Ccom utiliza las expresiones *plazo* y *término*, los lapsos temporales de veinticuatro horas o de diez días constituyen simplemente el tiempo de exigibilidad de las obligaciones respectivas. El art. 62 Ccom no hace, por tanto, otra cosa que cuantificar en términos concretos el significado normal de la exigibilidad inmediata del art. 1113 Cciv, de acuerdo con la buena fe. Se trata, no de un plazo, sino de un *free time*, cuyo reconocimiento en beneficio del comprador parece estribar en posibilitar que este pueda organizar la extracción, o intentar ya una reventa.

El pago puede ser efectuado al contado o en los plazos convenidos con el vendedor (art. 339.1 Ccom), presumiéndose, salvo pacto en contrario, en todas las compraventas en establecimientos mercantiles, que existe pago al contado (art. 87 Ccom). De esta forma, tanto el pago anticipado como el pago aplazado o a plazos han de haberse pactado de forma expresa. Esta última forma de pago constituye una modalidad especial de compraventa mercantil. En sentido amplio, venta a plazos es cualquier venta en la que, mientras la obligación de entrega de la cosa es ejecutada por el vendedor, el pago del precio se fracciona en distintos plazos generalmente periódicos y de igual cuantía. En sentido estricto son aquellas ventas sometidas a la Ley 28/1988 de 13 de julio de venta a plazos de bienes muebles. Esta Ley es considerada como una de las manifestaciones en nuestro Derecho de la protección al consumidor en materia de crédito al consumo.

Con carácter general, la demora en el pago del precio constituye al comprador en la obligación de pagar el interés legal de la cantidad que adeude al vendedor (art. 341 Ccom), salvo, naturalmente, pacto en contrario (arg. ex art. 1255 Cciv). El plazo de prescripción de la acción de que dispone el vendedor para exigir el pago del precio es de cinco años (arg. ex arts. 943 Ccom y 1964 Cciv).

5.2.2. *Obligación de recepción*

La segunda obligación del comprador es la de recibir la cosa. Si bien el Ccom no menciona expresamente la recepción de las mercaderías como una de las obligaciones del comprador, su existencia deriva de forma implícita del art. 332 Ccom en tanto autoriza al vendedor a optar entre pedir el cumplimiento o la rescisión del contrato cuando el comprador rehúse sin justa causa el recibo de las mercan-

cías. En cualquier caso, al contrario, el comprador no está obligado/ sobre él no pesa la carga de recibir entregas parciales. Si, ello no obstante, las acepta se entenderá consumada la venta en cuanto a los géneros recibidos, quedando a salvo el derecho del comprador a pedir por el resto el cumplimiento del contrato o su rescisión (art. 330 Ccom).

En defecto de pacto en contrario, la recepción ha de hacerse en cuanto la mercancía se halle a disposición del comprador en el establecimiento del vendedor. Dispone para ello de un *plazo* de diez días (arg. ex art. 62 Ccom). Si transcurrido ese plazo, el comprador no se presenta, el vendedor puede depositar judicialmente las mercaderías. Si se presenta pero rehúsa injustificadamente la recepción, el vendedor podrá resolver el contrato o solicitar su cumplimiento, debiendo depositar judicialmente las mercancías de optar por este último (art. 332 Ccom). Puede ocurrir también que se presente y se dé por satisfecho de las mercancías, pero no las retire. Entonces ha de constituirse el depósito extrajudicial de las mismas. Si bien, a fin de armonizar los arts. 332 y 339 Ccom es conveniente admitir que el vendedor puede también depositarlas judicialmente.

Hay que tener en cuenta que la obligación del vendedor en orden a la entrega se cumple cuando las mercaderías se ponen a disposición del comprador por lo que, desde ese momento, si este último no retira, el vendedor es ya sólo depositario de los efectos vendidos. Al requerir, en efecto, el cumplimiento por el vendedor de su obligación de entrega la cooperación del comprador, sobre este debe pesar la carga, obligación para algunos, de facilitar la liberación de aquel, de forma tal que incurre en mora *creditoris* si no se presenta o, presentándose, no retira las mercancías. A esta constatación obedece la previsión del art. 332 Ccom, que regula la figura de la *mora creditoris* al establecer su más importante efecto: la liberación del vendedor a través del depósito judicial o de la consignación. En el momento del depósito empieza para el comprador la necesidad de ejecutar su obligación de pagar el precio (art. 339 Ccom). Junto a ello, teniendo en cuenta el carácter que hay que atribuir al plazo en el ámbito mercantil y las consecuencias que derivan de su incumplimiento, el vendedor podrá optar por el cumplimiento o la resolución del contrato.

6. *El riesgo*

Por riesgo, en sentido técnico-jurídico, y aplicada la noción al contrato de compraventa, ha de entenderse la situación que surge cuando entre la perfección del contrato y su ejecución o cumplimiento, la cosa vendida perece o se deteriora por caso fortuito. Dada la hipótesis hay que decidir cual de las dos partes ha de sufrir las consecuencias del hecho dañoso fortuito. Si es el vendedor tendrá que entregar otra cosa que sustituya a la que se perdió o deterioró. De lo contrario perderá el

derecho al precio, de forma que, si ha recibido parte de él, tendrá que devolverlo al comprador (art. 335 Ccom). Si es el comprador tendrá que pagar el precio sin recibir la cosa o recibéndola deteriorada. Pues bien, en la compraventa mercantil el riesgo pasa al comprador con la puesta a disposición (art. 333 Ccom).

II. VENTAS A PLAZOS

1. *Caracterización*

En sentido amplio, venta a plazos es cualquier venta en la que, mientras la obligación de entrega de la cosa es ejecutada por el vendedor, el pago del precio se fracciona en distintos plazos, generalmente periódicos y de igual cuantía. En sentido estricto son aquellas ventas sometidas a la Ley 28/1988 de 13 de julio de venta a plazos de bienes muebles. Según la LVPBM por venta a plazos ha de entenderse el contrato mediante el cual una de las partes entrega a la otra una cosa mueble y corporal y esta se obliga a pagar por ella un precio cierto de forma total o parcialmente aplazada en tiempo superior a tres meses desde la perfección del contrato (art. 3 LVPBM).

Dos son, pues, los elementos determinantes de su caracterización conceptual: el objeto de la venta y la forma de establecer el aplazamiento del pago del precio. En cuanto al objeto, la Ley exige, a efectos del propio contrato, no sólo de su inscripción, que se trate de bienes muebles corporales no consumibles e identificables. Por bienes no consumibles hay que entender los que son susceptibles de un uso repetido. Por bienes identificables entiende la Ley todos aquellos en los que conste la marca y número o serie de fabricación de forma indeleble, o, en general, los que tengan alguna característica distintiva que excluya razonablemente su confusión con otros bienes (art. 1.2 LVPBM).

Quedan, no obstante, excluidas de la Ley las compraventas a plazos de bienes que, con o sin ulterior manipulación, se destinen a la reventa al público, las ventas ocasionales sin finalidad de lucro, las ventas garantizadas con hipoteca o prenda sin desplazamiento sobre los bienes objeto del contrato, los contratos cuya cuantía sea inferior a la que se determine reglamentariamente y los contratos de arrendamiento financiero (art. 5 LVPBM). El hecho de que se exceptúen las compraventas de bienes destinados a la reventa restringe el ámbito de aplicación de la LVPBM a las realizadas con consumidores. En realidad, la legislación de ventas a plazos ha sido considerada tradicionalmente como una de las primeras manifestaciones en nuestro Derecho de la protección al consumidor en materia de crédito al consumo. Por este motivo se tendrán por no puestos los pactos, cláusulas y condiciones de los contratos regulados en la Ley que fuesen contrarios a sus

preceptos o se dirijan a eludir su cumplimiento (art. 14 LVPBM). Debido también a esa circunstancia estas operaciones se rigen cumulativamente por la legislación de protección al consumidor. En particular por el TRLCU.

En relación con el aplazamiento del pago del precio, no es necesario que el pago del precio se difiera en varios plazos, pudiendo serlo sólo en uno, siempre y cuando su duración sea superior a tres meses.

2. Normativa y ámbito de aplicación

Junto a las ventas a plazos, la LVPBM comprende en su ámbito de aplicación los actos o contratos, cualquiera que sea su forma jurídica o la denominación que las partes les asignen, mediante los cuales las partes se propongan conseguir los mismos fines económicos que con la venta a plazos (art. 3 LVPBM). Hay que entender que dicha finalidad es obtener financiación mediante la concesión de crédito para la adquisición de la propiedad de los bienes objeto del contrato. En efecto, el aplazamiento del pago del precio que conlleva este tipo de venta constituye por sí mismo una forma de concesión de crédito. Por este motivo, tanto la venta a plazos, como el resto de operaciones incluidas en el ámbito de aplicación de la LVPBM, pueden quedar sujetas, a la vez, a la Ley 16/2011, de 24 de junio de contratos de crédito al consumo. A tenor de esta última, por el contrato de crédito al consumo un prestamista concede, o se compromete a conceder a un consumidor, un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación (arts. 1 y 3 LCC). Los contratos sometidos a la LVPBM que también se encuentren incluidos en el ámbito de aplicación de la LCC se regirán por los preceptos de esta última, de modo que la primera solo se aplicará a ellos con carácter supletorio (art. 2 LVPBM).

Por otra parte, la LVPBM regula también las garantías que se constituyan para asegurar el cumplimiento de las obligaciones nacidas de este tipo de ventas y los contratos de préstamo destinados a facilitar la adquisición de los bienes (art. 1.1. LVPBM), salvo que se trate de préstamos cuya finalidad sea financiar las compraventas excluidas del ámbito de aplicación de la Ley, de préstamos garantizados con hipoteca o prenda sin desplazamiento sobre los bienes objeto del contrato, de préstamos ocasionales efectuados sin finalidad de lucro y de aquellos cuya cuantía sea inferior a la que se determine reglamentariamente (art. 5 LVPBM).

La LVPBM distingue entre préstamos de financiación a vendedor y a comprador. Los primeros son aquellos contratos en virtud de los cuales el vendedor cede o subroga a un financiador en su crédito frente al comprador; o bien aquellos mediante los cuales acuerda con un tercero financiador que este proporcione la adquisición del bien al comprador contra el pago de su coste de adquisición en

plazo superior a tres meses (art. 4.2 LVPBM). Los segundos son aquellos configurados por vendedor y comprador determinantes de la venta sujeta a la Ley y, en virtud de los cuales, un tercero facilita al comprador, como máximo, el coste de adquisición del bien, reservándose las garantías que se convengan y quedando obligado el comprador a devolver el importe del préstamo en uno o varios plazos superiores a tres meses (art. 4.3 LVPBM). Estos préstamos se registrarán, además, por las disposiciones generales relativas a los contratos de crédito.

III. COMPRAVENTA MERCANTIL INTERNACIONAL

1. La Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional

1.1. Eficacia de la Convención

La compraventa internacional de mercaderías está regulada por la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980. España se adhirió a ella por Instrumento 17 de julio de 1990, publicado en el BOE de 30 enero 1991. Por consiguiente, sus disposiciones pasaron a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico como Derecho directamente aplicable [art. 1.1 a) CV], de modo que nuestros órganos jurisdiccionales han de aplicar la Convención como Derecho propio y no como Derecho extranjero. En razón de ello, desde un punto de vista material, la Convención prevalece no sólo sobre las normas dispositivas, sino también sobre las imperativas del Derecho interno. Y procesalmente las resoluciones que resuelvan las controversias a las que resulte de aplicación serán objeto de idénticos mecanismos de control y susceptibles de los mismos recursos que prevea el Derecho interno para el resto de sus resoluciones.

1.2. Ámbito subjetivo de aplicación

El ámbito subjetivo de aplicación de la Convención de Viena prescinde como conexión de la nacionalidad de los contratantes, exigiendo únicamente que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes, siempre y cuando estos hayan ratificado el texto uniforme sin formular reservas (vid. art. 95 CV) o cuando las normas de Derecho Internacional Privado del Estado ante el que las partes de la compraventa diriman su litigio prevean la aplicación de la Ley de un Estado contratante. Por ejemplo, si el vendedor tiene su establecimiento en un Estado que no es parte de la Convención y el comprador en otro que tampoco lo es, pero el contrato, según las normas de Derecho Internacional Privado del país

donde se dirima la controversia, se rige por el Derecho de un tercer Estado que sí está vinculado por la Convención, el juez del foro habrá de aplicar la Convención de Viena (art. 1.1 CV. Y vid. sobre las excepciones arts. 92.2, 93.3 y 94 CV. Vid. también art. 10 CV para la pluralidad de conexiones y la ausencia de conexión).

Por establecimiento se entiende a estos efectos toda instalación de una cierta duración y estabilidad y con determinadas competencias para dedicarse a los negocios. En razón de ello no se precisa que goce de autonomía jurídica, como establecimiento principal. Puede ser, por ejemplo, una sucursal. Ahora bien, aun faltando ambas conexiones la Convención puede, de todas formas, ser designada como Derecho aplicable por acuerdo entre las partes. Se trata de una manifestación de la autonomía de la voluntad que ha de estimarse admisible. Es, sin embargo, una manifestación de la autonomía *material* no *conflictual* por lo que en virtud de la misma se sustituirán sólo las normas del Derecho nacional de carácter dispositivo, no las de naturaleza imperativa.

Para obviar este inconveniente, los contratantes pueden designar como Ley aplicable a su relación contractual, por ejemplo, el ordenamiento jurídico de un Estado parte de la Convención. Sin embargo, sobre la trascendencia de esta declaración no existe acuerdo en las distintas resoluciones judiciales y arbitrales. Mientras que algunas consideran que el sometimiento al ordenamiento de un Estado parte de la Convención implica la aplicación de la misma; otras entienden que la elección expresa de un sistema normativo concreto la impide.

Al contrario, aun cuando según las normas anteriores, la Convención deba regir la compraventa, las partes, de común acuerdo, pueden excluirla parcial o totalmente, ya sea de forma expresa o tácita. Aunque el texto no se refiere en concreto a esta última posibilidad, no se discute su admisibilidad en relación con los antecedentes del precepto, inspirado en la LUCI, y con los trabajos preparatorios del mismo. La exclusión en tal caso ha de ser real y consciente, esto es, debe poder deducirse con seguridad del conjunto de circunstancias que rodean al contrato, siempre y cuando no se acredite que las partes ignoraban la existencia o aplicabilidad a su acuerdo del Derecho Uniforme. La Convención, en efecto, mantiene el carácter dispositivo de sus normas (art. 6 CV. Y vid. art. 12 CV).

Asimismo el texto uniforme reconoce la eficacia normativa de los usos internacionales al garantizar su aplicación prevalente cuando haya sido convenida de forma expresa (o pueda deducirse del comportamiento de las partes) o se trate de usos objetivamente aplicables por ser ampliamente conocidos en el comercio internacional y regularmente observados por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate, siempre y cuando no haya sido pactada su exclusión (art. 9 CV).

La trascendencia atribuida a la autonomía de la voluntad se manifiesta, por otra parte, en las reglas que rigen la interpretación de los términos y condiciones inclui-

dos en los convenios sometidos a la Convención. Las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención (art. 8.1 CV). En su defecto, esto es, cuando no sea posible concretar la intención, o, si la otra parte pudo ignorarla, las declaraciones otros actos deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición (art. 8.2 CV). En ambos casos, es decir, para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes (art. 8.3 CV).

1.3. Ámbito objetivo de aplicación

El ámbito objetivo de aplicación del texto uniforme es la compraventa de mercaderías. En el término compraventa quedan inicialmente incluidas no sólo todas las modalidades de contrato, sea cual sea la calificación que las partes le atribuyan, en que se cambien cosas por dinero; sino también ciertos contratos mixtos, como los de arrendamiento y compra o de leasing con opción de compra, si es que el interés del comprador en la compra es mayor que en la resolución de la relación de uso anterior.

Igualmente se consideran compraventas a los efectos de la Convención los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que el contratante que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción (art. 3.1 CV). Naturalmente la decisión sobre si la aportación es sustancial o no es una cuestión de hecho que sólo puede resolverse caso por caso, y que debe ser acreditada por quien la alegue. El criterio a aplicar es de índole económica más que cuantitativa, esto es, se considera que la aportación es sustancial si repercute en esa proporción en el valor final del bien producido con independencia de la cantidad aportada.

Son también compraventas según el texto uniforme aquellos contratos de suministro de servicios en los que, junto a una compraventa, hay otras cláusulas que obligan al vendedor a facilitar la mano de obra o la prestación de los servicios, cuando estas circunstancias no supongan la parte principal de las obligaciones del contratante que proporcione las mercaderías (art. 3.2 CV). Si bien la referencia a *parte principal*, en lugar de a *parte sustancial* como en el apartado anterior, induce a pensar que el criterio sería de naturaleza cuantitativa, la doctrina mayoritaria se inclina por aplicar también aquí uno de índole económica. De este modo se

excluirán del ámbito de aplicación de la Convención los contratos en los que el valor de los servicios prestados sea superior al de las mercaderías transmitidas.

Aunque la cuestión no es pacífica hay, pues, datos suficientes para afirmar que la Convención sigue en esta materia la técnica de la absorción, en cuya virtud la naturaleza del contrato a efectos de régimen jurídico se determina en razón de la prestación principal. De este modo, se aplicará tanto a la parte relativa a la adquisición de los bienes como, vgr. a la prestación de servicios.

Están, por el contrario, excluidos los contratos de permuta. Y asimismo, a tenor del art. 2 CV, las compraventas de mercaderías adquiridas para uso personal, familiar o doméstico (compraventas de consumo), siempre y cuando el vendedor tenga constancia, o hubiera debido tener constancia, de ello con anterioridad, o en el momento de celebración del contrato. Con ello se pretendió que la reglamentación uniforme no se viera obstaculizada por las disposiciones internas de carácter imperativo destinadas a la protección de los consumidores. De este modo, si bien el texto uniforme no toma en cuenta la distinción entre el carácter mercantil o civil de la venta (cfr. art. 1.3 CV), está destinada sin duda a aplicarse principalmente a las compraventas mercantiles. Conviene, sin embargo, precisar que sólo se excluye el destino personal de la adquisición, por lo que deben entenderse incluidas las compras para consumo empresarial o profesional.

Por disposición del mismo precepto también se excluyen las compraventas celebradas en subastas, públicas o privadas, pues no se distingue; las ventas judiciales, las ventas de valores mobiliarios, efectos de comercio y dinero, sometidas todas de ordinario a una reglamentación interna de carácter imperativo; las de buques, embarcaciones, aerodeslizadores, aeronaves, dadas las particularidades de su régimen en relación sobre todo con la necesidad de registro; y las de electricidad. Otro tipo de energía –vgr. el gas o el petróleo– no está en principio excluido, salvo que se considere que la exclusión de la electricidad obedece exclusivamente al carácter intangible de la misma.

En efecto, aunque la Convención no define la noción de mercadería, se halla difundida la opinión de que es equiparable a la anterior de bienes muebles corporales, de modo que no pueden considerarse tales, y así están excluidas de su ámbito objetivo, las compraventas de empresas, las de inmuebles, así como las de derechos incorpóreos, sustancialmente todos los derechos de propiedad intelectual e industrial o las cesiones de créditos.

1.4. Ámbito normativo

Siguiendo una tradición histórica, la Convención de Viena no se ocupa, sin embargo, de todo el régimen jurídico de la compraventa, sino que se limita a dis-

ciplinar dos grandes bloques temáticos: el de la formación, esto es, el nacimiento del contrato; y el de las obligaciones que surgen de él y configuran la posición jurídica del vendedor y del comprador. Este cuadro se completa con reglas acerca de la interpretación del contrato (art. 8 CV), de la propia Convención y del medio para integrar sus lagunas (art. 7 CV).

Asimismo, salvo disposición expresa, esta no afecta a los aspectos relativos a la validez del contrato, de sus estipulaciones o la de cualquier uso (art. 4 CV). Ahora bien, en la medida en que el texto contiene disposiciones (cfr. arts. 11, 12 y 29.2 CV) relativas a la validez formal del convenio, ha de entenderse que quedan excluidas únicamente las cuestiones que afectan a la validez material del mismo, vgr. la capacidad de las partes, la licitud del contrato, la falta de alguno de los elementos que determinan la existencia del mismo o los vicios del consentimiento. Están igualmente excluidas las cuestiones relativas a los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas (art. 4 CV). El texto se limita a exigir al vendedor que transmita la propiedad libre de cargas (cfr. arts. 30, 41 y 42 CV), pero la forma en que ha de hacerlo se rige por las reglas del sistema de Derecho Internacional Privado. Tampoco se ocupa la Convención, en fin, de la responsabilidad del vendedor por la muerte o lesiones corporales que las mercaderías causen a una persona (art. 5 CV).

Esta relación de exclusiones no tiene, sin embargo, carácter exhaustivo. El término *en particular* que utiliza el art. 4 CV obliga a estimarlo así. Quedan, entre otras, fuera del ámbito de regulación de la Convención cuestiones tales como la representación, la prescripción, el cómputo de plazos, las cláusulas penales, el tipo de interés o la incidencia de las instituciones concursales sobre el contrato.

2. Los INCOTERMS

2.1. Caracterización y naturaleza jurídica

Los INCOTERMS –*International Commercial Terms*– constituyen un conjunto de términos comerciales internacionales elaborados por la Cámara de Comercio internacional de París (CCI). Su primera redacción data de 1936 y desde entonces han sido revisados y reformados en varias ocasiones con el objetivo de adaptarlos a las sucesivas modificaciones que ha experimentado, y sigue experimentando, el comercio internacional. Los INCOTERMS concretan el significado y la interpretación de los términos habitualmente utilizados en la compraventa internacional de mercaderías, fijando para cada uno de ellos las obligaciones que incumben tanto al comprador como al vendedor. Su utilidad práctica es evidente en la medida en que mediante la simple alusión al término se incorporan de forma

automática al contrato todas las cláusulas que están comprendidas dentro del tipo de venta designado por el término. Contribuyen por ello a dotar de la necesaria uniformidad a una relación, como es esta del comercio internacional, que la exige más que otras en que no están implicados varios ordenamientos.

Por lo que hace a su naturaleza jurídica, si bien se suele aludir a ellos como *usos formulados* de la práctica internacional, no se trata de verdaderas normas consuetudinarias, ni siquiera de usos en sentido propio. El mismo hecho de que se les conozca como *usos formulados* ya advierte de esa conclusión siendo aquellas fuentes por esencia *irreflexivas*, esto es, prácticas sociales espontáneas. Y se constata cuando se observa el proceso de elaboración de los mismos. La labor formuladora, en efecto, de la Cámara de Comercio Internacional no se limita, como en los viejos usos mercantiles, a constatar o fijar por escrito unos ya existentes, sino que comprende una recopilación comparativa de las diversas cláusulas de estilo existentes en los distintos países, que luego se somete a una operación lógica de reducción a común denominador, a fin de mostrar el núcleo interpretativo común que se advierte en ellas. En esta operación pueden introducirse correcciones que alteran o modifican el significado primitivo, cuando se estima preciso para el mayor equilibrio de los intereses implicados.

En consecuencia, lo más que puede verse en ellos es la intención de iniciar el *iter* genético del Derecho Consuetudinario, esperando que, con el transcurso del tiempo y, en la medida en que esta formulación resulte acertada y responda a las exigencias sentidas en el tráfico internacional, se produzca una auténtica consolidación de tales usos formulados, que, eventualmente, desemboque en una verdadera costumbre internacional uniforme. Entretanto hay que concluir que vienen a predisponer un clausulado de estilo que solo con apoyo en la voluntad expresa, tácita o presunta –sobre la base en este caso de la figura del uso interpretativo (arg. ex art. 1287 Cciv)– de las partes contratantes, se incorpora a la relación contractual individual.

Esta conclusión no supone un inconveniente, sino todo lo contrario ya que la rigidez del Derecho Consuetudinario no está en consonancia con las exigencias, siempre cambiantes, del comercio internacional. Su apoyo, en cambio, en la voluntad de las partes consigue que los INCOTERMS prevalezcan sobre la práctica local, evitando el potencial conflicto de usos nacionales –que es el fin principal de la formulación–, sobre los propios preceptos dispositivos de la Ley estatal y también sobre la disciplina uniforme de carácter legislativo relativa a la compraventa internacional.

La Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías es suficientemente expresiva a este respecto cuando establece la primacía absoluta de la voluntad de las partes (art. 6) y de los usos interpretativos e integradores de

aquella (arts. 8.2 y 9.2) sobre la propia legislación uniforme que ella representa. Por tanto, la Convención tiene asignada una función meramente complementadora del Derecho autónomo de la práctica comercial internacional, lo que, si bien constituye una mejor garantía de su efectiva adecuación a las exigencias reales y cambiantes del tráfico internacional, no deja de suponer un inconveniente por el riesgo de desequilibrio que de esa situación puede surgir. En cualquier caso, este razonamiento se encuentra, con seguridad, en la base de la recomendación de la Cámara Internacional de Comercio cuando advierte que, si las partes pretenden valerse de los INCOTERMS, habrán de hacer referencia expresa a los mismos en sus contratos.

2.2. Contenido

2.2.1. Descripción general

Los INCOTERMS regulan cuatro aspectos básicos del contrato de compraventa internacional: i) la entrega de mercancías; ii) la transmisión del riesgo; iii) la distribución de gastos y iv) los trámites de documentos aduaneros. Comprenden 11 términos que se clasifican en dos grupos. El primero integra las reglas para cualquier modo o modos de transporte, incluido el multimodal. El segundo, las reglas para el transporte marítimo y vías navegables interiores. Dentro de cada grupo los términos se individualizan genéricamente por su primera letra y, en particular, por las letras que integra cada uno, que constituyen acrónimos del contenido del término y, por ende, de los derechos y obligaciones que competen a ambas partes.

2.2.2. Términos aplicables a cualquier modo de transporte

Los términos incluidos en el grupo primero, que comprende las reglas para cualquier modo o modos de transporte, incluido el multimodal, son los siguientes:

- i) La letra E (términos de salida). Comprende únicamente el término EXW *–ex works*, en fábrica– (...lugar convenido), que supone que el vendedor pone las mercancías a disposición del comprador en los locales del vendedor o en otro lugar designado (fábrica, taller...) en la fecha o dentro del plazo pactado. En ese momento se transmite el riesgo al comprador. El vendedor no tiene que cargar la mercancía en ningún vehículo de recogida, ni tiene que despacharla para la exportación, cuando tal despacho sea aplicable.

- ii) La letra F (sin pago del transporte principal). Contiene el término FCA (*free carrier*, franco porteador, ...lugar convenido), en que el vendedor cumple con sus obligaciones cuando entrega la mercancía al transportista elegido por el comprador en el lugar convenido. Es muy recomendable, que las partes especifiquen, tan claramente como sea posible, el punto en el lugar de entrega designado, ya que el riesgo se transmite al comprador en dicho punto.
- iii) La letra C (con pago de transporte principal). Incluye dos términos.

CPT (*carriage paid to*, transporte pagado hasta..., lugar de destino convenido), en que el vendedor entrega la mercancía al porteador, o a otra persona designada por el vendedor, en un lugar, en su caso, acordado entre las partes, obligándose a contratar y pagar los costes del transporte necesario para llevar la mercancía hasta el lugar de destino convenido. La transferencia del riesgo se produce en el momento de la entrega de las mercancías al transportista.

CIP (*carriage and insurance paid to*, transporte y seguros pagados hasta... lugar de destino convenido). Es un término semejante al CPT, al cual añade la obligación por parte del vendedor de contratar un seguro para las mercancías. De modo que el vendedor entrega la mercancía al porteador, o a otra persona designada por el vendedor, en un lugar, en su caso, acordado entre las partes, obligándose a contratar y pagar los costos del transporte necesario para llevar la mercancía hasta el lugar de destino convenido y a contratar la cobertura del seguro contra el riesgo del comprador de pérdida o daño causado a la mercancía durante el transporte. La transferencia del riesgo se produce en el momento de la entrega de las mercancías al transportista.
- iv) La letra D (llegada), incluye tres términos.

DAT (*delivered at terminal*, entrega en Terminal). El vendedor realiza la entrega cuando la mercancía, una vez descargada del medio de transporte de llegada, se pone a disposición del comprador en la terminal designada en el puerto o lugar de destino convenido. Terminal incluye cualquier lugar, cubierto o no, como un muelle, almacén, estación de contenedores o terminal de carretera, ferroviaria o aérea. La empresa vendedora corre con todos los riesgos que implica llevar la mercancía hasta la terminal en el puerto o en el lugar de destino designados y descargarla allí.

DAP (*delivered at place*, entrega en lugar). El vendedor realiza la entrega cuando la mercancía se pone a disposición del comprador en el medio de transporte de llegada preparada para la descarga en el lugar de destino

convenido. El vendedor corre con todos los riesgos que implica llevar las mercancías hasta el lugar designado.

DDP (*delivered duty paid*, entrega derechos pagados). El vendedor entrega la mercancía cuando ésta se pone a disposición del comprador, despachada para la importación en los medios de transporte de llegada, preparada para la descarga en el lugar de destino convenido. El vendedor corre con todos los costos y riesgos que implica llevar la mercancía hasta el lugar de destino y tiene la obligación de despacharla, no solo para la exportación, sino también para la importación, de pagar cualquier derecho de exportación e importación y de llevar a cabo todos los trámites aduaneros. Representa la máxima obligación para el vendedor.

2.2.2. Términos aplicables al transporte marítimo y asimilados

Los términos incluidos en el grupo segundo, que comprende las reglas para el transporte marítimo y vías navegables interiores, son los siguientes:

i) Letra F (sin pago del transporte principal). Contiene dos términos:

FAS (*free alongside ship, franco al costado del buque... puerto de carga convenido*), en el que el vendedor realiza la entrega cuando la mercancía se coloca al costado del buque designado por el comprador (por ejemplo en el muelle o en una barcaza) en el puerto de embarque designado. La transferencia de los riesgos se produce en ese mismo momento, cuando la mercancía está al costado del buque, y el comprador corre con todos los costos desde ese momento en adelante. Es muy recomendable que las partes especifiquen, tan claramente como sea posible, el punto de carga en el puerto de embarque designado, ya que los costos y riesgos hasta dicho punto son por cuenta del vendedor.

FOB (*free on board, franco a bordo... puerto de carga convenido*), en el que el vendedor entrega la mercancía a bordo del buque designado por el comprador en el puerto de embarque especificado en el contrato. El riesgo de pérdida o daño a la mercancía se transmite cuando la mercancía está a bordo del buque, y la empresa compradora corre con todos los costos desde ese momento en adelante.

ii) La letra C (con pago de transporte principal). Incluye dos términos.

CFR (*cost and freight, coste y flete... puerto de destino convenido*). El vendedor entrega la mercancía a bordo del buque que él elija, obligándose a contratar y pagar los costos y el flete necesarios para llevar la mercancía hasta el puerto de destino convenido. El riesgo de pérdida o daño a la mercancía se transmite cuando la mercancía está a bordo del buque.

CIF (*cost, insurance, and freight, coste, seguro y flete, ...puerto de destino convenido*), en que se añade al anterior la obligación del vendedor de contratar el seguro de las mercancías contra el riesgo del comprador de pérdida o daño de la mercancía durante el transporte. Esta cobertura de seguro es solo una cobertura mínima.

Es curioso observar, pues, que a, medida que se pasa de una condición de venta a otra, en el orden establecido en los INCOTERMS, aumentan las obligaciones del vendedor y disminuyen las del comprador. Unas y otras a su vez están expresamente relacionadas dentro de cada término, correlativamente, las del vendedor con la letra V y las del comprador con la C.

IV. CONTRATOS AFINES A LA COMPRAVENTA

1. *La permuta*

Mencionada en el art. 346 Ccom, el mismo no sólo no la define, lo que es regla en los contratos a que alude el Ccom cuando tienen su correlato en el Cciv; sino que, además, no aclara exactamente el criterio de su mercantilidad, ya que se limita a establecer que las permutas mercantiles se regirán por las mismas reglas que van prescritas en este título respecto de las compras y ventas, en cuanto sean aplicables a las circunstancias y condiciones de aquellos contratos. De ello, no obstante, se ha deducido que será igualmente aplicable a la permuta el criterio que suministra el Ccom para determinar la mercantilidad en la compraventa. Según eso se reputará mercantil la permuta cuando sea realizada con ánimo de lucrarse revendiendo –o volviendo a permutar– la cosa permutada.

Como queda dicho su régimen jurídico es el de la compraventa siempre y cuando la norma en cuestión sea compatible con la naturaleza de la permuta. Si bien en principio pudiera afirmarse que este parco tratamiento legal no supone un inconveniente apreciable, dada la pérdida trascendencia práctica de la figura tras la difusión del sistema monetario; lo cierto es que, en la actualidad, no dejan de sucederse esquemas negociales que tienden a ser equiparados a la misma.

Entre ellos cabe citar, en primer término, ciertas operaciones realizadas en los mercados financieros mediante las cuales las partes intercambian flujos monetarios determinados a partir de una cantidad nocional a la que se aplican, bien tipos de interés distintos para cada parte, bien el pago en moneda distinta. Esta clase de convenios se conoce con la denominación de *swaps* y son calificados como permutas financieras por nuestra legislación fiscal [art. 20.18 d) de la Ley 28 diciembre 1992 del Impuesto sobre el Valor Añadido].

Aunque tal caracterización resulte discutible. En primer término porque la función económica de ambos tipos de convenios no coincide. Mientras que en la permuta se trata de intercambiar una cosa por otra; en los *swaps* lo que se pretende es lograr unas condiciones financieras más ventajosas, aprovechando las circunstancias comparativamente más beneficiosas en que la contraparte puede lograr un tipo de interés o una divisa concreta. Junto a ello puede pretenderse la cobertura del riesgo frente a las variaciones de los tipos de cambio o de interés, o, simplemente la especulación. En segundo lugar y, sobre todo, porque el régimen jurídico de la compraventa no resulta útil para determinar el estatuto jurídico de las partes en los *swaps*

Mejor se adaptan a las dimensiones estructurales y funcionales de la permuta los convenios mediante los cuales se intercambia un solar por pisos o locales construidos en el mismo. Su mercantilidad puede ser justificada a tenor de lo expuesto al comentar el art. 325 Ccom en tanto el adquirente del solar compra para revender lo construido con ánimo de lucrarse en la reventa.

2. *El suministro*

2.1. Concepto y naturaleza. Normativa aplicable

Aunque se halla regulado en la Ley de contratos del sector público (art. 16 CSP), el suministro carece de tipicidad legal en el ámbito del Derecho Privado. Ello no obstante sus trazos caracterizadores se hallan perfectamente delimitados, dada la enorme difusión del mismo. El suministro, en efecto, puede ser definido como aquel convenio mediante el que suministrador se obliga a realizar prestaciones periódicas o continuadas de los bienes objeto del contrato a favor del suministrado, y este último a pagar el precio.

En razón de ello, se estima que su naturaleza jurídica es afín a la de la compraventa. Comparte con ella el que, en ambos casos, se está ante contratos únicos. Sin embargo, en la compraventa hay siempre una única obligación y prestación, aunque se haya pactado la ejecución de la del vendedor en entregas repartidas a lo largo del tiempo, pues en tal caso es solo la ejecución la que se fracciona dividiéndose en partes. Por el contrario, en el suministro aparecen varias prestaciones autónomas correspondientes a una pluralidad de obligaciones. Por otro lado, el suministro es, a diferencia de la compraventa, un contrato de duración. Mediante el mismo el suministrado pretende asegurarse la entrega de ciertas cosas con carácter periódico o continuado en el tiempo, sin tener que realizar varios convenios, y, puede que también el suministrador quiera garantizar la venta de sus mercancías de la misma manera. En cualquier caso su finalidad es previsora.

En consideración a todo ello, su régimen jurídico es básicamente el de la compra-venta, salvo aquellas prescripciones de esta que resulten incompatibles con la peculiar naturaleza del suministro. En esencia, todas las que sean inconciliables con su carácter de contrato de duración y con la existencia de una pluralidad de prestaciones.

2.2. Contenido

2.2.1. *Obligaciones del suministrador*

El suministrador, igual que el vendedor, está obligado a entregar las mercaderías, que aquí es una obligación de suministrarlas, y al saneamiento por evicción y vicios ocultos. La obligación de suministrar se resuelve en la de entregar bienes cuya calidad y tipo sean conformes a los estipulados en el contrato, con la frecuencia o continuidad y en la cantidad señaladas en él. Los bienes han de consistir en cosas genéricas, tales como materias primas, energía eléctrica, agua, gas...

La cantidad o el volumen del suministro o su periodicidad, pueden determinarse directamente en el contrato (vgr. dos mil cajas de cerveza al mes). Si no se hace así ha de entenderse que se ha pactado teniendo en cuenta las necesidades del suministrado, determinadas al momento de la celebración del contrato. Es posible, no obstante, que se especifiquen únicamente los límites mínimos y máximos para el suministro total o para las prestaciones singulares. En tales hipótesis corresponde al suministrado establecer, dentro de estos límites, el volumen de lo debido. Ahora bien, cuando el suministrado ostente la facultad de fijar el momento de la realización de las prestaciones singulares, debe comunicar su fecha al suministrador con una antelación nunca inferior a un plazo razonable a fin de que este pueda preparar los pedidos. Es conveniente que la duración del mismo se establezca en el contrato, pues en tal caso el proveedor podrá justamente negarse a servir el pedido si el suministrado no lo respeta. Es igualmente aconsejable que se determine expresamente la forma en que han de notificarse los pedidos (teléfono, fax...).

La obligación de saneamiento suele preverse de forma expresa en el contrato, estipulándose garantías específicas que sustituyen el régimen del Código. En virtud de las mismas se pactan extremos tales como el plazo y la forma en que el suministrado ha de notificar la existencia de defectos, el plazo de devolución de las unidades defectuosas, el que tiene el proveedor para sustituirlas...

2.2.2. *Obligaciones del suministrado*

El pago del precio es la obligación fundamental del suministrado. Es importante subrayar a este respecto que lo que califica al contrato de suministro es la periodicidad o continuidad de la obligación asumida por el proveedor, pero no la

de la que compete al suministrado. Por esta razón es posible pactar que el pago sea ejecutado coincidiendo con la entrega de las mercaderías, o no. Es admisible, por ejemplo, un pago único anticipado.

A falta de pacto, en el suministro periódico, es usual que el precio se abone en el acto de las prestaciones singulares y en proporción a cada una de ellas. A fin de mantener la equivalencia de las prestaciones es frecuente servirse de cláusulas de revisión o de actualización del precio. En el suministro continuado el precio se abona, a falta de pacto, de acuerdo con los usos. Normalmente se determina por referencia al conjunto de las prestaciones, fijándose períodos de tiempo en que debe efectuarse el pago, cuyo montante se calcula, de ordinario, mediante aparatos contadores que el suministrador está obligado a alquilar al proveedor.

2.2.3. *Otros pactos. El pacto de exclusiva. El pacto de preferencia*

Es usual prever este tipo de pactos en los contratos de suministro. El pacto de exclusiva puede incluirse en beneficio del suministrador o del suministrado. En el primer caso obliga al suministrado a no abastecerse de las cosas objeto del contrato a través de terceros, ni, salvo pacto en contrario, a elaborarlas con medios propios. Dicho pacto no podrá tener una duración superior a la establecida en las normas de defensa de la competencia. El pacto de exclusiva concertado en beneficio del suministrado obliga al suministrador a no suministrar a terceros, ni directa ni indirectamente, cosas de la misma naturaleza que aquellas que son objeto del contrato en la zona geográfica delimitada en él. El pacto deberá delimitar con la suficiente precisión el área o la zona geográfica asignada. En caso contrario, se entenderá que la exclusiva territorial abarca la mayor de las zonas posibles. En ambos supuestos, la duración del pacto de exclusiva se presume coincidente con la del contrato.

El pacto de exclusiva no puede confundirse con el de preferencia. Conforme a este último el suministrado se obliga a conceder preferencia al suministrador en la estipulación de un contrato de suministro sucesivo con el mismo objeto. Es usual prever, no obstante, que, si el suministrado recibe otras ofertas de contrato en condiciones más ventajosas, ha de comunicar al suministrador las condiciones propuestas por los terceros, para que las iguale o mejore. El suministrador deberá manifestar al suministrado su voluntad de ejercitar la preferencia adaptando el contrato a las nuevas condiciones en el término pactado en el contrato o, en su defecto, en un plazo razonable. En otro caso se extinguirá la preferencia.

2.3. Extinción del contrato

Según se ha advertido arriba, la relativa homogeneidad de régimen jurídico del suministro y la compraventa acaba en las cuestiones relacionadas con el carácter

de contrato de duración del suministro. Tiene interés por eso analizar ahora las particularidades que se aprecian a este respecto, que se relacionan fundamentalmente con los modos de extinción del mismo.

2.3.1. *Resolución por incumplimiento y suspensión del suministro*

Singular relevancia en relación con estos extremos y la pluralidad de prestaciones, tiene la cuestión en torno a si el incumplimiento de una sola de las prestaciones singulares constituye o no causa de resolución del contrato. La doctrina se inclina por una respuesta negativa en razón de la unidad jurídica del contrato (arg. *ex art.* 330 Ccom). Como excepción se admite la declaración de resolución ante tales incumplimientos, cuando, por su reiteración en el tiempo o por su entidad, genere una desconfianza en torno al regular cumplimiento de las prestaciones futuras.

De otro lado, en caso de incumplimiento por el suministrado de cualesquiera obligaciones que le incumban y, en particular, de su obligación de pago, resulta de aplicación la excepción de contrato no cumplido (art. 1124 Cciv) que, en tanto permite a cada parte negarse al cumplimiento de lo pactado, mientras no cumpla el otro contratante, autorizada al suministrador a suspender la ejecución de las prestaciones posteriores. En razón de la buena fe que debe presidir la ejecución de los contratos, el ejercicio de esa facultad exige, sin embargo, la notificación al suministrado con una antelación mínima razonable. Se entiende, además, que, vigente el contrato y cumplida que sea la obligación, el suministrador debe reanudar el suministro.

2.3.2. *La extinción en atención a la duración del contrato*

2.3.2.1. Contratos de duración determinada

Si el suministro se ha pactado con una duración determinada, llegada la fecha fijada, el convenio deja, en principio, de manera automática, de producir efectos. Aunque cabría justificar una obligación de preavisar en estos casos (arg. *ex art.* 57 Ccom), es conveniente incluirla expresamente en el pacto indicando el plazo. Es frecuente, con todo, que los contratos prevean cláusulas de prórroga. Esta puede ser automática, esto es, el convenio continúa vigente si ninguna de las partes comunica a la otra, en el plazo determinado en el mismo, su voluntad de darlo por extinguido; o facultativa, supuesto en que la continuidad de la relación exige una manifestación de voluntad en tal sentido. La prórroga también puede ser tácita,

esto es, aunque no se prevea expresamente en el contrato, ambas partes continúan ejecutándolo una vez llegado su término.

2.3.2.2. Contratos de duración indefinida

El contrato se considera pactado por tiempo indefinido cuando así se haya convenido expresamente y cuando no se hubiera fijado una duración determinada. No se prevé en nuestro Derecho la conversión por mandato legal en contratos de duración indefinida de aquellos de duración determinada que continúen siendo ejecutados por ambas partes después de transcurrido el plazo inicialmente previsto. El contrato de duración indefinida se extinguirá por la denuncia de cualquiera de los contratantes sin necesidad de justificar causa alguna. Esta conclusión es obligada en atención al principio general del derecho que prohíbe las vinculaciones eternas por opresivas, y a la aplicación analógica de otros preceptos legales que la acogen en razón de ese mismo fundamento (vgr. art. 224 Ccom). El principio de buena fe en la ejecución de los contratos obliga, no obstante, a notificar la decisión a la contraparte con una antelación razonable (arg. *ex* art. 57 Ccom). Ahora bien, el incumplimiento del plazo de preaviso no impide la extinción, únicamente compele a la otra parte a exigir una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a consecuencia de ello.

Lección 4

Contratos de colaboración

SUMARIO: I. COMISIÓN. 1. Concepto. 2. Formas de actuación del comisionista. 3. Perfección del contrato. 4. Contenido. 4.1. Obligaciones del comisionista. 4.1.1. La ejecución de la comisión. 4.1.1.1. La estipulación del negocio de realización. 4.1.1.2. La sujeción a las instrucciones del comitente. 4.1.1.3. El deber de diligencia. 4.1.1.4. El deber de lealtad. 4.1.1.5. El deber de realizar personalmente la gestión. La subcomisión. 4.1.2. El deber de informar. La rendición de cuentas. 4.2. La responsabilidad del comisionista. 4.3. Obligaciones del comitente. 4.3.1. La provisión de fondos. 4.3.2. El abono de los gastos y daños. 4.3.3. El abono de la comisión. 4.4. Los derechos de retención y preferencia. 5. Extinción del contrato. II. CONTRATO DE MEDIACIÓN. 1. Concepto y normativa aplicable. 2. Perfección. 3. Contenido. 4. Extinción. III. CONTRATO DE AGENCIA. 1. Concepto y caracteres. Normativa aplicable. 2. Elementos personales y perfección del contrato. 3. Contenido del contrato. 3.1. Obligaciones del agente. 3.1.1. La obligación de promoción. La conclusión de actos y operaciones de comercio en nombre del empresario. 3.1.2. La sujeción a las instrucciones del empresario principal. 3.1.3. El deber de diligencia. 3.1.4. El deber de lealtad. El deber de no competencia. 3.1.5. El deber de ejecutar el contrato por sí o por medio de dependientes. La subagencia. 3.1.6. El deber de información. Las obligaciones contables. 3.2. La responsabilidad del agente. 3.3. Obligaciones del empresario principal. 3.3.1. El deber de actuar de buena fe. 3.3.2. El abono de la retribución. 4. Extinción del contrato. 4.1. Causas de extinción. 4.2. Indemnizaciones. 4.2.1. La indemnización por clientela. 4.2.2. Indemnización de daños y perjuicios de la LCA. 4.2.3. La indemnización de daños y perjuicios de Derecho Común. IV. CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN. 1. Concepto y normativa aplicable. 2. Clases. 3. Contenido. 3.1. Obligaciones del distribuidor. 3.2. Obligaciones del proveedor. 3.3. Las cláusulas de marca única y de compra exclusiva. 4. Extinción. V. CONTRATO DE FRANQUICIA.

I. COMISIÓN

1. Concepto

La comisión es un típico contrato de colaboración, que pertenece al grupo de los denominados contratos de gestión, en el que se incluyen también el mandato, la agencia o la mediación. Se trata de contratos cuyo objeto consiste en la promoción y/ o estipulación de negocios jurídicos en interés de otros. En todos ellos se efectúa una composición de intereses de carácter jurídico-privado, que los separa de otras fórmulas cuyo objeto es idéntico, pero en las que la composición de intereses es de naturaleza jurídico-laboral. Es el caso de los representantes de comercio o viajantes, factores y otros auxiliares del empresario.

En concreto, la comisión se define como un mandato de naturaleza mercantil, que adquiere esta consideración en atención a la concurrencia de dos elementos. Un elemento subjetivo, a cuyo tenor el comitente o el comisionista han de ser empresarios, y un elemento objetivo, en virtud del cual se reputa mercantil el

mandato cuando tenga carácter empresarial el negocio de ejecución o gestión objeto del contrato (244 CCom). La operación de comercio no se restringe, como en otros ordenamientos, a la compraventa, sino que se configura con una amplitud tal que ampara cualquier actividad, siempre que sea jurídica y no meramente instrumental. La relación que efectúa el Ccom, es pues, ejemplificativa, si bien no puede dejar de advertirse que la mayoría de sus normas están pensadas para el supuesto tradicionalmente típico que ha de realizar el comisionista, la compra o venta de mercancías.

2. Formas de actuación del comisionista

El comisionista actúa, necesariamente, por cuenta del comitente, pero puede desempeñar la comisión contratando en nombre propio o en el de su comitente (art. 245 Ccom). En el primer supuesto existe una representación voluntaria directa, que deriva de un apoderamiento superpuesto a la comisión conferido por el comitente. Este puede ser expreso y previo, pero cabe también la ratificación posterior del negocio realizado por el comisionista, bien de forma expresa o mediante hechos concluyentes (art. 247 Ccom). En cualquier caso, si el comisionista actúa en nombre del comitente, deberá manifestarlo al contratar, e identificar al comitente. Conforme a los principios reguladores de la representación, en tal hipótesis, el contrato de ejecución de la comisión y las acciones derivadas del mismo producirán su efecto entre el comitente y la persona o personas que contrataren con el comisionista, quedando estos directamente vinculados con el primero (art. 247 Ccom). De modo que tal efecto no puede considerarse como uno propio de la comisión, sino del contrato realizado en ejecución de ella.

Lo habitual en el desenvolvimiento histórico de la figura ha sido, sin embargo, que el comisionista actúe en nombre propio, esto es, con una representación voluntaria indirecta, de modo que queda directamente obligado con el tercero como si el negocio fuera propio de aquel. A consecuencia de ello los derechos y obligaciones y las correspondientes acciones se dan entre el comisionista y el tercero, quedando el comitente fuera de la esfera obligacional (art. 246 Ccom).

3. Perfección del contrato

La comisión es un contrato consensual que, por lo tanto, se perfecciona con el simple consentimiento, esto es, concurrencia de aceptación del comisionista a la oferta del comitente. La aceptación puede ser expresa o tácita, presumiéndola el Ccom cuando el comisionista ejecute alguna gestión relativa al encargo en que consiste (art. 249 Ccom).

Por otra parte, el Ccom excepciona la disciplina ordinaria relativa a la aceptación. En efecto, aunque en general ninguna persona está obligada a contestar las propuestas de contrato, de modo que su silencio no engendra responsabilidad alguna, el comisionista tiene la obligación legal de comunicar al comitente por el medio más rápido posible la no aceptación del encargo, así como la de custodiar con la debida diligencia los efectos que el comitente le hubiera remitido, debiendo, en su caso, depositarlos judicialmente. Se trata de una obligación legal, no contractual, pues el contrato por definición todavía no existe, predispuesta con el objeto de facilitar la conclusión del convenio en consonancia con el carácter profesional del comisionista y la necesidad de agilidad y rapidez inherente al tráfico mercantil. Su incumplimiento genera la obligación de indemnizar al comitente los daños y perjuicios que en su razón se hubieran generado (art. 248 CCom).

4. Contenido

4.1. Obligaciones del comisionista

4.1.1. *La ejecución de la comisión*

La primera obligación esencial del comisionista es la de ejecutar la comisión estipulando el contrato de realización (art. 252 CCom), con sujeción a las instrucciones del comitente (art. 254 Ccom), y con diligencia y lealtad.

4.1.1.1. La estipulación del negocio de realización

El negocio tipo de comisión supone la realización dos contratos distintos entre tres personas. Un contrato de gestión, que es la comisión, entre comitente y comisionista y un contrato de ejecución de esa gestión (negocio de realización), entre el comisionista y un tercero (compra-venta, préstamo...). Pues bien, la obligación esencial del comisionista es la de cumplir la comisión, estipulando el contrato de realización (art. 252 CCom), respondiendo en otro caso de los daños y perjuicios ocasionados al comitente (art. 252 Ccom). Sólo si no ha recibido la oportuna provisión de fondos, podrá suspender la ejecución, salvo que se hubiera comprometido a anticiparlos él (arts. 250 y 251 Ccom).

4.1.1.2. La sujeción a las instrucciones del comitente

En la estipulación del negocio de ejecución, el comisionista debe sujetarse a las instrucciones del comitente (art. 254 Ccom). Esta obligación deriva de su condición de gestor de intereses ajenos. De acuerdo con el contenido y alcance de estas

instrucciones pueden distinguirse dos modalidades de comisión. La imperativa y la facultativa. En la imperativa el comisionista no podrá actuar en ningún caso en contra de una disposición expresa del comitente (art. 256 Ccom), de modo que, ateniéndose a ellas no se le imputará responsabilidad alguna, aunque se deriven eventuales perjuicios para el comitente. A diferencia de lo que sucede en el mandato, al comisionista, pues, no le está permitido actuar en contra de las instrucciones del comitente ni aun cuando creyera que así obtendría mayores ventajas en beneficio del mismo. Únicamente ante la previsión de que se pueda causar un daño inminente, el Ccom le autoriza a pedir instrucciones no al comitente, sino al juez a fin de que autorice la operación (art. 269 Ccom).

En la comisión facultativa, el comisionista está autorizado para actuar a su arbitrio (art. 255 Ccom), lo que significa no que pueda actuar arbitrariamente, sino que ha de hacerlo conforme a las normas de prudencia y a los usos del comercio, empleando la diligencia de un ordenado comerciante según el sector profesional al que pertenezca, que ha de ser valorada respecto del concreto negocio de realización.

4.1.1.3. El deber de diligencia

Que el comisionista esté obligado por un deber de actuar diligentemente no puede discutirse. Le compete, como a todo deudor, por disposición del art. 1.103 Cciv; pero, sobre todo, en su condición de gestor de intereses y patrimonios ajenos, por aplicación del art. 255 Ccom, que le obliga a actuar con *prudencia del modo más conforme al uso del comercio, cuidando el negocio como propio*. Este mismo precepto informa del módulo de la diligencia exigible, que no es el del buen padre de familia, previsto en el Cciv al tratar de la ejecución del mandato (art. 1719.2 Cciv), sino la del empresario prudente, que cuida el negocio ajeno como si fuera propio, del modo más conforme al uso del comercio, esto es, con la atención que requiera, según el sector profesional al que pertenezca y la índole de las funciones encomendadas. Lo que, actualizando la terminología, significa que sobre él pesa el deber de actuar con la diligencia del *ordenado empresario*.

La remisión a ese parámetro aclara, en primer término, que se está en el ámbito de una concreta diligencia profesional, que no es la de un hombre medio; y, después, que se trata de un estándar de diligencia típica y objetiva. Es doctrina pacífica, en efecto, que el modelo obliga a prescindir de consideraciones personales sobre la capacidad o pericia personal del sujeto, para efectuar la valoración, primero, conforme a las aptitudes y conocimientos exigidos objetivamente por la función atribuida y de acuerdo con el tipo de relación considerada. Y, en segundo lugar, teniendo en cuenta cómo se comportarían los empresarios normalmente prudentes en circunstancias análogas.

4.1.1.4. El deber de lealtad

El comisionista está obligado igualmente por un deber de lealtad. El deber de lealtad admite dos formulaciones de diverso signo, pero no excluyentes, sino complementarias, entre sí. Por un lado, impone la obligación de orientar la gestión hacia la promoción del interés del comitente. Por otro, la de perseguir este con preferencia a cualesquiera otros, lo que justifica suficientemente el hecho de que engendre ante todo un deber de anteponer el interés de aquel al propio o al de terceros en caso de conflicto entre ambos y, por ende, la prohibición de obtener ventajas propias a costa del sacrificio del comitente. Su carácter de cláusula general permite afirmar que constituye elemento modulador de los derechos y obligaciones contractuales, esto es, pauta de actuación en la promoción de los intereses ajenos, pero también fundamento de nuevos deberes, estén o no especificados.

4.1.1.5. El deber de realizar personalmente la gestión. La subcomisión

Dentro del catálogo de obligaciones que competen al comisionista en la ejecución de la gestión, hay que resaltar la de desempeñar por sí los encargos que reciba (art. 261 Ccom), no pudiendo delegar en otros la comisión, salvo autorización del comitente (art. 262 Ccom). La disposición se explica en razón de la caracterización de la comisión como contrato celebrado *intuitu personae*, esto es, concertado en razón de la confianza en las cualidades personales del comisionista. La generalidad de la doctrina estima, no obstante, que se trata de una prescripción anacrónica que no se ajusta a la objetivación de los contratos mercantiles y al significado que, en su ámbito, hay que atribuir a aquella confianza, que no se refiere tanto a la persona en concreto sino a la organización a la cual pertenece.

La designación de sustituto ha de ser diferenciada del contrato de subcomisión, que implica la existencia de un segundo contrato de comisión entre el comisionista del primero y un segundo comisionista en virtud del cual, este último, se compromete a la realización de la totalidad o parte del encargo, pero sin que el primitivo contrato de comisión se vea afectado, permaneciendo el primer comisionista obligado ante el comitente en la totalidad de los particulares pactados.

4.1.2. *El deber de informar. La rendición de cuentas*

Es, otra vez, la naturaleza de contrato de gestión de intereses ajenos de la comisión, la que engendra los deberes del comisionista de informar al comitente y de rendirle cuentas. En concreto el fundamento de tales obligaciones se encuentra en el poder de instrucción que compete al comitente. Consiguientemente, el comisionista ha de comunicar frecuentemente al comitente las noticias que interesen al

buen éxito de la negociación, informándole de los contratos que hubiere celebrado (art. 260 CCom).

Está obligado asimismo a rendir cuentas de su gestión (art. 263 Ccom). El art. 263 Ccom le impone, en efecto, el deber de rendir cuentas *especificadas y justificadas* de las cantidades que percibió para la comisión. Los términos en que se pronuncia permiten entender sin género de duda que la rendición de cuentas no se concibe como un acto meramente formal, sino que exige una declaración pormenorizada, acompañada de los oportunos justificantes, tal que permita al comitente comprobar la realidad de lo plasmado por el comisionista. Eso no obstante, se estima que ello no implica el derecho del comitente a inspeccionar la contabilidad del comisionista.

Por lo demás, si bien el precepto comentado se refiere sólo al dinero, hay que entender que la obligación de rendir cuentas se extiende a todos los particulares afectados por la comisión y, muy especialmente, a las mercancías recibidas que no hayan sido vendidas, a las adquiridas a consecuencia del encargo y a los créditos y efectos obtenidos por cuenta del comitente. Implícita en la obligación de rendir cuentas se halla, además, la de devolver o abonar al comitente lo recibido en razón de la comisión en el plazo y forma que aquel establezca. A esta obligación de restitución alude el citado art. 263 Ccom en relación sólo con el dinero, pero debe extenderse igualmente a las mercancías adquiridas a consecuencia del encargo y a los créditos y efectos obtenidos por cuenta del comitente.

4.2. La responsabilidad del comisionista

Como consecuencia la obligación de reintegrar o abonar (art. 263 Ccom), el comisionista ha de conservar las mercancías y efectos en el estado en que se le entregaron, respondiendo de su destrucción o deterioro (art. 265 Ccom), a salvo que, en este último supuesto, haga constar al recibirlos su verdadero estado, en oposición a lo que expresen la carta de porte o fletamento o las instrucciones del comitente (art. 265 Ccom). Su responsabilidad sólo cesa cuando la destrucción –pérdida total– o el deterioro sean debidos a caso fortuito o fuerza mayor, transcurso del tiempo o vicio propio de la cosa (art. 266 Ccom). Los riesgos del dinero que tenga el comisionista en su poder por razón de la comisión serán de su cuenta (art. 257 Ccom).

Por otra parte, como regla general el comisionista no responde ante el incumplimiento por el tercero de los términos del negocio de realización, ya que obra siempre por cuenta del comitente, quien asume el riesgo de la operación y así el beneficio o la pérdida de ella derivada. Sin embargo, es posible asumir tal responsabilidad pactando una comisión de garantía. Lo que puede surgir de una cláusula

expresa, o bien de una implícita o sobreentendida si, a la comisión normal –según tarifas o usos–, se agrega otra denominada *de garantía* (art. 272 Ccom). También puede derivar de los usos mercantiles, aunque no lo prevea expresamente el Ccom, o imponerse por Ley, como sucede, por ejemplo, en el caso de las sociedades y agencias de valores cuando actúen por cuenta ajena en los mercados secundarios oficiales de valores (art. 41 LMV). En virtud de la comisión de garantía el comisionista se obliga a cumplir la prestación del tercero ante el incumplimiento de este, de modo que el comitente tiene acción contra el tercero, si se trata de una comisión con representación directa. Y, en todo caso, contra el comisionista para exigir el cumplimiento del negocio de ejecución.

El supuesto difiere de la fianza civil ya que el comisionista no goza del beneficio de la excusión (*ex* art. 1830 Cciv). Se dice por eso que se asemeja al avalista mercantil más que al fiador civil, aunque realmente la naturaleza de la institución es distinta puesto que, aunque cumpla una función de garantía, la obligación asumida por el comisionista frente al comitente no tiene carácter accesorio de la del tercero, pues aquel puede perfectamente obrar en virtud de representación indirecta, en cuyo caso el comitente no puede dirigirse contra el tercero. A su vez, tampoco puede asimilarse al seguro, debido a que faltan los presupuestos esenciales a este. Es simplemente un pacto que se adiciona a la comisión modalizando los derechos y obligaciones que surgen de la misma.

La responsabilidad del comisionista sólo cede ante supuestos de fuerza mayor y caso fortuito, pero se entiende que podrá oponer al comitente todas las excepciones estrictamente causales relativas a la deuda del tercero, aunque este no las haya esgrimido, no las personales (arg. anal. *ex* art. 1853 Cciv). Y asimismo que, si el comisionista se ve compelido a cumplir la prestación incumplida por el tercero, puede subrogarse en la posición del comitente frente al tercero incumplidor.

4.3. Obligaciones del comitente

4.3.1. *La provisión de fondos*

El comitente ha de aceptar todas las consecuencias de la comisión, de manera que su realización no debe tener consecuencias gravosas para el comisionista (art. 253 Ccom). Como especificación de este principio general, la primera obligación del comitente es proveer al comisionista de las sumas necesarias para el desempeño de la comisión, esto es, efectuar a su favor la provisión de fondos. Sin embargo, ya que el comitente puede revocar libremente la comisión, la Ley no concede a aquel acción para reclamarla. Sólo le autoriza, si no ha recibido la oportuna provisión de fondos, a suspender la ejecución. Por eso la obligación de proveer de

fondos constituye el presupuesto para la ejecución del contrato (art. 250 Ccom), salvo que se hubiera comprometido a anticiparlos el comisionista. En este caso está obligado a suplirlos, salvo que el comitente haya sido declarado en concurso (251 Ccom). El comitente a su vez deberá reembolsarlos.

4.3.2. *El abono de los gastos y daños*

La segunda obligación que incumbe al comitente es la de satisfacer, al contado, al comisionista el importe de todos sus gastos y desembolsos (art. 278 Ccom). Esta obligación comprende el pago por el comitente del interés legal desde el día en que se realizó el desembolso hasta su total reintegro (art. 278 Ccom), pero su exigibilidad se supedita a la rendición de cuentas (art. 278 Ccom). Igualmente debe indemnizar al comisionista de todos los daños y perjuicios que el cumplimiento de la comisión le haya causado no concurriendo negligencia de su parte (arg. *ex* art. 1729 Cciv).

4.3.3. *El abono de la comisión*

Con todo, la obligación fundamental del comitente es la de abonar la comisión. Dada la naturaleza mercantil del negocio de ejecución y la condición de empresario o de colaborador del empresario que se atribuye al comisionista, el elemento de la retribución tiene carácter natural, constituyendo su remuneración por el trabajo de gestión y por la responsabilidad que tal gestión acarrea. Por eso, mientras que el mandato civil es por naturaleza gratuito, (art. 1707 del Cciv), la comisión mercantil es retribuida, salvo pacto en contrario (art. 277 Ccom). Generalmente la retribución, denominada premio o comisión, se pacta en el contrato, pudiendo admitir variadas modalidades. Por ejemplo un tanto por ciento sobre el precio de compra o de venta de las mercancías o su valor o la diferencia que se consiga en más o en menos cuando se pacte un precio mínimo o máximo para la venta o compra de las mercancías... En defecto de pacto se fijará con arreglo a los usos y la práctica mercantil de la plaza (art. 277 Ccom).

El Ccom, sin embargo, no resuelve el problema del momento del devengo de la comisión, esto es, las condiciones que determinan la exigibilidad de la misma. No obstante, hay que entender que se devenga sólo en el momento de la ejecución efectiva del negocio de realización. Esta es la orientación que se ha seguido en la práctica de nuestro país, individualizada con la cláusula *salvo buen fin*, y asimismo por el TS, aunque no sin alguna vacilación.

Como excepción, dado el riesgo asumido por el comisionista, en la comisión de garantía no se aplica esta regla, de modo que la falta de ejecución o ejecución defectuosa del negocio de realización no le priva de su derecho a exigir al comitente

el abono de la comisión. En cualquier caso, no se discute que el cumplimiento de la obligación de rendición de cuentas constituye presupuesto necesario de su exigibilidad (arg. anal. *ex. art.* 278).

4.4. Los derechos de retención y preferencia

Los créditos que el comisionista ostente frente al comitente, tanto los derivados de su derecho al abono de la comisión, como del reintegro de gastos, están protegidos, en primer término, por un derecho de retención sobre las mercancías o efectos a que se refiere la comisión. Asimismo ostenta una preferencia de cobro sobre el resto de acreedores, salvo el porteador sobre el producto de los mismos géneros (art. 276.1, 2ª Ccom). En ambos casos es imprescindible que las mercancías o efectos se encuentren en su poder o se hallen a su disposición en depósito o almacén público, o en manos de un porteador, y el comisionista haya expedido a su nombre la mercancía y tenga el documento del transporte firmado por el encargado de hacerlo (art. 276.2 Ccom).

Ese último precepto, sin embargo, no deja de suscitar problemas en cuanto a la clase de comisión a que se refiere. Respecto del derecho de retención cabe entender que se aplica tanto a la de venta como a la de compra; si bien en el primer supuesto se hace difícil coordinar el derecho de retención de la cosa que se ha encargado vender respecto al abono de la comisión, cuando el derecho a la exigibilidad de esta no nace hasta que no se ejecuta efectivamente el negocio de venta, con paso así de la posesión al tercero. Y en el segundo supuesto, esto es, la comisión de compra, tal derecho no se coordina bien con la actuación del comisionista en nombre propio, pues en tal caso adquirirá la propiedad de las mercancías y es difícil concebir un derecho de garantía sobre las cosas propias. Probablemente haya que entender aquí que, más que un derecho de retención, ostenta un derecho a negarse a una prestación contractual mientras el otro contratante no cumpla lo que le incumbe.

Igualmente problemática resulta la interpretación de la extensión a atribuir al derecho de preferencia respecto de la comisión de compra, pues, en tal caso, el comisionista no está autorizado en ningún caso a vender, de manera que es imposible que pueda ejercitar su derecho de preferencia sobre el precio de las mercancías. Es obligado concluir, pues, que en la comisión de compra, el comisionista no ostenta derecho de preferencia; o bien, para salvar todos los inconvenientes, que el privilegio se concede para todos los derechos económicos del comisionista, aunque no provengan de la operación u operaciones concretas a que se correspondan los efectos que tenga en su poder. Aunque, esta última apreciación provoca cierta incompatibilidad con el carácter de la comisión como contrato de tracto instantáneo que es en el diseño legal.

5. *Extinción del contrato*

Además de por las causas generales de extinción de los contratos (cumplimiento del término, realización del negocio objeto de la comisión...), la comisión se extingue por dos causas específicas cuyo fundamento genérico se encuentra en la caracterización del convenio como una relación de confianza. En efecto, el contrato termina por la simple voluntad del comitente, sin necesidad de justificar causa alguna. Así se expresa el art. 279 Ccom, que no parece supeditar tal facultad al carácter indefinido del contrato, único supuesto donde se admite tal posibilidad en la doctrina general de los contratos. Se trataría, además, de una hipótesis extraña al tracto instantáneo que caracteriza a este tipo de convenios. En este sentido el TS ha admitido la posibilidad de libre revocación, a pesar de la existencia de plazo, supeditándola a la necesidad de indemnizar los daños y perjuicios sufridos. Si bien hay que tener en cuenta que no existe en nuestros Tribunales una línea clara de diferenciación entre contratos que, en ciertos puntos, presentan similitudes.

En cualquier caso la revocación del comitente sólo produce efectos desde que sea conocida por el comisionista, de modo que las resultas de las gestiones efectuadas por este antes de la recepción de la comunicación de revocación, han de ser asumidas por el comitente (art. 279 CCom). Al contrario, no termina el contrato por renuncia del comisionista.

Se extingue también el contrato, en razón de idéntico fundamento, por fallecimiento o inhabilitación del comisionista (art. 280 CCom). Y, aunque el Ccom no lo diga, por disolución y subsiguiente extinción de la sociedad comisionista como supuesto equiparable al fallecimiento de la persona física. Sin embargo, no se extingue por muerte o inhabilitación del comitente, en contra de lo previsto en el art. 1732.3 Cciv, en tanto cuentan aquí necesidades derivadas del tráfico empresarial en relación con la seguridad jurídica y la protección de terceros. Pero tanto sus herederos como sus representantes pueden revocarla en las condiciones enunciadas arriba.

II. CONTRATO DE MEDIACIÓN

1. *Concepto y normativa aplicable*

El contrato de mediación o corretaje pertenece, igual que la comisión, al grupo de los denominados contratos de gestión de intereses ajenos de carácter jurídico-privado y específicamente mercantil. En este caso en razón de la condición profesional de empresario del mediador. Igual que la comisión se trata, además, de un contrato de tracto instantáneo, supuesto que el mediador o corredor asume la

tarea de promover contratos aislados. A diferencia del comisionista, sin embargo, no actúa por cuenta del cliente sino que se limita a acercar a las partes facilitando así la conclusión del convenio. Es posible definirlo por ello como aquel contrato en cuya virtud una de las partes se obliga, a cambio de una remuneración, a promover o facilitar la celebración de un determinado contrato entre la otra parte y un tercero, que se compromete a buscar con ese objeto.

Si bien alguna de sus modalidades se halla regulada, el contrato de mediación es, en general, un contrato legalmente atípico. En razón de ello, y dada su naturaleza, a falta de pacto expreso, su régimen jurídico deberá integrarse en primer lugar, por las normas del contrato de comisión en virtud de la analogía, esto es, cuando no resulten incompatibles con la caracterización de la mediación; en segundo lugar por las del mandato civil y, por fin, por los usos mercantiles a que alude el art. 2 Ccom. Sólo si se trata de usos interpretativos puede alterarse este orden colocándolos al principio de esta relación (arg. *ex* arts. 50, 57 Ccom, 1287 y 1258 Cciv). A esta dificultad se une, igual que ocurre con la comisión, la existencia de una gran imprecisión terminológica que, en muchas ocasiones, dificulta la correcta calificación del pacto. Así son verdaderos mediadores o corredores los agentes de la propiedad inmobiliaria, los corredores de seguros y pueden actuar como tales los agentes de publicidad.

2. *Perfección*

Dada la atipicidad del contrato y presupuesta la aplicación de la teoría general del Derecho civil, la mediación se perfecciona con el mero consentimiento, esto es, con el concurso de la oferta y la aceptación. Esta circunstancia es independiente de la exigibilidad de las obligaciones de las partes, ya que, como es sabido, la perfección no implica en todo caso producción inmediata de efectos, en todo o en parte (existencia vgr. de una condición suspensiva o de un término). Se analizará en el epígrafe siguiente.

3. *Contenido*

La obligación esencial del corredor es de hacer. Consiste en procurar la celebración del contrato entre las partes, aunque sin intervenir en el mismo, ni actuar como mandatario, ni suplantar a ninguna de las partes, simplemente acercando a ambas para que sean ellas las que contraten. Dicha obligación ha de ser cumplida con la diligencia exigible al gestor de negocios ajenos, esto es, la que el ordenado empresario emplearía en sus asuntos propios y respecto del concreto negocio en particular, lo que comprende el deber de desplegar la diligencia debida para ha-

llar a una contraparte adecuada, debiendo, además, dada su condición de gestor de asuntos ajenos, comunicar el desarrollo de la gestión a la persona que le dio el encargo. Se dice, por eso, que al corredor incumbe también una obligación de imparcialidad que, sin embargo, algún autor entiende sólo aplicable al caso de encargos de dos personas que quieren llegar a concluir el mismo contrato.

El mediador asume también la obligación de guardar secreto de las instrucciones que reciba de su cliente así como de cualquier dato que llegue a su conocimiento con ocasión de su gestión. Por su parte, la persona que encomienda el encargo tiene la obligación básica de abonar la remuneración pactada, que se denomina comisión. El derecho del corredor a su percepción surge con la mera perfección del contrato celebrado por efecto de su intervención, sea esta la sola información de la posibilidad de celebrarlo, sea una mediación en sentido estricto. De esta forma, si la perfección del contrato no se debe a la actividad del mediador, este no tiene derecho a percibir la retribución; pero sí cuando, perfeccionado, no se ha ejecutado por el tercero. Naturalmente las partes pueden pactar otra cosa. En especial es posible ligar la exigibilidad de la remuneración a la consumación del negocio de realización.

4. *Extinción*

La analogía con el contrato de comisión en virtud de la identidad de razón respecto al carácter *intuitu personae* del convenio justifica la aplicación a la mediación de las causas de extinción de aquel. En particular la relativa a la revocación sin causa, salvo que exista pacto en contra, esto es, fundamentalmente la previsión de un plazo. Si bien en este caso, igual que ocurre en la comisión, la revocación anterior genera sólo una obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, según la jurisprudencia.

III. CONTRATO DE AGENCIA

1. *Concepto y caracteres. Normativa aplicable*

Mediante el contrato de agencia, un empresario, denominado agente, se obliga frente a otro, denominado principal, de forma continuada y estable, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, a cambio de una remuneración, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones (art. 1 LCA). Los contornos atribuidos al contrato de agencia permiten afirmar que comprende cualquier actividad orientada a promover la conclusión de toda clase de actos

u operaciones mercantiles. Por consiguiente, el contrato puede servir de cauce negocial no sólo para la distribución directa de productos, sino también para el desarrollo de cualquier clase de actividad promocional, tanto en los mercados de los productos ascendentes (compras), como en los de la prestación de servicios (transportes, bancarios, seguros...).

Ahora bien, ha de señalarse que la terminología empleada en el tráfico y, a veces, también en las propias normas jurídicas, no siempre coincide con las notas que definen este negocio de gestión. Existe, en efecto, una tendencia a denominar agencia a negocios que no participan de las características propias de aquella y viceversa. Esta precisión es importante porque la agencia está regulada de manera omnicomprendiva por la LCA. Esta Ley disciplina cualquier modalidad del contrato de agencia, en defecto de norma que le sea expresamente aplicable (art. 3 LCA, que excluye, no obstante, a los agentes que actúen en mercados secundarios oficiales o reglamentados de valores). De manera que hay que actuar con prudencia aplicando su regulación a las distintas figuras que en la práctica existen sólo cuando se adviertan en las mismas las notas identificativas señaladas del contrato de agencia. Este es el caso, por ejemplo, de los agentes comerciales, o el de los agentes de seguros, cuya normativa específica remite, en defecto de pacto, a las normas generales del contrato de agencia (art. 10.3 de la Ley 26/2006 de 17 de julio de mediación de seguros y reaseguros privados). Pero, por ejemplo, no son agentes, normalmente, las agencias de viaje.

Su distinción de contratos afines es, con ese objeto, imprescindible para conseguir una caracterización certera del pacto. Como la comisión y la mediación, es un contrato de gestión de intereses ajenos. Se distingue de la mediación en que el agente actúa siempre por cuenta de la persona cuyos intereses promueve. A su vez, se diferencia de la comisión en que, en su actividad de conclusión de contratos, el agente actúa siempre en nombre del empresario principal, mientras que el comisionista puede, y es lo normal, hacerlo en nombre propio. Y tanto de una como de otra en razón de su duración, ya que la agencia es un contrato de tracto sucesivo en virtud del cual se establece entre las partes una relación jurídica de carácter continuado y estable (arts. 1 y 23 LCA).

El hecho de que la gestión haya de ser desempeñada por un sujeto que tenga la condición de empresario, la diferencia del mandato; y esto mismo, así como el que tal tarea se asuma bajo una composición de intereses de carácter jurídico-privado, la distingue de otras modalidades de promoción de intereses ajenos que tienen lugar a través de una integración de intereses de carácter jurídico-laboral. Sustancialmente, de los viajeros o representantes de comercio. Los llamados representantes de comercio, conocidos también como agentes o viajeros, son personas físicas que asumen la función de promover de manera estable operaciones mercantiles relativas

al giro o tráfico de la empresa fuera del establecimiento del empresario, siguiendo las instrucciones de este y sin asumir el riesgo y ventura de las mismas. Puede decirse que actúan en nombre y por cuenta del empresario, pero sólo en esa labor de promoción, limitándose a transmitir los pedidos de los clientes. Frente a estos últimos no se comprometen de suyo al cumplimiento de la obligación. Y, además, su actuación no vincula al empresario, que puede o no aceptar la operación.

La relación interna que les une con el empresario es de carácter laboral, ordinaria o especial [art. 2.1 f) ET, estando sometidos, en este último caso, a la disciplina prevista en el RD 1438/1985 de 1 de agosto]. El agente, por su parte, se obliga a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena o a promoverlos y concluirlos por cuenta y nombre ajenos, a cambio de una remuneración, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones. Se trata, pues, de una actividad esencialmente idéntica a la del representante o viajante, cuando el agente no asuma la participación en el riesgo empresarial propio de la contraparte, esto es, la ejecución por los terceros de los negocios de realización, supuesto natural *ex art. 1 LCA*. Ahora bien, según ese mismo precepto ejerce tal tarea como *intermediario independiente*, lo que quiere decir que asume el riesgo empresarial correspondiente generado por los gastos e inversiones de la actividad de promoción, porque, aunque la realiza por cuenta de otro, lo hace en nombre e interés propio. Por este motivo ha de considerársele como un empresario independiente y autónomo, no integrado en la organización estricta del empresario principal.

Conforme a los arts. 2.2 LCA y 1.3. f), 2.1 f) ET y 1.2. b) del RD 1 de agosto 1985, dicha independencia se presume cuando quien se dedique a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, organiza su actividad profesional y el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios. En definitiva, los datos relevantes para la acotación de la agencia mercantil y su distinción de los representantes de comercio son la autonomía organizativa de la actividad, que excluye la sumisión del agente al poder directivo de la contraparte, y la asunción de los costes y el riesgo empresarial de su actividad de promoción, así como el formal ejercicio personal de la actividad externa. Por encima de la eventual asunción del riesgo y ventura de las operaciones promovidas y de la existencia y la entidad o complejidad de una organización de medios personales y materiales meramente interna. En este último aspecto, pese a las previsiones del art. 1.2 b) del RD 1 agosto 1985, que parece establecer un criterio mixto al excluir del ámbito de la disciplina laboral a todos aquellos agentes que cuenten con una organización empresarial autónoma con instalaciones y personal propios.

En consecuencia, a pesar de que el agente es un colaborador del empresario principal, se trata de un colaborador independiente, que, adquiere, a su vez, la

condición de empresario, a diferencia de los representantes y viajantes, cuya relación con el empresario principal es de carácter laboral. Estas consideraciones no pueden, sin embargo, oscurecer la frecuencia con que se aprecia en la práctica la inferioridad económica del agente por cuanto la realización de ese interés propio se haya condicionada materialmente a la voluntad del empresario principal, titular de los bienes y servicios cuya promoción lleva a cabo el agente, que se convierte así en un instrumento de la creación y aumento de la clientela para los productos y servicios de su empresario principal. Esta situación se hace evidente ya en el momento de la conclusión del contrato, cuyas cláusulas suelen estar predeterminadas por el empresario principal, de modo que es su interés el que se contempla con preferencia, en detrimento del equilibrio de las prestaciones recíprocas de ambas partes. Tales circunstancias explican el carácter cogente de la LCA (art. 3.1) y su ruptura con los principios rectores del Derecho común de los contratos en un afán de tutela del agente.

2. Elementos personales y perfección del contrato

La agencia es un contrato bilateral en el que ambas partes han de ser empresarios. Se trata, por eso, de un contrato esencialmente mercantil en cuanto exclusivo del tráfico empresarial de manera bilateral. La actividad jurídico-empresarial de agencia en interés de tercero no empresario (v.gr. artistas o deportistas) se encuentra formalmente excluida del ámbito de aplicación de la LCA (art. 1), así como aquella en que el negocio de ejecución no tenga carácter mercantil. Serán aplicables, sin embargo, por analogía a los primeros casos las normas que no tengan como presupuesto la condición de empresario del comitente y del agente, y, en su totalidad, en los segundos. El agente puede ser persona física o jurídica. Y también el empresario principal.

Por su parte, el contrato se perfecciona por el mero consentimiento, que puede ser expreso o derivarse de actos concluyentes, sin que se exija una forma especial. Rige aquí, pues, la libertad de forma que consagra genéricamente el art. 1278 Cciv, sin que a la previsión del art. 22 LCA pueda concedérsele otra eficacia que la prevista con carácter general en los arts. 1279 y 1280 Cciv, esto es, el negocio es válido, constituyendo la forma un simple medio probatorio del contrato preexistente, que los contratantes podrán compelerse a llenar recíprocamente, en cualquier momento. Sólo excepcionalmente, por expresa disposición legal, la cláusula de garantía (art. 19 LCA) y la prohibición postcontractual de competencia (art. 21 LCA) exigen forma escrita *ad solemnitaten*, de manera que su ausencia determina la nulidad del pacto.

3. Contenido del contrato

3.1. Obligaciones del agente

3.1.1. *La obligación de promoción. La conclusión de actos y operaciones de comercio en nombre del empresario*

La obligación básica del agente y elemento caracterizador del negocio consiste en promover operaciones de comercio por cuenta del empresario. Por eso, la mera suscripción del contrato de agencia faculta al agente para realizar la actividad de promoción, sin que se precise autorización del principal. La actividad de promoción es predominantemente material pues comprende actos no jurídicos, como las visitas a clientes, la propaganda o la publicidad de hecho. En virtud de ella realiza propuestas de contratación genéricas, no ofertas concretas, pudiendo el empresario principal, rechazar las ofertas o pedidos transmitidos o comunicados por aquel (art. 10.3 LCA). Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, se trata de una obligación de carácter mixto, ya que es de resultado en lo relativo al aspecto remuneratorio (art. 11 LCA), pero de medios respecto al *facere* obligatorio, en cuanto el cumplimiento de la misma depende de la observancia por el agente de la diligencia debida y no de los resultados económicos o jurídicos conseguidos.

Además de este deber básico de promover operaciones de comercio por cuenta del empresario principal, el agente puede obligarse también concluir las por cuenta y en nombre de aquel. Se precisa para ello que el agente tenga atribuida esta facultad, ya que, a diferencia del deber promover, no goza de la condición de obligación esencial del contrato, ni tampoco constituye un elemento natural del mismo. Con ese objeto, el empresario principal deberá otorgarle un poder (art. 6 LCA), de modo que, además de los derechos y obligaciones derivados del contrato de agencia, habrán de tenerse en cuenta los que surjan relacionados con la representación conferida, según el régimen del Derecho común. Específicamente no se aplica el art. 286 CCom por cuanto se refiere a las actuaciones del factor en su condición de auxiliar dependiente del empresario, de modo que si el agente actúa sin poder o excediéndose de los límites de este, el empresario no queda vinculado, salvo ratificación posterior.

3.1.2. *La sujeción a las instrucciones del empresario principal*

La LCA impone al agente la obligación de desarrollar su actividad con arreglo a las instrucciones razonables recibidas del empresario, siempre que no afecten a su independencia [arg. ex. arts. 1 y 9.2 c) LCA].

Igual que en la comisión, la necesidad de someterse a las instrucciones del empresario principal deriva de la naturaleza de contrato de gestión de intereses ajenos que se atribuye a la agencia. Del mismo modo que sucede en aquella, en principio, este deber no se muestra incompatible con la condición de empresario independiente de la que goza el agente, puesto que la actividad empresarial se realiza por cuenta del empresario principal. Sin embargo, aquí la cuestión reviste un matiz específico en razón de que, en la agencia, a diferencia de lo que sucede en la comisión, no está implicado sólo el interés exclusivo del comitente como dueño del negocio (art. 255 Ccom), sino que coexisten el del agente y el del empresario principal, pues la ajeneidad se refiere a los eventuales negocios de ejecución, pero no a la actividad de promoción, que el agente desarrolla también por cuenta e interés propios [arg. *ex. arts. 1 y 9.2 c) LCA*].

Por este motivo las instrucciones habrán de operar sólo en el primer ámbito, esto es, en la conclusión de negocios por cuenta y en nombre del empresario principal, pero no en la organización y ejercicio de la actividad empresarial de promoción, aspecto sobre el que sólo cabe el establecimiento de controles administrativos o técnicos o, a lo sumo, indicaciones no vinculantes. Tales instrucciones, además, habrán de ser *razonables*, esto es, no pueden exceder de aquello exigible al agente en función de las circunstancias del caso concreto.

3.1.3. *El deber de diligencia*

En consideración a la condición de gestor de intereses ajenos del agente, el agente asume el deber de ocuparse con diligencia de la promoción y, en su caso, de la conclusión de los actos u operaciones que se le hubieren encomendado. La diligencia exigible es la del ordenado empresario [art. 9.2. a) LCA], cuyo contenido fue precisado al tratar de la comisión. Mediando ese grado de diligencia, una actividad mínimamente eficaz o incluso ineficaz no genera su responsabilidad contractual, dado el carácter de obligación de medios de su prestación de promoción, si bien puede constituir justo motivo de la resolución del contrato.

3.1.4. *El deber de lealtad. El deber de no competencia*

En lo atinente a la lealtad, a pesar de la equívoca formulación del art. 9.1 LCA, el agente no está obligado a actuar sólo conforme a las exigencias generales de la buena fe, sino específicamente con lealtad, en protección del interés económico contractual de la contraparte. El deber de lealtad encuentra su fundamento remoto en el principio general de buena fe, pero no se identifica con él. Por el contrario, constituye una condensación del mismo que termina transformándose

en un deber de contornos mucho más precisos que el principio del que deriva, al intensificarse especialmente en relaciones como esta, en que se da la posibilidad de influir sobre la esfera ajena, y que se basan en gran medida en la confianza.

En atención a ello, la caracterización básica del deber de lealtad admite dos formulaciones de diverso signo, pero no excluyentes, sino complementarias, entre sí. Por un lado, impone la obligación de orientar la gestión hacia la promoción del interés del principal. Por otro, la de perseguir este con preferencia a cualesquiera otros, lo que justifica suficientemente el hecho de que engendre ante todo un deber de anteponer el interés de aquel al propio, o al de terceros, en caso de conflicto entre ambos y, por ende, la prohibición de obtener ventajas privadas a costa del sacrificio del principal. Descrito en esos términos, su carácter de cláusula general permite afirmar que no constituye solo elemento modulador de los derechos y obligaciones contractuales, esto es, pauta de actuación en la promoción de los intereses ajenos, si no también fundamento de nuevos deberes, estén o no especificados.

Entre el primer tipo de deberes cabe citar el de secreto y el de no utilizar la información confidencial de su principal, que competen al agente, aunque no estén previstos expresamente en la LCA. En su razón cumple al agente la obligación de no divulgar o comunicar a terceros, ni utilizar en beneficio propio y/ o ajeno los secretos de la empresa, tanto comerciales y organizativos como financieros o industriales, a los que haya tenido acceso en razón de la relación contractual.

De la segunda clase es el deber de no competencia, que la LCA atribuye al agente con el carácter de elemento natural del contrato, esto es, que rige, salvo pacto en contrario. En estos términos es como hay que entender la programación del art. 7 LCA aun cuando disponga que, *en todo caso*, necesitará el agente el consentimiento del empresario con quien haya celebrado un contrato de agencia para ejercer por su propia cuenta o por cuenta de otro empresario una actividad profesional relacionada con bienes o servicios que sean de igual o análoga naturaleza y concurrentes o competitivos con aquellos cuya contratación se hubiera obligado a promover. En consecuencia, si no se trata de productos o servicios competitivos la situación se invierte por cuanto el principio es que podrá desarrollar la actividad por cuenta de varios empresarios, salvo pacto en contrario de no concurrir esos presupuestos, el agente podrá desarrollar su actividad profesional por cuenta de varios empresarios, salvo, también, pacto en contrario (art. 7 LCA).

Finalizado el contrato, el agente no está, lógicamente, obligado por el deber de lealtad, dado su origen contractual, por lo que el tratamiento que recibe esta prohibición en ese momento es distinto. Ha de pactarse expresamente y para su validez se exige la concurrencia de cuatro requisitos: i) formal, es imprescindible la formalización por escrito; ii) espacial o subjetivo, se exige la restricción a la

zona geográfica donde el agente desempeñaba su actividad o a esta y al grupo de personas confiado al mismo; iii) temporal, no podrá tener una duración superior a dos años a contar desde la extinción del contrato de agencia, o si este se hubiere pactado por un tiempo menor, no superior a un año; y iv) objetivo, sólo podrá afectar a la clase de bienes o de servicios objeto de los actos u operaciones promovidos o concluidos por el agente (arts. 20 y 21 LCA).

Por otro lado, a fin de que la obligación no carezca de causa de atribución patrimonial determinante de su nulidad, se ha entendido que deberá ser especialmente retribuida, pues no puede afirmarse que la compensación se efectúe mediante la indemnización de clientela si se observa que esta tiende a compensar al agente por la clientela aportada al empresario principal durante la relación, no por la pérdida de la futura clientela potencial, que es el efecto que produce la cláusula de no competencia post-contractual.

3.1.5. El deber de ejecutar el contrato por sí o por medio de dependientes. La subagencia

Dentro del catálogo de obligaciones que competen al agente en la ejecución de la gestión, hay que resaltar la de realizar por sí mismo, o por medio de sus dependientes, la promoción y, en su caso, la conclusión de los actos u operaciones de comercio que se le hubieren encomendado (art. 5.1 LCA), por lo que puede delegar en estos últimos la ejecución de la prestación. La disposición legal se justifica en que el carácter fiduciario del pacto, que no se discute, es de índole real más que personal. La confianza se basa en la aptitud y eficacia de la empresa del agente, no en su propia personalidad. Por eso la actuación por medio de subagentes requerirá autorización expresa del empresario. En tales casos, el agente responde de la gestión del subagente (art. 5.2 LCA), en aplicación del criterio de la culpa *in eligendo*.

3.1.6. El deber de información. Las obligaciones contables

Es, otra vez, la naturaleza de contrato de gestión de intereses ajenos de la agencia, la que engendra el deber del agente de informar al empresario principal de cuantos datos disponga cuando sean necesarios para la buena gestión de los actos u operaciones cuya promoción y, en su caso, conclusión, se le hubiere encomendado [art. 9.2 b)]. Se trata, pues, de una obligación de amplios contornos, cuyo objeto y extensión habrá de decidirse en el caso concreto en atención al interés que tenga la información para la buena gestión de las operaciones cuya ejecución tuviera encomendada.

En particular, la LCA señala dos datos a los que atribuye dicha consideración. Por un lado, los relativos a la solvencia de los terceros con los que existan operaciones pendientes de conclusión o ejecución [art. 9.2 b)]; y, por otro, las reclamaciones efectuadas por terceros en razón de la existencia de vicios o defectos en los bienes vendidos, o en los servicios prestados, como consecuencia de las operaciones promovidas, que el agente está obligado a recibir de aquellos en nombre del empresario, aunque su función se haya limitado a la promoción, si bien sin poder de decisión [art. 9.2 d) LCA]

En el mismo contexto, como derivación del carácter de gestión de intereses ajenos que se atribuye a la agencia, la LCA impone al agente la obligación de llevar una contabilidad independiente [art. 9.2 e) LCA], ya que dicha obligación es instrumental de la principal de rendir cuentas, así como presupuesto de su derecho a la retribución. Por eso, sorprende que la LCA instaure dicha obligación, sin referirse a la principal, esto es, a la rendición de cuentas. Concebida de este modo, la obligación en cuestión no puede circunscribirse a la llevanza de contabilidad independiente solo en caso de que se actúe por cuenta de varios empresarios principales, como pueden inducir a pensar los términos en que se pronuncia el art. 9.2 e) LCA. Por el contrario, habrá de cumplirse también aunque sólo actúe por cuenta de uno, porque esa contabilidad especial ha de ser independiente de su contabilidad general si quiere servir a los fines anteriores.

3.2. La responsabilidad del agente

El agente no asume el riesgo y ventura de las operaciones promovidas o concluidas, salvo pacto en contrario (art. 1 LCA) en que conste, como obligación adicional. Mediando dicho pacto, el agente se obliga a responder frente al empresario principal del incumplimiento por los terceros de los negocios de ejecución.

La regulación que sobre el mismo establece la LCA es excesivamente parca, pues se limita a supeditar su validez a que conste por escrito con expresión de la comisión a percibir (art. 19 LCA). Quedan, por tanto, sin regulación cuestiones esenciales. Especialmente puede dudarse de la admisibilidad de una cláusula en que se garanticen todas las operaciones sin discriminación subjetiva u objetiva alguna, solución prohibida en ciertos ordenamientos por cuanto supone el desplazamiento de una cuota relevante del riesgo de la actividad de comercialización al agente, asimilándolo al concesionario. La aplicación analógica del art. 272 Ccom es problemática, dada la distinta *ratio* de la figura en contratos de diferente naturaleza y función en estos aspectos. Es de observar al respecto que en el Derecho comparado se aprecia una tendencia bastante generalizada a limitarla, al menos cuantitativamente, frente a la disciplina de la comisión.

Por otra parte, el agente no responde en ningún caso frente a terceros de los vicios de los productos contractuales. Ni siquiera cuando haya asumido la obligación de promover y concluir negocios en nombre y por cuenta del empresario principal, ya que no tiene la condición de vendedor.

3.3. Obligaciones del empresario principal

3.3.1. *El deber de actuar de buena fe*

Aunque el art. 10.1 LCA dispone que, en sus relaciones con el agente, el empresario debe actuar lealmente y de buena fe, no puede estimarse que le corresponda un deber de lealtad con los contornos expresados al enumerar las obligaciones del agente. La propia comparación entre ese precepto y el art. 9.1 LCA, donde se impone un verdadero deber de lealtad al agente, lo corrobora. Mientras que el art. 10.1 LCA se limita a efectuar aquella declaración genérica de actuación leal y de buena fe, el art. 9.1 LAC especifica, en efecto, que la lealtad en ese ámbito se traduce en velar por los intereses del empresario por cuya cuenta actúe, inciso que no se reproduce al tratar del empresario principal. No podía ser de otra forma, ya que el deber de lealtad en sentido estricto únicamente compete al agente porque es gestor de intereses ajenos, de los del principal, lo que no sucede a la inversa.

Cuando la Ley se refiere a la lealtad lo hace, pues, impropriamente queriendo aludir, tal vez, a que el empresario principal debe extremar la buena fe con que está obligado a actuar cualquier contratante (art. 57 Ccom) en razón del carácter de contrato de colaboración que se atribuye a la agencia, y, sobre todo, de la tutela que merece el agente como parte económicamente dependiente del contrato. Los deberes que expresa como manifestaciones del mismo parecen inclinar a esta interpretación. En efecto, la buena fe se expresa en particular en dos obligaciones específicas. Por un lado, está obligado a poner a disposición del agente los medios necesarios para el ejercicio de su actividad de promoción, o, en su caso, también de conclusión y ejecución de las operaciones encomendadas, según las circunstancias del caso concreto. En particular, ha de entregarle los muestrarios, catálogos, tarifas de precios, muestras y demás documentos necesarios para el ejercicio de su actividad profesional [art. 10.1 a) LCA]. Por otro lado, ha de suministrar al agente todas las informaciones necesarias para la ejecución del contrato de agencia y, en particular, advertirle, desde que tenga noticia de ello, cuando prevea que el volumen de los actos u operaciones va a ser sensiblemente inferior al que el agente hubiera podido esperar, a fin de que no tenga falsas expectativas de ganancias [art. 10.1 b) LCA]

En la fase de perfección de los negocios de realización tiene la obligación de comunicarle, dentro del plazo legal la aceptación o rechazo de las ofertas transmitidas sobre operaciones a concluir. Y, en la de consumación, dentro del plazo más breve posible, las circunstancias relativas al cumplimiento, en especial su regular ejecución, la ejecución parcial o la falta de ejecución (art. 10.3 LCA). En este mismo contexto, está obligado a entregar al agente la relación de las comisiones devengadas en las condiciones previstas en el art. 15.1 LCA y a exhibirle su contabilidad en los términos establecidos en el art. 15.2 LCA, proporcionándole todas las informaciones necesarias para verificar la cuantía de las comisiones.

3.3.2. *El abono de la retribución*

Con todo, la obligación básica que asume el empresario principal es retribuir al agente [arts. 10.2 c) y 11 a 19 LCA]. La remuneración puede consistir en una cantidad fija, en una comisión, o en una combinación de ambos sistemas. Si en el contrato no se ha fijado expresamente, será la que resulte de los usos y, en su defecto, la que sea razonable dadas las circunstancias del caso (art. 11.1 LCA). Se reputa comisión cualquier elemento de la remuneración que sea variable según el volumen, o el valor de los actos u operaciones promovidos y, en su caso, concluidos por el agente (art. 11.1 y 2 LCA). De ahí, sin embargo, no es posible deducir que el agente pueda ser retribuido mediante una exclusiva o predominante remuneración cronológica fija y estable en relación con toda la actividad de promoción, pues esto significaría desvirtuar el contrato al desplazar el riesgo de la actividad de promoción al empresario principal, deviniendo el agente en colaborador dependiente de hecho. Si se pacta exclusivamente una retribución fija, ha de entenderse referida a una cantidad fija por cada contrato concluido.

La retribución puede ser ordinaria o especial. La primera retribuye el resultado económico jurídico de la prestación básica del agente, esto es, su actividad de promoción. La especial remunera las prestaciones adicionales o accesorias, como su participación en la conclusión y/ o ejecución de los negocios de realización o la retribución del pacto de garantía (art. 19 LCA). La LCA regula preferentemente la comisión ordinaria, esto es, la que retribuye el resultado económico-jurídico de la prestación básica del agente, como modalidad remuneratoria natural (art. 11.3 LCA) del contrato. Sin embargo, una interpretación sistemática permite la aplicación de la disciplina a otras comisiones o, en general, retribuciones.

El derecho a la comisión ordinaria se extiende tanto a la remuneración de las operaciones concluidas durante la vigencia del contrato de agencia, como a las perfeccionadas después. En cuanto a las primeras se exige que el acto se haya concluido como consecuencia de la intervención profesional del agente o que se

haya concluido con una persona respecto de la cual el agente hubiera promovido y, en su caso, concluido con anterioridad un acto u operación de naturaleza análoga (art. 12.1 LCA). Un supuesto especial es el relativo a la cláusula de exclusiva. Cuando el agente tuviera la exclusiva para una zona geográfica o para un grupo determinado de personas, tendrá derecho a la comisión, siempre que el acto u operación de comercio se concluyan durante la vigencia del contrato de agencia con persona perteneciente a dicha zona o grupo, aunque el acto u operación no hayan sido promovidos ni concluidos por el agente (art. 12.2 LCA). Conviene indicar a este respecto que, a diferencia de otros ordenamientos, la LCA no concibe la exclusiva a favor del agente como elemento esencial, ni tan siquiera natural, del contrato, por lo que exige pacto expreso. Como en todos los casos su licitud, que no se discute, habrá de ser valorada conforme al Derecho protector de la libre competencia.

Por lo que se refiere a los contratos perfeccionados tras la extinción de la agencia, el derecho a la comisión únicamente le corresponde cuando la conclusión se deba principalmente a la actividad desarrollada por el agente durante la vigencia del contrato, siempre que se hubieran concluido dentro de los tres meses siguientes a partir de la extinción de dicho contrato, o que el empresario o el agente hayan recibido el encargo o pedido antes de la extinción del contrato de agencia, siempre que el agente hubiera tenido derecho a percibir la comisión de haberse concluido el acto u operación de comercio durante la vigencia del contrato.

Ahora bien, su exigibilidad no surge por la mera perfección de los negocios de realización. A estos efectos, según se explicó, la agencia es un contrato de resultado, de modo que el devengo de la misma está sujeto a la efectiva ejecución de aquellos por el tercero, precisando, con acierto, la LCA, que se mantiene cuando el incumplimiento por el tercero sea imputable al empresario principal (arts. 14 y 17 LCA). El vencimiento de la obligación se produce el último día del mes siguiente al trimestre natural en que se hubiere devengado la comisión, salvo pacto expreso de las partes que pueden fijar sólo un plazo inferior (art. 16 LCA), prescribiendo la acción a los cinco años (arts. 4 LCA y 943 Ccom y 1966.3 Cciv).

Por otro lado, ya que el agente actúa en interés y nombre propio en la actividad de promoción como empresario independiente, cuyos riesgos, por tanto, debe asumir, no tiene derecho al reembolso de los gastos ocasionados en el ejercicio de esa actividad. Así parece que debe interpretarse la previsión del art. 18 LCA, entendiendo, por tanto, que sí tiene derecho al reembolso de los gastos derivados de su eventual intervención en la perfección y/ o ejecución de las operaciones, si no son objeto de remuneración especial. En esos casos, esto es, cuando el agente intervenga en la ejecución de las operaciones de venta con terceros, gozará de los

derechos de retención y preferencia que se atribuyen al comisionista por aplicación extensiva del art. 276 Ccom.

4. Extinción del contrato

4.1. Causas de extinción

Los arts. 23 a 31 LCA regulan con cierto detalle y evidente afán tuitivo del agente la extinción del contrato. Con todo, su régimen ha de ser completado por el Derecho Común, en la medida en que no se oponga a los preceptos de la LCA, dado el carácter imperativo de estos (art. 3.1 LCA). En particular, en cuanto a las causas que fundamentan la extinción, a las expresamente previstas en la Ley han de sumarse otras generales, por ejemplo, el mutuo disenso de las partes. La LAC prevé tres tipos de causas:

- i) La primera, el incumplimiento total o parcial de las obligaciones legal o contractualmente establecidas [art. 26.1 a) LCA], supuesto este último en que el contrato se extingue a la recepción de la notificación escrita en la que conste la voluntad de darlo por terminado y la causa de la misma (art. 26.2 LCA), que debe, no obstante, entenderse sin perjuicio del derecho que asiste a ambas partes de impugnar judicialmente tal resolución con los efectos previstos en el art. 1124 Cciv. En estos casos no se requiere preaviso, aunque el contrato sea de duración indefinida [art. 26.1 a) LCA].
- ii) El segundo grupo de causas se relaciona con la duración del contrato. Si el contrato ha sido pactado con una duración determinada finaliza por el transcurso del plazo previsto en el mismo (arts. 23 y 24.1 LCA), sin que, lógicamente, la LCA prevea la obligatoriedad de preaviso, en tanto las partes son conscientes del momento de la terminación efectiva. Por este mismo motivo, ante la previsión de cláusulas de prórroga o de renovación, más cuando se han utilizado en anteriores ocasiones, debe estimarse abusiva la extinción llegado el término, de no mediar un preaviso a la contraparte con la antelación suficiente. Con todo, si el contrato por tiempo determinado continúa siendo ejecutado por ambas partes después de transcurrido el plazo inicialmente previsto, se considerará transformado en contrato de duración indefinida (art. 24.2 LCA).

Con fundamento en la prohibición de vinculaciones eternas por opresivas y en el carácter fiduciario de la relación, el contrato pactado con duración indefinida, al que se equipara aquel en que no se fije plazo alguno y el pactado por tiempo determinado cuando, cumplido el plazo, se siga ejecutando (arts. 23 y 24.2 LCA), se extingue por simple denuncia uni-

lateral de alguna de ellas, sin necesidad de que se acredite la concurrencia de justa causa. Sólo se exige un preaviso por escrito efectuado con un plazo de antelación de un mes por cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses. Si el contrato de agencia hubiera estado vigente por tiempo inferior a un año, el plazo de preaviso será de un mes. Las partes podrán pactar mayores plazos de preaviso, sin que el plazo para el preaviso del agente pueda ser inferior, en ningún caso, al establecido para el preaviso del empresario (art. 25 LCA). No obstante, el incumplimiento de la obligación de preavisar no impide la extinción del contrato. Únicamente engendra la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados.

- iii) El carácter fiduciario de la relación que el pacto engendra fundamenta la previsión del tercer grupo de causas de extinción. Se trata, en primer término, de la declaración de concurso de cualquiera de las partes [art. 26.1 b) LCA], sin necesidad de preaviso, aunque el contrato sea indefinido. La extinción se producirá en el momento de la recepción de la notificación escrita en la que conste la voluntad de darlo por extinguido y la causa (art. 26.2 LCA). En segundo lugar, de la muerte o declaración de fallecimiento del agente (art. 27 LCA), a la que ha de equipararse la extinción de la sociedad de agencia. Las mismas causas que en el caso de la comisión (art. 280 Ccom) justifican, por el contrario, que la muerte, declaración de fallecimiento o extinción de la sociedad empresario principal no provoquen automáticamente la extinción del contrato, reteniendo, igual, sus sucesores la facultad de denuncia en los términos del art. 25 LCA.

4.2. Indemnizaciones

La LCA ha previsto dos tipos de indemnizaciones para el agente a la finalización de la relación. La indemnización por clientela y la indemnización por los daños y perjuicios que la extinción provoque al agente.

4.2.1. *La indemnización por clientela*

El derecho a la indemnización por clientela está sujeto a la concurrencia cumulativa de los siguientes presupuestos:

- i) Que el agente hubiera aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente.
- ii) Que su actividad en el curso de la ejecución del contrato pueda continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario.

- iii) Y que resulte equitativamente procedente en razón de las circunstancias del caso concreto, como por ejemplo, por la existencia de pactos de limitación de competencia o por las comisiones que pierda (art. 28.1 LCA).

En definitiva, se trata de una compensación económica por el aprovechamiento de los beneficios anudados a una clientela propia, pero generada por los esfuerzos de otro, esto es, por la clientela aportada por el agente durante la vigencia del contrato, en la medida que signifique una pérdida de comisiones de este en beneficio del empresario principal a las que hubiera tenido derecho de no haberse extinguido el contrato, basada en la equidad y de naturaleza predominantemente tuitiva del agente.

Por esta razón sólo se le concede supeditada a que el mismo sea merecedor de ella, entendiéndose legalmente que no lo es cuando la terminación sea imputable a su conducta, bien, porque se deba al incumplimiento por el agente de sus obligaciones [art. 30 a) LCA], o a la propia voluntad del agente, que denuncia el contrato, salvo, en este último caso, que la denuncia tuviera como causa circunstancias imputables al empresario, o no pudiera exigírsele razonablemente la continuación de sus actividades en razón, por ejemplo, de la edad, la invalidez o la enfermedad [art. 30 b) LCA]. Asimismo se pierde el derecho a la indemnización cuando, con el consentimiento del empresario, el agente haya cedido a un tercero los derechos y obligaciones derivados del contrato [art. 30 c) LCA], pues aquí no hay propiamente extinción del contrato, sino subrogación de un tercero en el mismo.

Este derecho se transmite a los sucesores del agente fallecido o declarado fallecido (art. 28.2 LCA). La acción para reclamarla prescribe al año, a contar desde la extinción del contrato (art. 31 LCA). Ahora bien, la cuantía de la indemnización no podrá exceder en ningún caso del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o, durante todo el período de duración del contrato, si este fuese inferior (art. 28.3 LCA).

4.2.2. Indemnización de daños y perjuicios de la LCA

Compatible con la indemnización por clientela es la segunda indemnización que prevé la LCA. La denominada indemnización por gastos de confianza, a la que impropriamente se refiere como indemnización por daños y perjuicios. Para ser acordada la LCA exige que la extinción del contrato se haya producido por la simple voluntad del empresario principal, en el contexto, por tanto, de una denuncia de un contrato de duración indefinida (art. 29 LCA). Por consiguiente, aunque la LCA habla de extinción anticipada, hay que entender que se exige una extinción intempestiva, de modo que la duración efectiva de la relación no haya permitido al agente, que haya actuado con la diligencia exigible, la amortización

de los gastos que, instruido por el empresario, haya efectuado para la ejecución del contrato (art. 29 LCA), frustrando sus razonables expectativas de una duración que hubiera permitido dicha amortización.

Ahora bien, los únicos gastos susceptibles de indemnización son los fijos por cuanto son los únicos susceptibles de amortización. Los corrientes se amortizan periódicamente con los beneficios, de manera que estos han de ser soportados por el agente como titular de la actividad económico-empresarial. De otro lado, el derecho a la indemnización se extingue cuando la terminación del contrato no se deba precisamente a la denuncia del empresario principal, lo que la excluye en todos los supuestos previstos en el art. 30 LCA, en que no procede tampoco la indemnización de clientela, aunque dicho precepto no lo declarara de forma expresa. La acción para reclamarla prescribe, igual que la anterior, al año, a contar desde la extinción del contrato (art. 31 LCA).

4.2.3. La indemnización de daños y perjuicios de Derecho Común

Conforme al Derecho Común, el incumplimiento culpable genera la correspondiente responsabilidad aplicación de los arts. 1124 y 1105 y ss. del Cc y, por ende, el derecho de la parte no culpable a ser resarcida de los daños y perjuicio que el incumplimiento le haya ocasionado. La LCA no prevé ninguna peculiaridad en la materia, de modo que, dicha indemnización parece, en principio compatible, con las dos indemnizaciones. Con seguridad lo es con la indemnización por clientela. Más dudoso es, sin embargo, que lo sea en todo caso con la indemnización por gastos de confianza del art. 29 LCA en tanto las inversiones sugeridas por el empresario principal se integran en el daño y perjuicio del Derecho Común. En cualquier caso, por aplicación del Derecho Común, la indemnización a que ahora se alude comprendería tanto el daño emergente como el lucro cesante, lo que permite al agente, si el incumplidor ha sido el empresario principal, resarcirse de conceptos más amplios que los que le autoriza la legislación especial. Por ejemplo del despido del personal dependiente.

IV. CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN

1. Concepto y normativa aplicable

Los contratos de distribución pueden definirse como aquellos cuyo objeto es establecer las condiciones en las que una de las partes, denominada distribuidor, se obliga a adquirir de otra, denominada proveedor, bienes o servicios para comercializarlos de manera duradera y estable. Comprenden, tanto los contratos

celebrados por proveedores con mayoristas o minoristas, como los concertados por mayoristas con minoristas. Es usual también que la comercialización de los productos se realice por el distribuidor bajo las directrices y supervisión del proveedor, que es quien determina la forma de comercialización de los productos o su presentación. Y que se produzca su integración económica en la red comercial que el proveedor suele formar con otros distribuidores para la comercialización de los productos o servicios del primero. Por estos motivos son contratos que suelen comprender la cesión de derechos inmateriales sobre la propiedad intelectual, como marcas, y derechos próximos, como secretos comerciales o, al menos, la distribución de productos o servicios de marca.

A consecuencia de ello, ha de admitirse que la fisonomía de este tipo de convenios se modifica y, con ello, la estricta naturaleza de contrato de cambio propia de la simple compraventa desaparece. En estas hipótesis, en efecto, el interés de las partes no es tanto vender/ comprar el producto en cuestión. El *vendedor*, convertido en proveedor, quiere que sus productos lleguen al consumidor a través del *comprador*, que es ahora un distribuidor. Este a su vez, no pretende tanto comprar, sino integrarse en una red que le permita *vender*. Aparecen de este modo las notas de duración y colaboración características de los contratos de distribución en sentido amplio, que los separa de las compraventas.

Por otra parte, la diferencia básica entre el contrato de distribución y el contrato de agencia radica en el distinto objeto de ambos, que, en la agencia, es la promoción de operaciones comerciales por cuenta ajena, y en la distribución es la compra y la venta para comercializar. El distribuidor actúa siempre en nombre propio como empresario independiente comercializando unos bienes que, por haberlos adquirido previamente, son de su propiedad. De modo que en la actividad de conclusión de contratos actúa en nombre y por cuenta propios, asumiendo el riesgo de las operaciones que realiza. Por el contrario, el agente solo puede actuar en nombre propio cuando promueva (y no concluya) operaciones de comercio. Adicionalmente, mientras el agente recibe generalmente una comisión, el concesionario se lucra con el beneficio de la reventa sin recibir, en principio, ninguna remuneración del empresario principal.

En definitiva en los contratos de distribución el proveedor y el distribuidor conservan en todo momento su autonomía jurídica, por lo que son los únicos titulares frente a terceros de los derechos y obligaciones derivados de las relaciones que con ellos mantengan. Por este motivo, el distribuidor está obligado a indicar en la documentación mercantil que expida, en los rótulos o logotipos que utilice y en la publicidad que realice, su condición de empresario independiente. Si bien, procurando no desvirtuar la identidad de la red en la que está integrado. Ahora bien, no puede negarse que el distribuidor soporta la obligación de someterse a

la aplicación de los métodos comerciales impuestos por el proveedor, lo que le resta independencia económica, haciendo de él, en ocasiones, la parte débil de contrato, necesitada, por tanto, de cierta protección, en especial en el momento de la terminación del contrato. Esta circunstancia permite apreciar ciertas analogías con algunos aspectos del contrato de agencia. Con él que comparte, además, el carácter de contrato mercantil bilateral o esencial, en razón de la condición de empresario de que gozan ambas partes. Asimismo ambos son contratos de duración y de colaboración, puesto que, según lo dicho, aunque el proveedor vende al distribuidor, su objetivo último no es este, sino que aquel comercialice los productos o servicios, objeto del contrato.

Los contratos de distribución carecen de regulación legal en el ordenamiento español, pero gozan de una gran implantación en la práctica, que ha permitido a la doctrina y a la jurisprudencia señalar sus rasgos típicos de caracterización, sus modalidades y los aspectos esenciales de su régimen jurídico. En cuanto a este hay que tener en cuenta, además, las normas sobre defensa de la competencia por cuanto delimitan aspectos significativos de su caracterización y de su disciplina.

2. Clases

Por regla general adoptan alguna de las modalidades que se relacionan a continuación.

- i) El contrato de distribución autorizada, por el cual el proveedor se obliga a suministrar al distribuidor bienes y servicios para que éste los comercialice, bien directamente, o bien a través de su propia red, como distribuidor oficial, en una zona geográfica determinada.
- ii) El contrato de distribución exclusiva, que, admite dos modalidades. En primer lugar, el contrato de venta en exclusiva, por el cual el proveedor se obliga a vender únicamente a un distribuidor en una zona geográfica determinada los bienes o servicios especificados en el contrato para su comercialización en dicha zona. En segundo término, el contrato de concesión mercantil, por el cual el distribuidor pone su establecimiento al servicio de un proveedor para comercializar, en régimen de exclusividad y bajo directrices y supervisión de éste, bienes y servicios en una zona geográfica determinada.

En ambos casos se atribuye al distribuidor una zona geográfica en exclusiva para la comercialización de los productos o servicios contractuales, lo que, en relación con ellos le impide desarrollar la actividad comercial, hacer publicidad o captar clientes en otras zonas diferentes a la que le ha sido asignada por contrato. Sin embargo, el distribuidor podrá comer-

cializar los bienes o servicios dentro de su territorio a personas de otras zonas, aunque los adquirentes se propongan revender el producto o prestar el servicio en zonas geográficas diferentes, siempre que su puesta a disposición se realice dentro de la zona de exclusiva. Con todo, el proveedor suele reservarse la facultad de realizar ventas directas a determinados clientes dentro de la zona exclusiva.

Las diferencia entre ambos tipos de convenio radica en la menor o mayor sujeción del distribuidor en su actividad de comercialización a las directrices y supervisión del proveedor. En la venta en exclusiva aquella sujeción no existe, o es mínima, mientras que en la concesión constituye elemento esencial del contrato.

- iii) El contrato de distribución selectiva, por el cual el proveedor se obliga a vender los bienes o servicios objeto del contrato únicamente a distribuidores seleccionados por él y que no gozan de exclusividad territorial, mientras que el distribuidor se compromete a revenderlos a consumidores y usuarios finales, respetando las instrucciones pactadas y prestando, en su caso, asistencia técnica a los compradores. Igual que la distribución exclusiva, la selectiva restringe, por una parte, el número de distribuidores autorizados, y, por otra, las posibilidades de reventa. La diferencia con la distribución exclusiva reside en que la restricción del número de distribuidores autorizados no depende del número de territorios, sino de criterios de selección relacionados, en particular, con la naturaleza de los productos.

Se distinguen también porque la restricción de la reventa no consiste en una restricción de las ventas activas en un territorio, sino en una restricción de todo tipo de venta a distribuidores no autorizados, de modo que tan sólo quedan como posibles compradores los distribuidores designados y los clientes finales. Casi siempre se utiliza una distribución selectiva para distribuir productos finales de marca.

3. Contenido

Considerando el clausulado usual de estos contratos y sus caracteres es posible enumerar los derechos y obligaciones de las partes que integran el contenido habitual de los mismos.

3.1. Obligaciones del distribuidor

El distribuidor asume como primera obligación la de colaborar para lograr la más amplia difusión en el mercado de los bienes y servicios objeto del contrato. Dicha obligación deriva directamente de la naturaleza del contrato que, según

lo dicho, es un contrato de colaboración puesto que, aunque el proveedor vende al distribuidor, su objetivo último no es este, sino que aquel comercialice los productos o preste los servicios objeto del contrato. Asimismo el distribuir no pretende comprar sino poder comercializar los productos, o servicios, contractuales integrado en la red de distribución. A consecuencia de ello tiene atribuidos, como deberes específicos, el de desarrollar una actividad comercial adecuada para promover la máxima difusión de los bienes o servicios y el de disponer de una organización empresarial suficiente para ello.

La segunda obligación del distribuidor es comercializar los bienes o servicios ajustándose en todo momento al sistema de distribución establecido por el proveedor, sin menoscabar su prestigio y respetando su marca y la presentación. Esta obligación deriva de que la integración del distribuidor en la red de distribución del proveedor se logra mediante la imposición al primero del sistema de comercialización del segundo y de la utilización por el distribuidor de los signos distintivos que identifican al proveedor o a sus productos/servicios. En consecuencia, suele preverse como causa de resolución del contrato por el proveedor, la realización por el distribuidor de actuaciones que ocasionen un menoscabo de la imagen de la marca o del prestigio comercial del proveedor, incluyendo la aplicación por el distribuidor de precios que ocasionen dicho deterioro.

Asimismo, al objeto de mantener la imagen comercial del producto o servicio y la imagen de la marca o el prestigio comercial del proveedor, cuando, el distribuidor pretenda desarrollar una actividad publicitaria sobre los bienes o servicios objeto del contrato, deberá obtener previamente la aprobación del proveedor acerca del carácter de aquélla en cuanto al diseño y contenido del mensaje publicitario. Con mucha frecuencia el distribuidor se ve obligado mediante previsiones contractuales a realizar este tipo de actividad publicitaria, aunque, en otras ocasiones, se le impone la obligación de sufragar proporcionalmente las campañas publicitarias que emprenda el proveedor.

El distribuidor asume también el deber de observar la máxima buena fe en sus relaciones con el proveedor. Se exige, por tanto, un grado de buena fe superior al ordinario (art. 57 Ccom), cuyo fundamento reside en la relevancia que adquiere la confianza en este tipo de convenios, a consecuencia de su carácter de contratos de colaboración. Ahora bien, la confianza no se basa en las cualidades personales del distribuidor, sino en su organización empresarial y, en atención a ella, a su capacidad técnica, profesional o financiera. Por este motivo, no es un contrato personalísimo, lo que explica, a su vez, que sin el consentimiento del proveedor, el distribuidor no podrá ceder, total o parcialmente, el contrato ni designar subcontratistas para llevar a cabo la distribución. Pero sí podrá servirse de sus dependientes y, probablemente, de otros colaboradores, aunque sean indepen-

dientes, siempre que, en la labor de conclusión de contratos actúen en nombre del distribuidor. Normalmente se tratará de agentes.

3.2. Obligaciones del proveedor

Igual que en el caso del distribuidor, y por el mismo motivo, el proveedor asume como primera obligación la de colaborar para lograr la más amplia difusión en el mercado de los bienes y servicios objeto del contrato. Como consecuencia de ello, el proveedor está obligado a suministrar al distribuidor la información comercial y técnica que sea precisa para la más amplia distribución de los bienes y servicios objeto del contrato y a mantener disponibles, para su inmediata entrega al distribuidor que se lo solicite, en las condiciones convenidas en cuanto al precio, calidad y presentación, el número de unidades de producto o los elementos de prestación del servicio necesarios para el normal abastecimiento del mercado, según su volumen usual de pedidos. Sin embargo, el distribuidor no podrá exigir, de no mediar previo aviso en tiempo razonable, un suministro que exceda de lo que habitualmente suele demandar en la época en que lo solicita.

Con frecuencia, la determinación de los objetivos comerciales del distribuidor así como la fijación del contingente de mercancías que deberá obrar en su poder en función de aquellos objetivos para mantener un adecuado abastecimiento del mercado, se impone por el proveedor, puesto que es quien usualmente ostenta el poder económico de la relación. Sería aconsejable, no obstante, que se realizaría de mutuo acuerdo y, a falta de éste, mediante arbitraje o peritaje independiente, con el objeto de tutelar al distribuidor, ya que este tipo de cláusulas suelen suponer un grave riesgo para el distribuidor. En especial cuando a la terminación del contrato no ha podido dar salida al *stock* sobrante. El proveedor asume también el deber de observar la máxima buena fe en sus relaciones con el distribuidor, por idénticos motivos a los aducidos al respecto de este último.

3.3. Las cláusulas de marca única y de compra exclusiva

Es usual en todos estos tipos de contratos que el distribuidor se obligue a adquirir los bienes objeto de comercialización al proveedor o a otras personas a quienes éste designe. Este tipo de cláusulas se conocen con la denominación de acuerdos de *marca única*, cuya principal característica consiste en inducir al comprador a concentrar sus pedidos de un tipo de producto concreto en un único proveedor. Entre otras, se incluyen en este grupo la cláusula de no competencia y la de imposición de cantidades fijas al comprador. Los acuerdos de no competencia se basan en un sistema de obligaciones o incentivos que hacen que el comprador

adquiera más del 80% de sus necesidades a un solo proveedor. Esto no significa solo que el comprador únicamente pueda comprar directamente al proveedor, sino que no comprará ni revenderá o incorporará bienes o servicios competidores.

En los Reglamentos comunitarios se define la *cláusula de no competencia*, como cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador fabricar, adquirir, vender o revender bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales, o cualquier obligación, directa o indirecta, que exija al comprador adquirir al proveedor o a otra empresa designada por éste más del 80% del total de sus compras de los bienes o servicios contractuales y de sus sustitutos en el mercado de referencia, calculadas sobre la base del valor o, cuando sea la práctica corriente en el sector, del volumen de sus compras en el año precedente. Por tanto incluye los denominados contratos de compra exclusiva, por el cual el distribuidor se obliga a adquirir, para su comercialización, determinados bienes o servicios solamente al proveedor o a otras personas a quienes éste designe. Junto a ello, la imposición de cantidades al comprador es una forma más débil de no competencia en la que los incentivos u obligaciones acordados entre el proveedor y el comprador llevan a este último a concentrar gran parte de sus compras en un único proveedor.

4. Extinción

En cuanto a la extinción de estos contratos cabe distinguir, los pactados con duración determinada y los concertados por tiempo indefinido, a los que se asimilarían aquellos en que no se hubiera fijado una duración determinada. El contrato convenido por tiempo determinado se extinguirá por cumplimiento del término pactado, sin que se prevea una solución similar a la dispuesta en materia de agencia, conforme a la cual, los contratos por tiempo determinado que continúen siendo ejecutados por ambas partes después de transcurrido el plazo inicialmente previsto, se consideran transformados en contratos de duración indefinida. Por su parte, el contrato de duración indefinida se extinguirá por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso por escrito, aunque este no esté previsto en el contrato, por aplicación del principio de buena fe. El preaviso debe ser razonable, esto es, proporcionado en relación con el tiempo en que estuvo vigente la relación y las inversiones exigidas al distribuidor. El incumplimiento de la obligación de preavisar dará derecho a la otra parte a exigir una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha causa.

Con todo, los mayores problemas que originan este tipo de contratos se concentran en torno a la inexistencia de previsiones sobre el destino del *stock* sobrante y de posibles indemnizaciones a favor del distribuidor por inversiones no

amortizadas impuestas por el proveedor, y por clientela. Al respecto del *stock*, hay que tener en cuenta que su fabricación o adquisición suele ser impuesta contractualmente, y que normalmente no podrá ser distribuido tras la finalización del contrato; bien, porque, de no haberse agotado el derecho de marca, supone una infracción del mismo; bien, porque puede suponer una violación de las normas sobre competencia desleal; bien, simplemente, porque la circunstancia de no poder aparecer ya como distribuidor impide de hecho la comercialización. Es importante retener a estos efectos que la extinción del contrato comprende la obligación del distribuidor de no utilizar material publicitario alguno que induzca o pueda inducir a confusión sobre la permanencia del contrato de distribución, debiendo retirar de la denominación social, del rótulo del establecimiento y de cualquier material publicitario, cualquier indicación relativa a dicho contrato.

V. CONTRATO DE FRANQUICIA

El contrato de franquicia es aquel por el que una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa, indirecta o ambas, el derecho a la explotación de una franquicia, sobre un negocio o actividad mercantil que el primero venga desarrollando anteriormente con suficiente experiencia y éxito, para comercializar determinados tipos de productos o servicios, y que comprende, por lo menos el uso de una denominación o rótulo común u otros derechos de propiedad intelectual o industrial y una presentación uniforme de los locales o medios de transporte objeto del contrato, la comunicación por el franquiciador al franquiciado de unos conocimientos técnicos o un saber hacer, que deberá ser propio, sustancial y singular, y la prestación continúa por el franquiciador al franquiciado de una asistencia comercial, técnica o ambas durante la vigencia del acuerdo; todo ello sin perjuicio de las facultades de supervisión que puedan establecerse contractualmente (art. 2 RD 201/2010 de 26 febrero relativo al ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores, dictado en desarrollo del art. 62 LOCM).

Los acuerdos de franquicia contienen licencias de derechos de propiedad intelectual relativos, en particular, a marcas o signos registrados, y conocimientos técnicos para el uso y la distribución de bienes o servicios. Además de la licencia de derechos de propiedad intelectual, el franquiciador generalmente facilita asistencia comercial o técnica al franquiciado durante la vigencia del contrato. La licencia y la asistencia son partes integrantes del método comercial objeto de franquicia. A cambio de todo ello, y, en especial, por el uso del método, el franquiciador suele recibir del franquiciado un canon.

A tenor de estas definiciones puede aceptarse que la franquicia es una modalidad de contrato de distribución siempre y cuando se tengan en cuenta las peculiaridades que, frente al resto de tipos, derivan de las licencias. En particular, de las de marcas y de las de conocimientos técnicos (know-how). Esta orientación permite aplicar a la franquicia las previsiones de régimen indicadas al respecto de los contratos de distribución con la advertencia de que han de combinarse con las que derivan de las licencias. En relación con estas, en especial con las de marca, cabe afirmar que, como regla general, el uso de la marca por un distribuidor no necesita de la autorización del titular de la marca, ya que no es este quien realiza normalmente el acto de introducción en el comercio del producto, sino el titular de la marca o un tercero con su consentimiento y, por lo tanto, el uso de la marca por los distribuidores para la venta de los productos identificados con ella se lleva a cabo una vez que se ha agotado el derecho de marca. Por el contrario en la franquicia suelen existir ese tipo de licencias, sobre todo en el ámbito de las de servicio, en las que la introducción se efectúa por el franquiciado, en un momento, pues, en que no se ha producido el agotamiento.

Con todo, no puede olvidarse que, junto a estas franquicias comerciales, existen las industriales en las que se faculta al franquiciado para la fabricación de productos sirviéndose de las patentes, procedimientos, conocimientos o técnicas del franquiciador, que no pueden considerarse contratos de distribución. En cualquier caso, respecto de las primeras ha de tenerse en cuenta el RD 201/2010 de 26 febrero citado por cuanto no se limita a regular el funcionamiento y organización del registro de franquiciadores, ni a dictar normas de rango administrativo, sino que afecta al contenido de la relación. En concreto impone al franquiciador ciertos deberes precontractuales de información al franquiciado (art. 3) y a este un deber de confidencialidad (art. 4). Junto a ello es importante retener que los acuerdos de franquicia permiten al franquiciador establecer, con inversiones limitadas, una red uniforme para la distribución de sus productos. Pero, habitualmente contienen una combinación de diferentes restricciones verticales relativas a los productos que se distribuyen, en especial mediante distribución selectiva, no competencia o distribución exclusiva, o formas más débiles de estas prácticas. Por este motivo están contemplados en las Directrices citadas relativas a las restricciones verticales.

Lección 5

Contratos publicitarios. Contratos relativos al alojamiento turístico. Contratos de restauración

SUMARIO: I. CONTRATOS PUBLICITARIOS. 1. Caracterización. 1.1. Concepto y clases. 1.2. Normativa aplicable. 2. Elementos personales. 2.1. El anunciante. 2.2. Las agencias de publicidad. 2.3. Los medios de publicidad. 3. El contrato de publicidad. 3.1. Concepto. 3.2. Contenido y cumplimiento. 3.2.1. Obligaciones de la agencia de publicidad. 3.2.2. Obligaciones del anunciante. 4. Contrato de creación publicitaria. 4.1. Concepto y normativa aplicable. 4.2. Contenido y cumplimiento. 5. Contrato de difusión publicitaria. 5.1. Concepto. 5.2. Contenido y cumplimiento. 5.2.1. Obligaciones del medio. 5.2.2. Obligaciones del anunciante o de la agencia. 6. Contrato de patrocinio. 6.1. Concepto. 6.2. Contenido y cumplimiento. 6.2.1. Obligaciones del patrocinador. 6.2.2. Obligaciones del patrocinado. 6.2.3. Cláusula de exclusiva. 7. Contrato de reclamo mercantil (merchandising). 8. Contrato de permuta publicitaria (bartering). II. CONTRATOS RELATIVOS AL ALOJAMIENTO TURÍSTICO. 1. Contrato de gestión hotelera. 1.1. Concepto y caracteres. Normativa aplicable. 1.2. Contenido. 1.2.1. Obligaciones del gestor. 1.2.2. Obligaciones del titular del establecimiento hotelero. 2. Contrato de reservas de plazas de alojamiento en régimen de cupo o contingente. 2.1. Concepto y caracteres. Normativa aplicable. 2.2. Contenido. 3. Contrato de hospedaje. 3.1. Concepto y caracteres. Normativa aplicable. 3.2. Contenido. 3.2.1. Obligaciones del titular del establecimiento hotelero. 3.2.2. Obligaciones del huésped. 4. Contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico. 4.1. Concepto y normativa aplicable. 4.2. Régimen general. 4.2.1. Caracterización. 4.2.2. Publicidad e información. 4.2.3. Derecho de desistimiento y prohibición de anticipos. 4.3. Régimen especial del aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico. III. CONTRATOS DE RESTAURACIÓN. 1. Contrato de hostelería. 2. Contrato de catering. 3. Contrato de banqueting.

I. CONTRATOS PUBLICITARIOS

1. Caracterización

1.1. Concepto y clases

Los contratos publicitarios son aquellos que versan sobre actividades publicitarias (art. 7 LGP). En especial constituyen actividades publicitarias todas aquellas que consisten en formas de comunicación realizadas con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes, servicios, derechos y obligaciones, aunque no se excluyen otras (art. 2 LGP). Existen dos grandes categorías de contratos de esta índole, según se entienda la locución en sentido amplio o estricto. La noción amplia de contrato publicitario se caracteriza porque el tipo de actividad publicitaria que constituye su objeto está delimitada en atención a la concurrencia cumulativa de dos elementos: i) un elemento estructural (comunicación colectiva); ii) un elemento funcional (la promoción de determinadas actitudes o comportamientos entre el público). En este concepto amplio se incluirían,

por ejemplo, la propaganda de carácter religioso, político o social, así como la publicidad institucional.

Estrictamente considerado, el contrato publicitario requiere la presencia de estos mismos elementos, pero el funcional está especialmente cualificado por la finalidad de la promoción, que no comprende la realización por terceros de cualquier acto, sino específicamente la de promover la contratación de bienes, servicios, derechos y obligaciones en beneficio del sujeto emisor. Por ese mismo motivo, se exige la presencia de un tercer elemento, el subjetivo, a cuyo tenor el sujeto emisor ha de ser un empresario, artesano o profesional que pretende promover los negocios propios de su actividad empresarial, artesana o profesional.

En cuanto a sus clases la LGP regula el contrato de publicidad, el de creación publicitaria, el de difusión publicitaria y el de patrocinio. Pero se hará referencia también a los contratos de reclamo mercantil (*merchadising*) y de permuta publicitaria (*bartering*), debido a su implantación en la práctica.

1.2. Normativa aplicable

Los contratos publicitarios están regulados en la LGP y, subsidiariamente, en las reglas generales de Derecho Común (art. 7 LGP), locución que debe reformularse entendiendo que se aplican en primer término las normas mercantiles y, en segundo lugar, las de Derecho Civil, dado el carácter mercantil de estos contratos, que deriva de su finalidad y de la condición de empresario de las agencias y medios de publicidad. Acerca de este extremo es importante destacar que la aplicación de las normas de la LGP a la actividad publicitaria no comercial comprendida en la acepción amplia de contrato publicitario se limita a las normas contractuales, no abarca la disciplina sobre publicidad ilícita prevista en la LGP (arts. 2 y 7 LGP), ni sobre publicidad desleal, incluida en la LCD. En este último caso porque la LCD exige que el acto desleal reúna tres requisitos. Además de que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe (art. 4.1 LCD), en particular, que se realice en el mercado (art. 2.1. LCD), y, sobre todo, que se ejecute con fines concurrenciales (art. 2.1 LCD), presumiéndose la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero (art. 2.2 LCD). En consecuencia, se excluyen de la noción los actos realizados con una finalidad distinta a la concurrencial y, por ende, la publicidad no comercial.

Por otra parte, hay que tener en cuenta la normativa prevista en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA). Aunque se trata de un texto de carácter administrativo que, por tanto, impone prohibiciones y sanciones de naturaleza pública, su contenido influye en aspectos relevantes del contenido de los contratos publicitarios.

2. *Elementos personales*

Los elementos personales de los contratos publicitarios son los anunciantes, las agencias de publicidad y los medios de publicidad.

2.1. El anunciante

El anunciante es la persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad (art. 8 LGP). Es quien ordena las concretas actuaciones publicitarias celebrando los correspondientes contratos con los profesionales de la publicidad y con los medios, quienes actúan en todo caso por su cuenta o en su interés, con independencia de que se contrate o no en su nombre. A consecuencia de ello asume la responsabilidad de la realización publicitaria y de su difusión frente a terceros, sin posibilidad de exoneración, limitación o delegación, según previene el art. 11 LGP. Este precepto prohíbe incluir en los contratos publicitarios cláusulas de exoneración, imputación o limitación de la responsabilidad frente a terceros en que puedan incurrir las partes como consecuencia de la publicidad. Ahora bien, es obvio que un pacto semejante carecería en todo caso de eficacia frente a terceros (arts. 1257 y 1911 Cciv). Por este motivo, al objeto de preservar su aplicabilidad, es obligado considerar que lo que instituye es una prohibición de distribuir internamente el régimen de responsabilidad en que puedan incurrir las partes.

En cualquier caso, es la responsabilidad que se atribuye al anunciante la que justifica que la LGP le otorgue el derecho a controlar la ejecución de la campaña de publicidad (art. 10 I LGP). Aunque la LGP no lo diga de forma expresa se trata de un derecho de carácter irrenunciable ya que constituye la contrapartida de la responsabilidad total que la Ley le atribuye en relación con la ejecución de la publicidad. Por ese motivo, se extiende a la agencia y al medio. La LGP no prevé norma alguna aplicable a este derecho, de modo que será el contrato el que deberá determinarlas, junto con las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de las mismas por los sujetos intervinientes. No obstante, para garantizar este derecho, la LGP prevé la posibilidad de que las organizaciones sin fines lucrativos constituidas legalmente en forma tripartita por anunciantes, agencias de publicidad y medios de difusión comprueben la difusión de los medios publicitarios, y, en especial, las cifras de tirada y venta de publicaciones periódicas. Esta comprobación se hará en régimen voluntario (art. 10 II LGP). Asimismo la indisponibilidad de este derecho a controlar la ejecución de la publicidad constituye el fundamento de la obligación legal que se atribuye al anunciante de desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios (art. 9 LGP).

El anunciante no precisa ninguna cualificación especial. En particular no es necesario que ejerza una actividad empresarial o profesional, ni que pretenda promover la contratación de sus productos o servicios (art. 2 LGP).

2.2. Las agencias de publicidad

Las agencias de publicidad son las personas naturales o jurídicas que se dediquen profesionalmente y de manera organizada a crear, preparar, programar o ejecutar publicidad por cuenta de un anunciante (art. 8 II LGP). Se trata, pues, de personas que desarrollan las actividades empresariales de creación, preparación, programación o ejecución de la publicidad. En consecuencia adquieren en todo caso la condición de empresarios. Según el número de actividades que desarrollen, se distinguen las agencias de servicios plenos, que llevan a cabo todas ellas, de las agencias especializadas, que únicamente asumen alguno o algunos. Entre ellas, a su vez, cabe destacar las llamadas *boutiques creativas* o estudios, que desarrollan la actividad que constituye el objeto del contrato de creación publicitaria o las agencias de medios, que se dedican a la ejecución del contrato de difusión publicitaria. En este ámbito no obstante la agencia puede formalizar el contrato de difusión con el medio o recurrir, a su vez, a una central de compras, empresarios que tienen como actividad comprar espacios publicitarios a los medios por cuenta de los anunciantes y/o de las agencias que los precisan, respectivamente para realizar sus campañas publicitarias o las campañas publicitarias proyectadas por las agencias a favor de sus anunciantes.

En cualquier caso es importante retener que la agencia actúa siempre por cuenta del anunciante. En especial cuando se trata de la ejecución de la publicidad, aunque puede contratar en nombre de aquel o en nombre propio. En este ámbito actúa, pues, con un gestor de intereses ajenos.

2.3. Los medios de publicidad

Los medios de publicidad son las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que, de manera habitual y organizada, se dediquen a la difusión de publicidad a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenten (art. 8 III LGP). En su acepción objetiva el medio es el vehículo o soporte de la comunicación. Con la expresión vehículo se hace referencia a ámbitos genéricos de comunicación social (prensa, radio, televisión, internet...), dentro de los cuales se diferencian los distintos soportes como subcanales de comunicación que sostienen la publicidad (vgr. determinada cadena de televisión o periódico o cierto programa radiofónico). En sentido subjetivo, es la persona titular del vehículo o soporte de la comunicación y, como tal, decide los contenidos del soporte y divulga éste.

Cuando se trate de publicidad audiovisual, el medio adquiere la condición de prestador de servicios de comunicación audiovisual. Se entiende por tal la persona física o jurídica que tiene el control efectivo, esto es, la dirección editorial, sobre la selección de los programas y contenidos y su organización en un canal o en un catálogo de programas, incluyéndose al arrendatario de una licencia de comunicación audiovisual. Asimismo son servicios de comunicación audiovisual aquellos cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador del servicio y cuya principal finalidad es proporcionar, a través de redes de comunicaciones electrónicas, programas y contenidos con objeto de informar, entretener o educar al público en general, así como emitir comunicaciones comerciales (art. 2.1 y 2 LGCA). Se entiende por responsabilidad editorial el ejercicio de control efectivo tanto sobre la selección de los programas como sobre su organización. Hay que tener en cuenta, no obstante, que la responsabilidad editorial no implica necesariamente una responsabilidad legal por los contenidos o los servicios prestados (art. 2.13 LGCA). Sin embargo, los medios asumen la obligación legal de deslindar perceptiblemente las afirmaciones efectuadas dentro de su función informativa de las que hagan como simples vehículos de publicidad (art. 9 LGP), que expresa el principio de autenticidad publicitaria. Manifestación de este principio constituye también la prohibición de comunicaciones comerciales encubiertas (arts. 18.2 y 2.32 LGCA)

3. El contrato de publicidad

3.1. Concepto

Contrato de publicidad es aquél por el que un anunciante encarga a una agencia de publicidad, mediante una contraprestación, la preparación, programación y ejecución de una determinada publicidad (art. 13 LGP). El contrato de publicidad es un contrato bilateral y sinalagmático que genera, por tanto, obligaciones para ambas partes. Se trata también de un contrato consensual, que se perfecciona por el mero consentimiento sin requerir forma especial. Su naturaleza jurídica es la de contrato de obra por empresa (artículos 1588 a 1600 Civ).

3.2. Contenido y cumplimiento

3.2.1. Obligaciones de la agencia de publicidad

La agencia de publicidad asume la obligación principal de preparar y ejecutar la publicidad en el tiempo pactado, contratando para ello con los medios de difusión la prestación de los servicios necesarios. En la ejecución de esta obligación deberá emplear la máxima diligencia cuidando el negocio como propio (art. anal.

ex art. 255 Ccom). En especial deberá controlar la ejecución de la difusión que lleven a cabo los medios de publicidad. Se obliga asimismo a seguir las instrucciones del anunciante. Para garantizar el cumplimiento de esta obligación se compromete a suministrarle la información oportuna y se otorga al anunciante el derecho a supervisar la ejecución de la campaña de publicidad. Por otro lado, la agencia no se limita a la ejecución de la publicidad, sino que se obliga además a crearla, prepararla o programarla. A este respecto, cuando la agencia realice creaciones publicitarias, se aplicarán también las normas del contrato de creación publicitaria (art. 13 II LGP). En cualquier caso, la agencia deberá abstenerse de utilizar la información o material publicitario que el anunciante le haya facilitado a efectos del contrato para fines distintos de los pactados (art. 14 LGP).

Si la publicidad no se ajustase en sus elementos esenciales a los términos del contrato o a las instrucciones expresas del anunciante, se considera que existe cumplimiento defectuoso, no incumplimiento del contrato, por lo que el anunciante no está autorizado a resolver el contrato, sino solo a exigir una rebaja de la contraprestación o la repetición total o parcial de la publicidad en los términos pactados, y la indemnización, en uno y otro caso, de los perjuicios que se le hubieren irrogado (art. 15 LGP). Con todo, este supuesto no concurre cuando la publicidad no resulte del gusto del anunciante, si no se ha previsto nada al respecto en el contrato, ni contraviene ninguna instrucción expresa del mismo. La falta de identidad entre el resultado pactado y el obtenido tampoco podrá referirse al rendimiento económico o a los resultados comerciales de la publicidad, teniendo en cuenta lo previsto al respecto en el art. 12 LGP. Existe incumplimiento cuando la agencia injustificadamente no realiza la prestación comprometida o lo hace fuera del término establecido. En este caso el anunciante podrá resolver el contrato y exigir la devolución de lo pagado, así como la indemnización de daños y perjuicios (art. 16 LGP). Por consiguiente el incumplimiento se produce no solo si la agencia no realiza la prestación comprometida, sino también cuando lo hace fuera del término establecido. Como ocurre en otros contratos mercantiles, este precepto equipara el cumplimiento tardío al incumplimiento total de la prestación. La referencia al carácter injustificado del incumplimiento induce a considerar que la responsabilidad se excluye en los supuestos de fuerza mayor o caso fortuito, limitándose por tanto su exigencia a las hipótesis de incumplimiento doloso o culpable. En definitiva las misma solución que deriva de la aplicación de las normas comunes sobre responsabilidad contractual (arts. 1124 y 1105 Cciv).

3.2.2. *Obligaciones del anunciante*

El anunciante asume la obligación de proporcionar a la agencia los medios y la información necesaria para que pueda ejecutar su prestación, la fundamental de

pagar la remuneración convenida, que suele consistir en un porcentaje del importe bruto de lo facturado por la agencia al anunciante como coste del empleo de los medios de difusión, y la de abstenerse de utilizar cualquier idea, información o material publicitario suministrado por la agencia para fines distintos de los pactados (art. 14 LGP). Sin embargo, cuando el contrato incluya también la creación publicitaria ha de tenerse en cuenta la presunción de cesión en exclusiva de los derechos de explotación de las creaciones publicitarias prevista en el artículo 21 II LGP, al que remite el artículo 13 II LGP.

Si el anunciante resolviera o incumpliere injustificada y unilateralmente el contrato con la agencia, sin que concurran causas de fuerza mayor, o lo cumpliera sólo de forma parcial o defectuosa, la agencia podrá exigir la indemnización por daños y perjuicios a que hubiere lugar (art. 16 LGP). Se entiende, no obstante, que si el anunciante incumple sustancialmente el contrato concurriendo culpa, la agencia podrá exigir el cumplimiento o la resolución, además de la indemnización (art. 1124 Cciv). La extinción del contrato no afectará a los derechos de la agencia por la publicidad realizada antes del incumplimiento (art. 16 LGP).

4. Contrato de creación publicitaria

4.1. Concepto y normativa aplicable

Contrato de creación publicitaria es aquél por el que una persona se obliga a favor de un anunciante o agencia a idear y elaborar un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario, a cambio de una contraprestación dineraria (art. 20 LGP). Por tanto, el objeto del contrato consiste en *idear* y también *elaborar* o plasmar materialmente un proyecto de campaña completo, una parte de la misma o cualquier elemento publicitario. En consecuencia, el objeto de este contrato es una obra publicitaria, esto es, una creación intelectual en sentido amplio. Esta apreciación permite concluir que se trata de un contrato de resultado y que dicho resultado consiste precisamente en la obra publicitaria, no en un resultado comercial o económico. Aunque de forma técnicamente difusa, el art. 12 LGP corrobora esta afirmación cuando dispone que se tendrá por no puesta cualquier cláusula por la que, directa o indirectamente, se garantice el rendimiento económico o los resultados comerciales de la publicidad, o se prevea la exigencia de responsabilidad por esta causa (art. 12 LGP).

Esa misma conclusión obliga a considerar que la naturaleza del mismo es la propia del arrendamiento de obra (arts. 1544 y concordantes Cciv), en tanto que,

en definitiva, se contrata a alguien para que alcance un resultado creativo concreto. De forma que, en defecto de norma expresa, el régimen jurídico del contrato habrá de construirse sobre la base de la disciplina del arrendamiento de obra en su modalidad mercantil, esto es, contrato de obra por empresa.

4.2. Contenido y cumplimiento

La principal obligación del creador es ejecutar el resultado publicitario, esto es, crear la obra publicitaria y cederla a la contraparte. Dispone el art. 21 LGP que la creación publicitaria puede gozar de los derechos de propiedad intelectual cuando reúna los requisitos exigidos por las disposiciones vigentes. En tal caso, no obstante, la LGP presume, salvo pacto en contrario, que los derechos de explotación de estas creaciones publicitarias han sido cedidos en exclusiva al anunciante o agencia en virtud del contrato de creación publicitaria y para los fines previstos en el mismo (art. 21 LGP).

La LGP parte, por tanto, de la atribución de la titularidad de los posibles derechos de la propiedad intelectual a la persona a la que se hubiera realizado el encargo que, a su vez, cederá, salvo pacto en contrario, el derecho de explotación de los mismos al anunciante o a la agencia. En la medida en que el resultado es la obra publicitaria como creación del intelecto, la cesión no puede restringirse al soporte en el que se plasme, sino que se extiende a la creación como bien inmaterial. El art. 21 corrobora esta afirmación al referirse a la cesión de los derechos de explotación en toda su extensión, que, por tanto, se entenderá remunerada con la contraprestación pactada para el contrato de creación publicitaria. La referencia la cesión induce a considerar que no hay una mera licencia de uso de esos derechos, sino una cesión, que, en puridad, equivale a la transmisión definitiva de los derechos. Sin embargo, el precepto consigna que la *cesión* se realiza sólo para los fines previstos en el contrato, lo que parece incompatible con la naturaleza de la cesión, aproximando la figura a la licencia. Tampoco aclara la LGP a qué extremos podrá venir referido el pacto en contrario al que alude. La exclusión de la autorización para la explotación del resultado de la creación publicitaria protegida carece de sentido en un acuerdo con el que se busca precisamente la utilización del proyecto o de los elementos encomendados. El pacto en contrario podría venir referido, por tanto, a la ampliación de la autorización de uso, a otros medios distintos al inicialmente previsto, a la posibilidad de pactar la transmisión propiamente dicha de los derechos a la agencia o al anunciante o al carácter no exclusivo de la licencia.

De otro lado, los límites relativos a la finalidad para la que podrá utilizarse la creación, así como el ámbito territorial y temporal para los que se presume cedi-

do el derecho de explotación vendrán determinados por el contrato de creación publicitaria. En defecto de pacto sobre estos particulares lo procedente es recurrir a la normativa específica reguladora de las distintas modalidades de licencia de derechos de la propiedad intelectual, en caso de que la creación publicitaria engendre derechos de este tipo. De modo que, en cuanto a la limitación temporal, para el supuesto concreto de la licencia de marca la duración se extenderá a la del registro, incluidas las renovaciones (art. 48.4 LM). Sin embargo, para los derechos de propiedad intelectual la falta de mención del tiempo limita la transmisión a cinco años (art. 43 LPI). En ambos casos se presume que el ámbito territorial para el que se cede la explotación es el territorio nacional.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que, en materia de cumplimiento defectuoso e incumplimiento se aplicarán las normas establecidas para el contrato de publicidad, en la medida en que no sean incompatibles con la naturaleza del contrato de creación publicitaria. Cuando el contrato se concierte con la agencia de publicidad con la que se ha suscrito el contrato de publicidad se aplicarán, como es obvio, las disposiciones relativas a los dos contratos (art. 13 LGP).

5. Contrato de difusión publicitaria

5.1. Concepto

Contrato de difusión publicitaria es aquél por el que un medio se obliga en favor de un anunciante o agencia a permitir la utilización publicitaria de unidades de espacio o de tiempo disponible y a desarrollar la actividad técnica necesaria para lograr el resultado publicitario, a cambio de una contraprestación fijada en tarifas preestablecidas (art. 17 LGP). Sobre el medio hay que recordar aquí la doble acepción subjetiva y objetiva que se desprende del art. 8 LGP, que considera medios de publicidad a las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que, de manera habitual y organizada, se dediquen a la difusión de publicidad a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenten. Es en el sentido subjetivo en el que el medio es parte del contrato de difusión relativo al uso publicitario de los espacios del vehículo o soporte del que es titular.

5.2. Contenido y cumplimiento

5.2.1. Obligaciones del medio

El medio asume como obligación no solo la de ceder un espacio y un tiempo en el soporte de difusión, sino particularmente la de desarrollar la actividad téc-

nica necesaria para lograr el resultado publicitario. Esta última es la obligación específica y característica, que excluye del contrato de difusión la mera cesión de espacios para uso publicitario, sin prestación de actividad técnica alguna (vgr. vallas publicitarias, fachadas de inmuebles, vehículos de motor). En estos casos existe un simple arrendamiento de cosa. Ahora bien, la obligación que asume no es de medios, sino de resultado, dado que no es suficiente con realizar la actividad necesaria para lograr la difusión del mensaje, sino que es necesario que el resultado publicitario, que consiste en la divulgación entre su audiencia de la publicidad pactada, se produzca. Es lo que hay que deducir de las previsiones del art. 19 LGP cuando estima que existe incumplimiento de contrato cuando no se produce la difusión, salvo fuerza mayor. En consecuencia su naturaleza jurídica es la de arrendamiento de obra (arts. 1544 y ss. Cciv). Más concretamente, dado su carácter mercantil, se trata de un contrato de obra por empresa. De modo que, en defecto de previsión específica en la LGP, se aplicarán las normas de estos.

Por consiguiente la obligación principal del medio es difundir la publicidad entre su audiencia en los términos pactados. De hacerlo defectuosamente, por causas imputables a él, vendrá obligado a ejecutar de nuevo la publicidad en esos términos. Si la repetición no fuere posible, el anunciante o la agencia podrán exigir la reducción del precio y la indemnización de los perjuicios causados (art. 18 LGP). Si no la difunde, el anunciante o la agencia podrán optar entre exigir una difusión posterior en las mismas condiciones pactadas o denunciar el contrato con devolución de lo pagado por la publicidad no difundida. En ambos casos, el medio deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados (art. 19 LGP). Por el contrario, si la falta de difusión fuera imputable al anunciante o a la agencia, el responsable vendrá obligado a indemnizar al medio y a satisfacerle íntegramente el precio, salvo que el medio haya ocupado total o parcialmente con otra publicidad las unidades de tiempo o espacio contratadas (art. 19 LGP).

5.2.2. Obligaciones del anunciante o de la agencia

El contrato se concierta siempre por cuenta del anunciante, pero puede ser concluido en su propio nombre por la agencia de publicidad, con quien el anunciante suscribió el correspondiente contrato de publicidad, si así se ha previsto en este, o por el propio anunciante, en cuyo caso, se entiende que la agencia contratará con el medio en nombre y por cuenta de aquel. La agencia también puede utilizar una central de compras en los términos comentados en el epígrafe 2.2 anterior. La obligación principal de cualquiera de ellos es satisfacer al medio la contraprestación por la difusión pactada, según las tarifas preestablecidas por el medio (art. 17

LGP). Aunque la referencia a las tarifas carece de carácter imperativo por lo que puede pactarse cualquier contraprestación.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que, durante la campaña electoral, los partidos políticos federaciones, coaliciones y agrupaciones que concurran a las elecciones no pueden suscribir este tipo de contratos para hacer publicidad electoral en los medios de comunicación de titularidad pública ni en las emisoras de televisión privada. Tienen derecho, no obstante, a espacios gratuitos de propaganda en las emisoras de televisión y de radio de titularidad pública conforme a lo establecido en la LO de Régimen Electoral (art. 60 Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para la publicidad electoral).

6. *Contrato de patrocinio*

6.1. Concepto

El contrato de patrocinio publicitario, también denominado de esponsorización, es aquél por el que el patrocinado se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador, a cambio de una ayuda económica para la realización de la actividad a la que el patrocinado se dedique, que puede ser una actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole (art. 22 LGP). La amplitud con que la LGP se refiere a la actividad del patrocinado refiriéndola no sólo a actividades deportivas, sino también a las benéficas, culturales, científicas o de otra índole permite, entre otras circunstancias, incluir el patrocinio de programas de radio y televisión.

Al patrocinio de servicios de comunicación audiovisual o de programas se refiere la LGCA señalando que se considera patrocinio cualquier contribución que una empresa pública o privada o una persona física no vinculada a la prestación de servicios de comunicación audiovisual ni a la producción de obras audiovisuales haga a la financiación de servicios de comunicación audiovisual o programas, con la finalidad de promocionar su nombre, marca, imagen, actividades o productos (art. 2.29 LGCA). Y patrocinio cultural, cualquier contribución de una Institución, Empresa o Fundación a la producción de obras audiovisuales, programas de radio y televisión y/o contenidos digitales de temática cultural, social o de promoción del deporte, con la finalidad de promocionar su actividad, marca y/o imagen o como expresión de su responsabilidad social corporativa (art. 2.30 LGCA). En este ámbito, se prohíbe el patrocinio de programas de contenido informativo de actualidad (art. 16 LGCA).

6.2. Contenido y cumplimiento

6.2.1. *Obligaciones del patrocinador*

La obligación fundamental del patrocinador es prestar la ayuda económica comprometida para la realización de la actividad del patrocinado, por ejemplo, la deportiva, si se trata de una sociedad anónima deportiva. La ayuda puede consistir en dinero o en otro tipo de contraprestación. La característica fundamental del contrato es la condición de benefactor del patrocinador respecto de la actividad del patrocinado, que falta en el contrato de difusión publicitaria. Por eso, a pesar de las analogías que existen entre ambos, la LGP dispone que el contrato de patrocinio publicitario se regirá por las normas del contrato de difusión publicitaria solo en cuanto le sean aplicables (art. 22 LGP). Ahora bien, tal característica ha de entenderse de modo lato ya que, a pesar de ello, el contrato de patrocinio no es de carácter gratuito, sino oneroso, puesto que la colaboración se presta no con ánimo de liberalidad, sino para obtener la ventaja publicitaria correspondiente. Esta circunstancia diferencia el contrato de patrocinio del el mecenazgo. El mecenazgo se obliga a realizar una atribución patrimonial con ánimo de liberalidad, sin esperar nada a cambio.

6.2.2. *Obligaciones del patrocinado*

El patrocinado se compromete a realizar la actividad patrocinada haciendo expresa la publicidad pactada a favor de su patrocinador en los términos acordados, debiendo rendir cuenta de la utilización de la ayuda percibida. Sin embargo no promueve de forma directa la contratación de los productos o servicios del patrocinador, ni ensalza sus cualidades, como sucede, al contrario, en el mensaje publicitario tradicional. Se limita a conectar su actividad con los signos distintivos del patrocinador, tratando de producir en los destinatarios una asociación entre ambos y, de este modo, una conexión entre el reconocimiento o la buena fama del patrocinado y los productos o servicios de patrocinador que induzca, indirectamente, a la contratación. Ahora bien, estas expectativas no se integran en la estructura jurídica del contrato. El resultado publicitario que constituye su objeto se limita a hacer expresa la publicidad al realizar la actividad, no comprende expectativas de ganancias, ni resultados económicos (art. 12 LGP).

En caso de patrocinio de programas audiovisuales, el público debe ser claramente informado del patrocinio al principio, al inicio de cada reanudación tras los cortes que se produzcan o al final del programa mediante el nombre, el logotipo, o cualquier otro símbolo, producto o servicio del patrocinador.

Por otro lado, el patrocinio no puede condicionar la independencia editorial. Tampoco puede incitar directamente la compra o arrendamiento de bienes o servicios, en particular, mediante referencias de promoción concretas a éstos. Además, el patrocinio no puede afectar al contenido del programa o comunicación audiovisual patrocinados, ni a su horario de emisión, de manera que se vea afectada la responsabilidad del prestador del servicio de comunicación audiovisual (art. 16 LGCA).

6.2.3. *Cláusula de exclusiva*

La exclusiva a favor del patrocinador ha de ser expresamente acordada en lo que se refiere a su duración y excepciones. Asimismo, la cláusula de prioridad o de contratación preferente en caso de prolongación de la actividad patrocinada, debe ser, asimismo, expresamente acordada. Ninguna de las dos constituye elemento esencial, ni tan siquiera natural del contrato.

7. *Contrato de reclamo mercantil (merchadising)*

El contrato de reclamo mercantil, más conocido por su denominación anglosajona, esto es, *merchandising*, es aquél por el que el titular de un derecho de la personalidad o de un bien inmaterial protegido por un derecho de exclusiva y susceptible de resultar atractivo para el público, cede su uso a un empresario como medio de atraer clientela hacia los productos o servicios que ofrece en el mercado, a cambio de una contraprestación. Pueden ser objeto del mismo, por tanto, el nombre y/o la imagen de una persona física, así como las creaciones protegidas por el derecho de la propiedad intelectual y las marcas, entre otros.

Se trata de un contrato no regulado en la Ley, pero de notable difusión en la práctica, cuyos contornos pueden precisarse en atención a ella teniendo en cuenta su naturaleza de cesión de uso de derechos de la personalidad o bienes inmateriales. En efecto, a pesar de la diversidad de los posibles objetos, en todos los casos el esquema contractual es el mismo, el de la licencia, ya sea de derechos de imagen, de derechos de autor o de marcas, que constituyen, pues, los regímenes jurídicos de referencia para la regulación de este contrato.

Teniendo en cuenta esos modelos y la específica finalidad del *merchadising*, el titular del derecho de la personalidad o del bien inmaterial objeto del contrato vendrá obligado a mantener al cesionario en su uso de manera pacífica en la forma y durante el período pactado, así como a observar una conducta que no menoscabe el atractivo público de aquellos en relación con los productos o servicios para los que se ha cedido. Por su parte, el cesionario deberá servirse del derecho

o del bien inmaterial cedido conforme a su naturaleza y en relación con los productos o servicios convenidos, evitando cualquier utilización, que, por su forma o contenido, pueda afectar a la dignidad del titular del derecho de la personalidad o menoscabar el atractivo público del bien inmaterial cuyo uso se ha cedido.

8. *Contrato de permuta publicitaria (bartering)*

El contrato de permuta publicitaria, conocido igual que el anterior por su denominación anglosajona, esto es, *bartering*, es aquel por el que un anunciante, o una agencia de publicidad, se obliga a poner a disposición de un medio de comunicación una producción literaria, radiofónica o audiovisual que aparece vinculada a la publicidad de sus bienes o servicios, a cambio de la cesión por dicho medio del espacio y tiempos necesarios para su difusión. Una de las modalidades más comunes es aquella en que el anunciante produce un programa de radio o de televisión y lo entrega a un medio para que lo difunda a cambio de realizar gratuitamente publicidad dentro de ese programa.

Es también un contrato legalmente atípico cuyo régimen jurídico puede, no obstante, integrarse en razón de la analogía, con normas del contrato de difusión publicitaria, en el caso de las que asume el medio de comunicación. Y por las normas del contrato de creación publicitaria, en relación con las obligaciones del anunciante o de la agencia de publicidad. Al respecto de estos, en particular, puede considerarse que las producciones objeto del contrato de permuta publicitaria, gozarán de los derechos de propiedad intelectual establecidos por las disposiciones vigentes, cuando reúnan los requisitos exigidos en las mismas, pero los derechos de explotación de dichas producciones, se presumirán, salvo pacto en contrario, cedidos en exclusiva al medio de difusión, para los fines previstos en dicho contrato.

II. CONTRATOS RELATIVOS AL ALOJAMIENTO TURÍSTICO

1. *Contrato de gestión hotelera*

1.1. Concepto y caracteres. Normativa aplicable

El contrato de gestión hotelera es aquel mediante el cual el titular de un establecimiento hotelero confía su dirección y administración a un empresario, denominado gestor hotelero, que la lleva a cabo en nombre y por cuenta de su titular, pero integrando dicho establecimiento en una cadena o red de establecimientos

similares, que también gestiona, e identificándole con los mismos signos de esta, todo ello a cambio de una retribución.

El contrato carece de regulación legal, pero está dotado de una elevada tipicidad social derivada de su uso en el tráfico. Conforme a ella se trata de un contrato mercantil, dada la condición de empresario de, al menos, una de las partes, el gestor, y de la índole de su objeto, que es el desarrollo de una empresa, en este caso de prestación de servicios hoteleros. Es asimismo un contrato consensual, bilateral y de tracto sucesivo, pues su duración ordinaria oscila entre los diez y quince años prorrogables. En atención a estos caracteres su disciplina jurídica habrá de integrarse por las normas generales sobre contratación con las especialidades propias de la mercantil y atendiendo a la normativa de los contratos próximos como puede ser el de comisión mercantil ya que el gestor actúa en nombre y por cuenta del titular del establecimiento.

1.2. Contenido

1.2.1. *Obligaciones del gestor*

La principal obligación del gestor hotelero es administrar el hotel. Se trata de una obligación de contornos amplios que incluye la realización de todos los actos necesarios o convenientes para la adecuada explotación del establecimiento. Su contenido suele estar especificado en las cláusulas contractuales en las que es usual incluir la obligación de formar al personal, la de proveer la ocupación de los altos cargos, como el Director del hotel, la de contratar los servicios y suministros necesarios para el desarrollo de la actividad hostelera. Sin perjuicio de ello, la índole de la obligación que asume y, sobre todo, la condición de gestor de intereses ajenos que asume el gestor hotelero le imponen dos deberes específicos cuyo fundamento se encuentra en la analogía con el resto de relaciones en que se advierte esta misma característica. Se trata de los deberes de diligencia y lealtad. Este último le obliga a perseguir los intereses del titular por encima de los propios, prohibiéndole la obtención de ventajas a costa del primero. Esa misma condición justifica que el gestor esté obligado a someterse a las instrucciones del titular en la ejecución de su obligación de administrar, a informarle de las cuestiones relevantes y a rendirle cuentas.

Esta obligación constituye la diferencia esencial entre el contrato de gestión hotelera y la franquicia hotelera, pues en el contrato de gestión quien gestiona es el gestor hotelero; mientras que en la franquicia lo hace el propietario, quien, por tanto, retiene el riesgo de explotación.

1.2.2. *Obligaciones del titular del establecimiento hotelero*

La principal obligación del titular del establecimiento hotelero es abonar al gestor la remuneración pactada, que suele consistir en el abono de una comisión, fija o variable en función de los resultados. Debe asimismo hacerse cargo de los gastos derivados de la administración ya que el gestor actúa en su nombre y por su cuenta. Por tanto asume en exclusiva la responsabilidad frente a terceros.

2. *Contrato de reservas de plazas de alojamiento en régimen de cupo o contingente*

2.1. Concepto y caracteres. Normativa aplicable

El contrato de reserva de un cupo de plazas de alojamiento, también llamado contrato de reserva de plazas de alojamiento en régimen de contingente, es aquel mediante el cual el titular o gestor de un establecimiento hotelero se compromete frente a un empresario, normalmente una agencia de viajes, a tener a disposición de esta última hasta un determinado número de plazas de alojamiento en las fechas convenidas y a un precio preestablecido, concediéndola el derecho de usarlas o no, siempre que lo anuncie con la necesaria anticipación (preaviso o período de *release*), mediante el envío de la correspondiente lista de ocupación (*rooming list*), sin que deba abonar cantidad alguna por las plazas de alojamiento cuya reserva no confirme.

El contrato carece de regulación legal, pero, igual que el anterior, está dotado de una elevada tipicidad social derivada de su uso en el tráfico. Conforme a ella se trata de un contrato mercantil, dada la condición de empresarios de las dos partes, y de la índole de su objeto, que se enmarca en el contexto del desarrollo de la actividad empresarial propia de ambas. Es asimismo un contrato consensual y bilateral. En atención a estos caracteres su disciplina jurídica habrá de integrarse por las normas generales sobre contratación con las especialidades propias de la mercantil y atendiendo a la normativa de los contratos próximos como puede ser el de opción de compra ya que el empresario hotelero se obliga a mantener la disponibilidad de las plazas concediendo a la agencia la opción de concertar o no los correspondientes contratos de hospedaje a favor de terceros.

2.2. Contenido

En el contenido del contrato destaca el hecho de que se considera que la agencia de viajes renuncia al derecho de uso de todas las plazas reservadas si no envía

la lista de ocupación, y de las no incluidas en dicha lista, si la envía, sin que, en ninguno de los dos casos, deba abonar las plazas no confirmadas. Únicamente se obliga a pagar las plazas reservadas y posteriormente confirmadas en la lista de ocupación. Con ese objeto habrá de concertar el correspondiente contrato de alojamiento o de viajes combinados con su cliente. Por tanto, la obligación de prestar alojamiento a este último no deriva del contrato de reserva, sino del eventual contrato de alojamiento o viajes combinados que la agencia suscribe con el cliente y del que no es parte el hotel. En consecuencia, el cliente no puede dirigirse al hotel reclamando el cumplimiento de este contrato, salvo que la agencia le permita la subrogación en su posición contractual frente al hotel, ni este puede exigir directamente el pago del alojamiento al cliente, sino que es la agencia de viajes la que establece relaciones jurídicas con ambos en virtud de dos contratos distintos; con el hotel le une el contrato de reserva de plazas de alojamiento y con su cliente un contrato de alojamiento o de viajes combinados.

Con fundamento en este último la agencia responde frente al cliente por la inadecuada ejecución de los servicios ofrecidos, aun cuando no son prestados por ella directamente, sino a través del empresario hotelero. Con fundamento en el primero, la agencia mantiene su obligación de abonar las plazas confirmadas, aunque dichas plazas no sean ocupadas por el incumplimiento del cliente con quien contrató, salvo que el hotelero haya logrado contratarlas a tercero, en cuyo caso la agencia se libera de la parte abonada por el ocupante.

3. Contrato de hospedaje

3.1. Concepto y caracteres. Normativa aplicable

Mediante el contrato de hospedaje el titular de un establecimiento de alojamiento (hotel, balneario, hotel rural, albergue) se obliga, a cambio de una contraprestación en dinero, a ceder al usuario (huésped o viajero) el uso de una unidad de alojamiento provista de mobiliario, equipo e instalaciones, a custodiar su equipaje, a revenderle ciertos objetos o energías industriales (agua, luz, teléfono) y a prestarle ciertos servicios complementarios variables (por ejemplo, limpieza, conserjería, alimentación, lavado y planchado de ropa, entre otros).

Aunque la Ley menciona ciertas pautas de su régimen jurídico, el contrato carece de una regulación completa. No obstante, su acusada tipicidad social permite atribuirle con seguridad ciertos caracteres de trascendencia para integrar su disciplina jurídica. En particular, cabe mencionar que se trata de un contrato consensual, bilateral y de carácter mercantil, debido, en este último caso, tanto a la condición de empresario del titular del establecimiento hotelero, como a la

índole de las prestaciones que constituyen su objeto en la medida en que suponen el ejercicio de una actividad empresarial.

A consecuencia de ello, su disciplina jurídica habrá de integrarse por las normas generales sobre contratación con las especialidades propias de la mercantil y atendiendo a la normativa de los contratos próximos como pueden ser el depósito, la compraventa o el arrendamiento.

Junto a ello deben tenerse en cuenta las disposiciones de carácter administrativo, de índole preferentemente autonómica, que regulan el ejercicio de la actividad de las empresas de hostelería. Entre ellas destacan las que establecen las calificaciones y categorías que pueden ser asignadas a los establecimientos hoteleros en función de los servicios y prestaciones que dispensen a los huéspedes. Suele distinguirse a estos efectos entre hoteles, que incluyen los hoteles en sentido estricto, los hoteles-apartamento, los hoteles-residencia y hoteles-apartamento-residencia; los hostales, que pueden ser hostales en sentido estricto u hostales-residencia, y las pensiones. Dentro de cada uno de estos grupos, el nivel de prestaciones y servicios está determinado por las estrellas que les han sido reconocidas, que pueden llegar hasta cinco en el caso de los hoteles en sentido estricto.

Ahora bien, dado el carácter de dichas normas su vulneración conlleva sanciones administrativas, no de carácter privado, por lo que no se traducen en derechos de los clientes susceptibles de ser opuestos por el huésped a los establecimientos hoteleros. No obstante, ciertos incumplimientos de las mismas pueden generar la responsabilidad de estos o el derecho de resolución del contrato en la medida en que sea posible entender que han pasado a formar parte de aquel, como sucede, sin duda con los servicios que se obligan a prestar en razón de la categoría que hayan anunciado, o cuando hayan adquirido la consideración de costumbre y, por ende, deban considerarse fuente del derecho privado. Adicionalmente, dependiendo de la consideración del usuario como consumidor, procederá la aplicación del TRLCU.

3.2. Contenido

3.2.1. *Obligaciones del titular del establecimiento hotelero*

Las obligaciones principales del empresario hotelero son de tres tipos; las relacionadas con la habitación y otras dependencias complementarias del establecimiento hotelero; las relacionadas con otros servicios que puedan prestarse al viajero durante su estancia; y las atinentes a los efectos o equipajes. En virtud de las primeras, el empresario hotelero está obligado a proporcionar y mantener al huésped en el uso y disfrute pacíficos de la unidad de alojamiento contratada,

durante el tiempo determinado en el contrato. En el caso, ordinario, de que el huésped no haya visitado la unidad con anterioridad a la perfección de contrato, ésta deberá reunir los requisitos y características mínimos exigibles a todas las que posean la calificación o categoría propia del establecimiento donde se encuentre.

Por el contrario, el uso de las dependencias complementarias, tales como salones, gimnasios, solariums, piscinas, pistas de tenis, etc., puede estar condicionado al pago de un sobreprecio. La obligación de prestar servicios distintos al de alojamiento, como puede ser la manutención, la limpieza y planchado de su ropa o el teléfono, está sometida a un régimen distinto en el que hay que distinguir el deber del empresario de poner tales servicios a disposición del huésped y su pago. En el primer aspecto, la existencia del deber depende de la categoría del establecimiento y de los anuncios previos que efectúe sobre cada uno de ellos. Sin embargo, en lo relativo a su pago, deben ser abonados con independencia del alojamiento ya que constituyen servicios que no forman parte del contenido esencial del contrato de hospedaje, sino de contratos específicos.

Finalmente, en cuanto al equipaje, el empresario asume una obligación de custodia impuesta legalmente en cuanto hayan sido introducidos en el establecimiento con conocimiento de su titular (art. 1783 Cciv). No es necesaria una comunicación expresa del huésped, sino que basta con que sea introducido en el establecimiento a la vista de cualquiera de los empleados y no de una manera clandestina. A consecuencia de este deber, el hotelero responde de los daños causados al equipaje ya provengan de sus empleados o de terceros con carácter objetivo o cuasiobjetivo, pues solo queda exonerado cuando el huésped no ha observado las prevenciones prescritas por el titular del establecimiento sobre el cuidado y vigilancia de los efectos o cuando la desaparición de los efectos se hubiere producido por *robo a mano armada* o fuere ocasionada *por otro suceso de fuerza mayor* (art. 1784 Cciv). Con todo, no existe verdadero depósito, entre otras razones, porque el huésped no entrega el equipaje al hotelero para que se lo guarde, ni queda éste, por tanto, obligado a devolver lo que no le ha sido entregado. Por consiguiente, existe verdadero depósito cuando se entregan los objetos para ser guardados en la caja del hotel, o cuando expresamente se solicita que sean consignados durante algún tiempo en otro lugar que no sea la propia habitación.

3.2.2. Obligaciones del huésped

La principal obligación que incumbe al huésped es la de satisfacer el precio de la habitación y el de cada uno de los servicios complementarios que hubiese contratado con el titular del hotel. Para el cobro del primero, este último goza del privilegio previsto por el art. 1922.5° Cciv. Por consiguiente, no alcanza a las

prestaciones o servicios complementarios que no formen parte del contenido propio del hospedaje, tales como gastos de aparcamiento, limpieza y planchado de la ropa, excursiones turísticas, etc., que puedan ser proporcionados con ocasión del referido hospedaje. De otro lado, el privilegio se traduce en un derecho de retención sobre los efectos introducidos en el hotel por el huésped, por lo que se pierde si aquellos salen del establecimiento.

El pago del precio se efectuará una vez recibido el servicio, esto es, en el momento de abandonar la habitación, salvo pacto en contrario. Ahora bien, si se ha efectuado una reserva previa hay que entender que la aceptación del titular del hotel ha perfeccionado el contrato y que, por ende, el huésped ha de resarcir al empresario aunque no llegue a ocupar la unidad de alojamiento. Esta obligación no deriva de las normas administrativas de índole autonómica que puedan imponer el derecho del titular del hotel a determinadas indemnizaciones a causa de las anulaciones sobrevenidas de sus reservas por parte de los clientes, puesto que la administración autonómica carece de competencias legislativas para ordenar la materia contractual mercantil. Es una consecuencia del incumplimiento del contrato por parte del huésped, por lo que el resarcimiento está supeditado a que no concurra causa de exoneración conforme a la normativa general, y el importe, en su caso, no tiene por qué coincidir con el precio de la unidad de alojamiento. Por los mismos motivos, otras obligaciones, como la de abandonar la unidad de alojamiento antes de determinada hora, tampoco pueden ser impuestas al huésped por disposiciones administrativas de índole autonómica. Requieren pacto entre las partes, salvo que deban estimarse derivadas de la costumbre, en cuyo caso la fuerza de obligar deriva de esta.

4. Contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico

4.1. Concepto y normativa aplicable

Se entiende por contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico aquel de duración superior a un año en virtud del cual un consumidor adquiere, a título oneroso, el derecho a utilizar uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un período de ocupación. Esta definición permite entender que la figura incluye no sólo a los contratos sobre bienes inmuebles, sino también otros con distinto objeto, como, por ejemplo, los contratos relativos a un alojamiento en embarcaciones o caravanas. En cambio, quedan excluidos los contratos que no se refieren a un alojamiento, como los de alquiler de terrenos para caravanas; así como otras fórmulas, tales como las reservas plurianuales de una habitación de hotel, en la medida en que no se trata de contratos, sino de reservas que no son vinculantes para el consumidor.

Este contrato está regulado en la Ley 4/2012 de 6 de julio de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.

4.2. Régimen general

4.2.1. Caracterización

El régimen general de este tipo de contratos los somete a diversas previsiones normativas dirigidas en particular a la protección del consumidor, considerado parte débil del mismo. Por este motivo, los consumidores no podrán renunciar a los derechos que se les reconocen, estimándose tal renuncia nula (art. 16 L 4/2012). Los derechos concedidos al consumidor pueden ser ejercitados en la vía judicial, en la que se le reconoce, en especial la acción de cesación (art. 21 L 4/2012), y en la extrajudicial, a través del arbitraje de consumo (art. 21 L 4/2012). Por otra parte, además de las consecuencias civiles previstas en la Ley especial, el incumplimiento por las empresas de sus disposiciones será sancionado como infracción en materia de consumo (art. 22 L 4/2012).

4.2.2. Publicidad e información

Las normas comprenden, en primer término, disposiciones específicas sobre publicidad y promoción, que obligan en particular a hacer constar en toda actividad de este tipo dónde puede obtenerse la información precontractual prevista en la Ley y a mantenerla a disposición del consumidor en todo momento durante el acto promocional; así como a indicar claramente la finalidad comercial y la naturaleza de dichos actos (art. 7 L 4/2012). Destacan asimismo las previsiones sobre información y, entre ellas, las relativas a la fase precontractual, que ha de ser suministrada mediante el formulario de información normalizado recogido en el anexo correspondiente de la Ley (art. 9 L 4/2012), y que debe incluir necesaria y explícitamente la existencia del derecho de desistimiento y la duración del plazo para ejercerlo, así como la prohibición del pago de anticipos durante dicho plazo (art. 10 L 4/2012). Dicha información precontractual formará parte integrante del contrato, que se formalizará por escrito y se redactará, en un tamaño tipográfico y con un contraste de impresión adecuado que resulte fácilmente legible. Al contrato se adjuntará en todo caso un formulario normalizado de desistimiento en documento aparte (art. 11 L 4/2012).

El incumplimiento de las previsiones sobre información faculta al consumidor a resolver la relación contractual, bastando para ello notificación fehaciente

al empresario, en la que se ponga de manifiesto la falta de información que el consumidor considere no proporcionada o suficiente, recayendo la carga de la prueba de la verdadera existencia y suficiencia de la misma en el empresario (art. 8 L 4/2012).

4.2.3. Derecho de desistimiento y prohibición de anticipos

Con todo, las previsiones de mayor relieve en defensa del consumidor son las relativas al derecho desistimiento y a la prohibición de anticipos. El primero le atribuye la facultad de desistimiento sin necesidad de justificación alguna en los términos previsto por la Ley y por el TRLGCU (art. 12 L 4/2012). Al tiempo, si se ejerce tal facultad, los contratos accesorios quedarán automáticamente sin eficacia, incluidos los de intercambio o de reventa, y los de préstamo, sin coste alguno para aquél (art. 15 L 4/2012). La prohibición del pago de anticipos comprende el pago de anticipos, la constitución de garantías, la reserva de dinero en cuentas, el reconocimiento expreso de deuda o cualquier contraprestación a favor del empresario o de un tercero y a cargo del consumidor, antes de que concluya el plazo de desistimiento, pudiendo el consumidor reclamar el duplo de las cantidades entregadas o garantizadas por tales conceptos en caso de contravención (art. 13 L 4/2012).

4.3. Régimen especial del aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico

La definición del contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico permite entender que la figura incluye no sólo los contratos sobre bienes inmuebles, sino también otros con distinto objeto. No obstante los primeros, están sometidos a una reglamentación adicional, que comprende la constitución del régimen de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles y la regulación del derecho de aprovechamiento.

El régimen de aprovechamiento por turno de un inmueble se constituirá por el propietario registral del inmueble mediante escritura pública, que se inscribirá en el Registro de la Propiedad.

Esta inscripción otorga el derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico. Este derecho consiste en la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, consecutivo o alternativo, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado

al efecto, así como del derecho a la prestación de los servicios complementarios, como pueden ser como pueden ser el de portería, limpieza de viviendas, cuidado de jardines, piscinas u otras zonas comunes.

De constituirse como derecho real de uso, no podrá denominarse multipropiedad, ni de cualquier otra manera que contenga la palabra propiedad, ni vincularse a una cuota indivisa de la propiedad. Por el contrario, cada uno de los derechos reales gravará, en conjunto, la total propiedad del alojamiento o del inmueble, según esté previamente constituida o no una propiedad horizontal sobre el mismo. La reunión de un derecho real de aprovechamiento y la propiedad, o una cuota de ella, en una misma persona no implica extinción del derecho real limitado, que subsistirá durante toda la vida del régimen (art. 23.4 L 4/2012). Esta será superior a un año y no excederá de cincuenta años, a contar desde la inscripción del mismo o desde la inscripción de la terminación de la obra cuando el régimen se haya constituido sobre un inmueble en construcción. Extinguido el régimen por transcurso del plazo de duración, los titulares no tendrán derecho a compensación alguna (art. 24 L 4/2012). Por su parte, sin perjuicio de las limitaciones que resultan del régimen y de las facultades de los titulares de los derechos de aprovechamiento por turno, el propietario del inmueble podrá libremente disponer de todo o parte de su derecho de propiedad con arreglo a las normas del Derecho privado.

Junto a la obligación de procurar el uso y disfrute del inmueble en las condiciones pactadas y con sujeción a la Ley, el propietario o promotor es responsable, frente a los titulares de derechos de aprovechamiento por turno, de la efectiva prestación de los servicios. Cualquier titular de un derecho de este tipo podrá reclamar del propietario la efectiva prestación de los servicios y las indemnizaciones que correspondan en el caso de que tal prestación no se efectúe.

III. CONTRATOS DE RESTAURACIÓN

1. *Contrato de hostelería*

El contrato de hostelería o de restauración se caracteriza por el suministro de mercaderías alimenticias para su consumo inmediato por los usuarios a cambio de compensación monetaria, comprendiéndose a su vez la prestación y ocupación del establecimiento y servicios auxiliares como iluminación, calefacción, higiénicos o similares. Aunque en el contrato ocupa una posición central el suministro de alimentos, también constituyen elementos esenciales del mismo los servicios prestados para la más adecuada ejecución del convenio. Por ese motivo, no es un contrato de compraventa de mercaderías, sino que se trata de un contrato atípico legalmente de naturaleza mixta. Es, además, un contrato mercantil, tanto

por la condición de empresario del titular del establecimiento, como porque las prestaciones que constituyen su objeto suponen el ejercicio de una actividad empresarial. Por este motivo, su disciplina jurídica habrá de integrarse por las normas generales sobre contratación con las especialidades propias de la mercantil y atendiendo a la normativa de los contratos próximos como pueden ser la compraventa o el arrendamiento. Si el cliente es consumidor se aplicarán las normas generales sobre protección de este.

2. *Contrato de catering*

Mediante el *catering*, una de las partes asume, mediante precio, el compromiso de elaborar, suministrar y, eventualmente, servir, una o dos veces al día y durante un período determinado (mensual, trimestral o anual) la comida que ha de consumir una determinada colectividad de personas que se hallan bajo la atención de la otra parte contratante. Su naturaleza jurídica es similar a la del contrato de hostelería en la medida en que ambos son contratos de restauración. Sin embargo, se diferencian en que el primero es un contrato instantáneo en atención al tiempo de su cumplimiento; mientras que el contrato de *catering* es contrato duradero o de tracto periódico, que se caracteriza por la prestación periódica de servicios de elaboración y suministro de comidas.

3. *Contrato de banqueting*

Es este otro contrato de restauración puesto que la prestación principal es la confección de alimentos y la distribución de los mismos entre los comensales. Frente a los demás se caracteriza por obligar a una de las partes a prestar servicios de organización (decoración y acondicionamiento del lugar de celebración, animación, discoteca, parque infantil, etcétera) de un evento determinado, como puede ser un banquete, un espectáculo, un congreso, una convención o una fiesta.

Por otro lado se diferencia del *catering* en que es, como el contrato de hospedaje, es un contrato de cumplimiento instantáneo, que se extingue con la realización de los servicios el día concertado.

Lección 6

Contratos bancarios (I)

SUMARIO: I. CARACTERIZACIÓN Y NORMATIVA APLICABLE. 1. Caracterización. 2. Normativa aplicable. II. OPERACIONES DE CRÉDITO PASIVAS. 1. Concepto. 2. Clases. 2.1. Depósitos a la vista. 2.2. Depósitos a plazo. III. OPERACIONES DE CRÉDITO ACTIVAS. 1. Préstamo. 2. Apertura de crédito. 2.1. Concepto y normativa aplicable. 2.2. Caracteres. 2.3. Deberes precontractuales. 2.3.1. Deberes de información y asistencia. 2.3.2. Deber de evaluar la solvencia. 2.4. Contenido. 2.4.1. Obligaciones anteriores al uso del crédito. 2.4.1.1. Obligaciones de la entidad de crédito. 2.4.1.2. Obligaciones del acreditado. 2.4.2. Obligaciones posteriores al uso del crédito. 2.4.2.1. Obligaciones de la entidad de crédito. 2.4.2.2. Obligaciones del acreditado. 2.5. Extinción. 2.5.1. Causas voluntarias. 2.5.1.1. Vencimiento del plazo. 2.5.1.2. La denuncia. 2.5.2. Causas involuntarias. 2.5.2.1. La resolución. 2.5.2.2. Otras causas. 2.5.3. La liquidación del saldo. 3. Créditos y préstamos participativos. 3.1. Concepto. 3.2. Normativa aplicable. 4. Créditos sindicados. 4.1. Concepto y caracteres. 4.2. El sindicato de entidades. 4.3. Contenido. 5. Descuento. 5.1. Concepto y función económica. 5.2. Naturaleza y distinción de contratos afines. 5.2.1. Descuento y endoso cambiario. 5.2.2. Descuento y cesión de créditos. 5.2.3. Descuento y compraventa. 5.2.4. Descuento y préstamo o apertura de crédito. 5.3. Contenido. 5.3.1. Obligaciones del descontatario. 5.3.2. Obligaciones del descontante. 5.4. El redescuento.

I. CARACTERIZACIÓN Y NORMATIVA APLICABLE

1. Caracterización

Contratos bancarios son aquellos en los que interviene una entidad de crédito realizando alguna de las operaciones que tienen, legal o típicamente, encomendadas. Entidades de crédito son los bancos, las cooperativas de crédito y las cajas de ahorro. Los bancos revisten necesariamente la forma de sociedad anónima. Se trata con todo de una sociedad anónima especial por cuanto solo está sometida a la LSC en cuanto esta no se oponga a las normas de ordenación y disciplina de las entidades de crédito (art. 2 LOSSEC).

Las cajas de ahorro son entidades de crédito de carácter fundacional y finalidad social, cuya actividad financiera se orienta principalmente a la captación de fondos reembolsables y a la prestación de servicios bancarios y de inversión para clientes minoristas y pequeñas y medianas empresas. Sin perjuicio de la normativa de las comunidades autónomas donde las cajas de ahorros tengan su domicilio social, se rigen, con carácter básico, por lo previsto en la LCAFB y en la LOSSEC y, supletoriamente, en cuanto sea de aplicación, por la LSC y demás normas del ordenamiento jurídico-privado (art. 2 LCAFB). Para evitar riesgos excesivos a los que no es ajeno el pasado reciente, la LCAFB impide que las cajas de ahorro superen cierto volumen o tamaño, obligándolas a transformarse en fundación y

a traspasar todo el patrimonio afecto a su actividad financiera a otra entidad de crédito a cambio de acciones de esta última cuando el valor del activo total consolidado de las mismas supere la cifra de diez mil millones de euros o si la cuota en el mercado de depósitos de su ámbito territorial de actuación es superior al 35 por ciento del total de depósitos (art. 34.2 LCAFB). La transformación podrá efectuarse a fundación bancaria, en caso de que esta mantenga una participación en una entidad de crédito que alcance, de forma directa o indirecta, al menos, un 10 por ciento del capital o de los derechos de voto de la entidad, o que le permita nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración. La fundación bancaria tendrá finalidad social y orientará su actividad principal a la atención y desarrollo de la obra social y a la adecuada gestión de su participación en una entidad de crédito (art. 32 LCAFB). En otro caso, deberá transformarse en fundación ordinaria (art. 34.1 LCAFB).

Las cooperativas de crédito sirven a las necesidades de financiación de sus socios y de terceros mediante el ejercicio de las actividades propias de las entidades de crédito; si bien el conjunto de operaciones activas con terceros no puede alcanzar el 50% de los recursos totales de la entidad. Son entidades de crédito por lo que se rigen por su Ley específica, la Ley 13/1989, de 26 de mayo, de Cooperativas de Crédito y por sus normas de desarrollo, sin perjuicio, en cuanto a estas últimas, de las disposiciones que puedan aprobar las Comunidades Autónomas en el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en la materia. También les son de aplicación las normas que, con carácter general, regulan la actividad de las entidades de crédito. Solo con carácter supletorio están sometidas a la LCoop cuando su ámbito de actuación estatutariamente reconocido, conforme a su ley específica, sea supra-autonómico o estatal y siempre que realicen en el citado ámbito actividad cooperativizada de manera efectiva. Entre ellas cabe destacar las Cajas Rurales, que son cooperativas de crédito cuya actividad principal es financiar al sector agrícola, forestal o ganadero y realizar operaciones para la mejora del mundo rural.

Junto a estas entidades cabe citar a los establecimientos financieros de crédito, que son, como los bancos, sociedades anónimas especiales, pero, a diferencia de ellos, no pueden financiarse con depósitos y el tipo de actividades que están autorizados a realizar está limitado. Están regulados en la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial y en su normativa de desarrollo. Para todo lo no previsto en la citada normativa su régimen jurídico es el previsto para las entidades de crédito.

Todas están sometidas a un rígido sistema de autorización y supervisión de carácter administrativo que se encomienda, respectivamente, según las áreas, actividades o entidades, al Banco Central Europeo y al Banco de España. En su condición de miembro del Sistema Europeo de Bancos Centrales, al Banco de España le corres-

ponde en España la ejecución de las orientaciones e instrucciones de política monetaria emanadas del Banco Central Europeo. Como ente integrado en la Administración institucional del Estado, sin perjuicio de su autonomía (Ley 13/1994, de 1 de junio, de autonomía del Banco de España) y de la necesaria coordinación con otros Bancos Centrales que asegura la Autoridad Bancaria Europea de conformidad con el Reglamento UE 1093/2010, apoya la política económica general del Gobierno y promueve el buen funcionamiento y estabilidad del sistema financiero, reteniendo asimismo el control, inspección y supervisión de las entidades menos significativas, al tiempo que colabora con el Mecanismo Único de Supervisión en la supervisión de las más significativas y participa en los órganos de gobierno de este organismo, que está integrado en el Banco Central Europeo y al que compete la supervisión de estas últimas entidades. Para todo ello dispone no solo de potestades ejecutivas, sino también reglamentarias, que ejerce a través de *circulares*.

Por tanto, contrato bancario no es solo aquel suscrito por un banco. La expresión se ha acuñado en la práctica para comprender los concertados por cualquier entidad o establecimiento financiero de crédito. Por este motivo en el texto se alude indistintamente a la entidad o al banco, considerando este en sentido amplio como prototipo de entidad de crédito. Ahora bien, la noción de contrato bancario no descansa únicamente en esa dimensión subjetiva. Es preciso que, junto a ella, concorra otra de carácter funcional. Esta última consiste en que el contrato verse sobre alguna de las operaciones que las entidades de crédito tienen, legal o típicamente, encomendadas. Estas operaciones son sustancialmente de tres tipos. Se distinguen las operaciones pasivas, en virtud de las cuales la entidad recibe crédito de sus clientes; las activas, en las que es la entidad quien concede crédito a estos; y, neutras, que no implican concesión de crédito por ninguna de las dos partes. Entre estas últimas destacan las de mediación. En todo caso se trata de contratos mercantiles debido a su carácter empresarial.

2. Normativa aplicable

La mayoría de los contratos bancarios son legalmente atípicos ya que no están específicamente regulados, por lo que su disciplina descansa, como principio, en la libre autonomía de la voluntad (art. 1255 Cciv). Ahora bien, esta autonomía queda en gran medida restringida por varios motivos. En primer término, porque suelen ser contratos de adhesión que contienen, por tanto, condiciones generales predispuestas unilateralmente por la entidad, lo que obliga a tener en cuenta la LCGC. Adicionalmente, si el cliente es consumidor, resulta de aplicación el TRLCU y, en su caso, la normativa sectorial de protección de crédito al consumo, incluida en la LCC, de protección a los consumidores de servicios financieros comercializados a distancia, derivada de la LSFD y la que tiene por objeto salvaguardar los derechos

de los consumidores cuando conciertan créditos o préstamos hipotecarios con empresas que no son entidades de crédito o servicios de intermediación del crédito (Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de intermediación).

Junto a ello debe destacarse la normativa que ordena la actuación de las entidades de crédito en sus relaciones con los clientes con el objeto de proteger los legítimos intereses de estos. Se trata de una reglamentación de carácter administrativo. Sin embargo, a pesar de este carácter, tiene gran repercusión en el contenido de los contratos, puesto que vincula a la entidad de crédito, que puede ser sancionada en caso de incumplimiento. Además, si en el propio documento contractual existe una remisión a esa normativa, sus disposiciones serán aplicables a la relación entre la entidad y su cliente, aunque en tal caso su fuerza de obligar a éste último deriva del contrato.

Dicha normativa está formada en primer término por la LOSSEC, que impone a las entidades de crédito un cúmulo de deberes, entre los que destaca el de secreto. El deber de secreto les impide revelar información sobre los datos de los clientes que conozcan como consecuencia de las relaciones suscritas con ellos (art. 83 LOSSEC). No obstante, está sujeto a importantes limitaciones en relación, fundamentalmente, con la Administración tributaria y la prevención del blanqueo de capitales. Continúa vigente, por otra parte, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, dictada al amparo de la derogada LDIEE, y desarrollada por la Circular del Banco de España 5/2012 de 27 de junio, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. Ha de tenerse en cuenta asimismo la LECS (art. 29), la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios y la Orden EHA/1608/2010, de 14 de junio, sobre transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago. Por lo demás, estos contratos están dotados de una acusada tipicidad social, lo que provoca que los usos desplieguen cierta incidencia en su seno.

II. OPERACIONES DE CRÉDITO PASIVAS

1. *Concepto*

En sentido amplio operaciones de crédito pasivas son todas aquellas mediante las que las entidades de crédito captan recursos propios o ajenos. Estrictamente consideradas son las que suponen la captación de recursos ajenos, precisamente de dinero, y de los clientes, a través de contratos que generan la obligación de

restitución. Entre estos contratos destacan los depósitos bancarios de uso, que son depósitos abiertos de dinero (art. 307.3 Ccom), caracterizados porque el cliente transmite a la entidad la propiedad de una cantidad de dinero, y, consiguientemente, la facultad de disponer de ella. A cambio, la entidad asume la obligación de devolver esa misma cantidad en el tiempo acordado con el cliente, normalmente incrementada con los intereses pactados.

Por tanto, su especificidad consiste en que la transmisión de la propiedad autoriza a la entidad a disponer de la suma depositada, lo que le permite realizar la función intermediadora en el crédito, que es propia de este tipo de entidades. La disponibilidad y la función de intermediación en el crédito unifican, por consiguiente, todos los depósitos bancarios de dinero. A consecuencia de ello, el derecho real del deponente sobre el bien, y la correlativa obligación del depositario de devolver la misma cosa, se transforma en un derecho de crédito a la devolución de la suma. Estos caracteres permiten identificar la naturaleza jurídica del convenio y, por ende, determinar su régimen jurídico.

La finalidad de custodia propone su consideración como depósito. La disponibilidad le acerca a los depósitos irregulares (art. 309 Ccom). Ahora bien, en el depósito irregular típico el interés del contrato es casi exclusivo de depositante, puesto que consiste en que la entidad de crédito custodie su dinero. Sin embargo en estos otros concurre también un evidente interés de la entidad, ya que obtiene una alta rentabilidad prestando las cantidades depositadas a terceros a un interés mayor que el que paga a los depositantes.

Esta consideración los separa de los depósitos irregulares típicos, justificando dos pautas de régimen peculiares de los depósitos bancarios de uso. En primer lugar, que el deponente no solo no paga canon a la entidad por la custodia, lo que se presume en el depósito mercantil (art. 304 Ccom), sino que, por el contrario, es la entidad la que paga al deponente. En segundo lugar, que se presume la autorización para usar la cosa, no siendo necesario pactarlo expresamente como exige el art. 1768 Cciv. Como consecuencia de ello, la entidad de crédito no está obligada a guardar el bien depositado, de modo que su deber de custodia se convierte más bien en una obligación de administración prudente y de disponibilidad de las sumas a favor del depositante.

2. Clases

2.1. Depósitos a la vista

Los depósitos a la vista son aquellos en los que el depositante puede retirar la cantidad de dinero en cualquier momento. Esta circunstancia impide utilizarlos

para la realización de inversiones a medio y largo plazo, lo que, a su vez, motiva el bajo interés que aquel percibe en ellos, y, explica, correlativamente, que su finalidad sea básicamente la custodia, no la inversión. Pueden ser depósitos simples o en cuenta corriente. Los primeros se separan del depósito mercantil sólo en el paso de la propiedad del dinero a la entidad de crédito, esto es, se trata de depósitos que se agotan en una sola entrega y una sola devolución. Los depósitos en cuenta corriente son los depósitos de dinero típicamente bancarios. En su seno la relación de depósito se instrumenta en forma de cuenta corriente, de tal manera que el banco se obliga no sólo a garantizar al cliente la disponibilidad de los fondos en cualquier momento, sino también a facilitarle la posibilidad del restablecimiento y eventual incremento de aquella, permitiéndole una multiplicidad de entregas (abonos) y de restituciones (adeudos) dentro de la misma relación contractual.

Ahora bien, no cabe confundir el depósito en cuenta corriente con el depósito inserto en una cuenta corriente bancaria. En este último caso, el banco, además de las obligaciones indicadas, asume la de prestar al cliente el servicio de caja y otras anudadas al contrato de cuenta corriente bancaria. Por tanto, existen dos contratos, el del depósito bancario y el de cuenta corriente bancaria. De otro lado, en este tipo de depósitos era usual que se facilitara al cliente una libreta donde se anotaban las sucesivas operaciones, conocida como libreta de ahorro. Las libretas, que suelen ser nominativas, facultan a su titular para exigir la suma de dinero correspondiente mediante su presentación, por lo que concurre en ellas el efecto legitimador. Sin embargo, son intransferibles, por lo que no se consideran títulos-valores, sino títulos impropios o de legitimación.

2.2. Depósitos a plazo

En los depósitos a plazo, también llamados imposiciones, el cliente se obliga a no disponer de la cantidad hasta que llegue el plazo fijado. Falta, por tanto, la disponibilidad a favor del depositante, lo que permite a la entidad de crédito la inversión de los fondos a medio y largo plazo y, en consecuencia, la retribución del mismo con un interés más alto. Por ese motivo su finalidad preponderante no es la custodia, sino la inversión. Por ello también se aproxima al contrato típico de préstamo, alejándose en la misma medida del depósito irregular. Estas circunstancias modalizan su contenido respecto al depósito *a la vista*, afectando en particular al tratamiento de la cancelación anticipada, que suele sancionarse con la detracción de ciertas sumas.

Precisamente en razón de que las cancelaciones anticipadas suelen suponer un alto coste para el cliente aparecen en el tráfico los *certificados de depósito*. Los certificados son títulos valores puesto que atribuyen al depositante un derecho de

crédito a la devolución del dinero que se incorpora a un documento dotado de efecto legitimador y traslativo. Concretamente son títulos a la orden natos, pues la cláusula a la orden existe aunque no se prevea expresamente. Por su intermedio se aumenta la liquidez de los depósitos a plazo sin disminuir su rentabilidad para los clientes ni el volumen de los recursos ajenos del banco.

III. OPERACIONES DE CRÉDITO ACTIVAS

Este tipo de operaciones comparten el hecho de que es la entidad de crédito quien concede crédito a sus clientes, constituyendo por eso instrumentos de financiación de aquellos.

1. Préstamo

El préstamo bancario de dinero se caracteriza por el hecho de que el prestamista es una entidad de crédito (art. 175.7 Ccom). Es un préstamo de carácter mercantil, tanto por esta circunstancia, como por la propia naturaleza del acto (arts. 311 y ss. Ccom, que remiten para su definición al art. 1740 Cciv). Tradicionalmente el préstamo ha sido considerado como el prototipo del contrato real y unilateral, esto es, de aquel que se perfecciona no con el simple consentimiento de las partes, sino con la entrega del objeto que constituye la obligación del prestamista, de tal forma que, una vez perfeccionado, sólo origina obligación para el prestatario, la fundamental de devolver la suma prestada en el período pactado. Sin embargo en la práctica bancaria esos caracteres se ven atemperados, si no eliminados, ya que cliente y entidad de crédito suelen convenir una perfección consensual al dar por perfecto el contrato una vez que manifiestan por escrito su consentimiento. Al tiempo se le dota de carácter bilateral, porque la entrega del dinero se efectúa en un momento posterior a la firma.

Su regulación básica se encuentra en la normativa del préstamo mercantil, que, no obstante, debe integrarse con la disciplina general a que se ven sometidas las operaciones activas, que se desarrollan ahora mismo al tratar de la apertura de crédito.

2. Apertura de crédito

2.1. Concepto y normativa aplicable

Mediante la apertura de crédito, la entidad acreditante se obliga a poner a disposición del cliente (acreditado) sumas de dinero, o a realizar otras prestaciones que le permitan obtener esas sumas (disponibilidad), a medida de sus requerimien-

tos, dentro de los límites de cantidad y tiempo pactados. A cambio el acreditado se obliga a pagar una comisión, así como los intereses de las cantidades de las que efectivamente haya dispuesto, que ha de restituir dentro del término establecido.

Este contrato no está regulado expresamente, de modo que su disciplina se construye a partir de la normativa sobre préstamo, la legislación sobre crédito al consumo y la normativa bancaria. La regulación sobre crédito al consumo está incluida principalmente en la LCC y, subsidiariamente, en las normas generales de protección al consumidor. Si el contrato se suscribe a distancia hay que tener en cuenta adicionalmente la LSFD. La LCC define el contrato de crédito al consumo como aquel mediante el que un prestamista concede, o se compromete a conceder, a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación (art. 1.1 LCC). Dos son, pues, los requisitos que integran el concepto.

Subjetivamente requiere que el crédito se conceda a un consumidor, entendiendo por tal la persona física que, en las relaciones derivadas del contrato de crédito, actúe con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional (art. 2.1 LCC). Por el contrario, es indiferente que el prestamista goce de la condición de entidad de crédito.

Objetivamente, el crédito se define de forma muy amplia ya que no se restringe a la puesta a disposición de una cantidad de dinero, sino que abarca cualquier otra forma de financiación, como, por ejemplo, el pago aplazado. No obstante, la LCC contiene un buen número de excepciones a su aplicación. Sin embargo, las reglas de la LCC son imperativas. De modo que los consumidores no podrán renunciar a los derechos reconocidos en ella.

2.2. Caracteres

La apertura de crédito es un contrato consensual puesto que se perfecciona por el mero consentimiento, sin que para su validez se requiera forma especial. No obstante, se exige forma escrita en los casos en que se determine reglamentariamente y, siempre, cuando el acreditado sea consumidor y el contrato esté sometido a la LCC. En este último caso, ha de hacerse constar por escrito, en papel o en otro soporte duradero, redactándose con una letra que resulte legible y con un contraste de impresión adecuado. Todas las partes contratantes recibirán un ejemplar del contrato de crédito que, además de las condiciones esenciales del mismo, especificará, de forma clara y concisa, los datos previstos en la LCC (arts. 16, 17 y 20 LCC).

El incumplimiento de la forma escrita dará lugar a la anulabilidad del contrato. En el supuesto de que el documento del contrato omita la TAE, la obligación del consumidor se reducirá a abonar el interés legal en los plazos convenidos. En

el caso de que la omisión o inexactitud afecte al importe, el número o la periodicidad de los pagos que deba efectuar el consumidor, la obligación de este se reducirá a pagar el precio al contado o el nominal del crédito en los plazos convenidos, salvo que la omisión o inexactitud se refiera a los plazos, en cuyo caso dicho pago no podrá ser exigido al consumidor antes de la finalización del contrato. Finalmente, en las hipótesis en que cualquiera de los datos exigidos por la LCC sea inexacto, se modularán las consecuencias anteriores en función del perjuicio que debido a tal inexactitud sufra el consumidor (art. 21 LCC).

Con todo, en la práctica bancaria estos contratos suelen documentarse en póliza intervenida por fedatario público, ya que así se facilita la prueba de su existencia y se le dota del carácter de título ejecutivo.

La perfección se produce por el concurso de la oferta y la aceptación en el modo ordinario. Sin embargo, en los contratos de crédito al consumo la oferta es vinculante, de modo que la entidad que ofrezca un crédito a un consumidor deberá mantenerla durante un plazo mínimo de catorce días naturales, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a ella (art. 8 LCC). Desde el momento de la perfección las dos partes están obligadas a cumplir en contrato en todos sus términos. No obstante, en caso de contratos de crédito al consumo, la LCC prevé dos excepciones a esta regla general. Por un lado, el derecho de desistimiento (art. 28 LCC), y, por otro la extinción del contrato de crédito vinculado a la adquisición de bienes y servicios (arts. 23 y 26 LCC). A este respecto también se excepciona el principio de relatividad de los contratos (art. 29 LCC).

El contrato de apertura de crédito es también un contrato bilateral, debido a que engendra obligaciones para ambas partes. Es oneroso y, por lo general, de tracto sucesivo y convenido *intuitu personae*, pues el banco se obliga en razón de la solvencia y las condiciones personales del acreditado. Es, por último, un contrato de adhesión ya que, de ordinario, las condiciones contractuales están predeterminadas por la entidad, lo que obliga a aplicar la LCGC.

2.3. Deberes precontractuales

La normativa sobre crédito al consumo y bancaria imponen a las entidades de crédito diversos deberes precontractuales, entre los que destacan el de información y asistencia y el de evaluar la solvencia.

2.3.1. Deberes de información y asistencia

Al respecto del deber de información, se distingue entre la información que ha de suministrarse al público en general, de la que ha de recibir el futuro contra-

tante de manera previa a la conclusión del contrato. La primera ha de constar en la publicidad y comunicaciones comerciales, así como en los anuncios y ofertas exhibidos en los locales comerciales, en los que se ofrezca un crédito o la intermediación para la celebración de un contrato de crédito, siempre que indiquen el tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con el coste del crédito para el consumidor. Se trata de una información básica, cuyo contenido preciso está especificado en la LCC (art. 9 LCC).

El deber de información previa obliga a la entidad a facilitar, de forma gratuita, al cliente toda la información precontractual que sea legalmente exigible para comparar ofertas similares y adoptar una decisión informada sobre la suscripción del contrato de crédito. Esta información deberá ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa y habrá de entregarse con la debida antelación en función del tipo de contrato u oferta y, en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado por dicho contrato u oferta (arts. 10, 12, 13 LCC y 6 Orden EHA/2899/2011).

En el caso de consumidores, la información se suministrará en papel o en cualquier otro soporte duradero (art. 7 LCC), mediante el formulario de Información normalizada europea sobre el crédito al consumo, que figura en el anexo II LCC (art. 10.2 LCC), y cuyo contenido está tasado en la Ley (arts. 10.3 y 12 LCC). Además de la Información normalizada europea sobre el crédito al consumo, se facilitará gratuitamente al consumidor, previa petición, una copia del proyecto del contrato de crédito, salvo cuando el prestamista no esté dispuesto, en el momento de la solicitud, a celebrar el contrato de crédito con el consumidor (art. 10.8 LCC).

En la hipótesis de comunicación a través de telefonía vocal a que se refiere la LSFDT el contenido de la información se reduce a los aspectos previstos en la LCC, pero incluirá en todo caso la TAE ilustrada mediante un ejemplo representativo y el importe total adeudado por el consumidor (art. 10.6 LCC). En estos casos, y en todos aquellos en que el medio de comunicación a distancia no permita facilitar la información exhaustiva que requiere la LCC, la entidad facilitará al consumidor toda la información precontractual utilizando el formulario de Información normalizada europea sobre crédito al consumo inmediatamente después de la celebración del contrato (art. 10.7 LCC).

Asimismo, la entidad deberá suministrar a todo cliente explicaciones adecuadas y suficientes para comprender los términos esenciales del contrato ofertado y adoptar una decisión informada, teniendo en cuenta sus necesidades y su situación financiera (arts. 11 LCC y 9 Orden EHA/2899/2011).

El incumplimiento de los requisitos relativos a la información previa y al suministro de la misma da lugar a la anulabilidad del contrato. En caso de que se mantenga la eficacia del mismo, se integrará conforme a lo previsto en el TRLCUI (7.2. LCC). Adicionalmente el incumplimiento de ambos deberes puede ser san-

cionado administrativamente como infracción de las normas sobre ordenación y disciplina de las entidades de crédito y como infracción de la normativa sobre consumo (art. 34 LCC).

2.3.2. *Deber de evaluar la solvencia*

El deber de evaluar la solvencia impone a la entidad la obligación de analizar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del contrato de crédito, antes de que se celebre. La evaluación se efectuará sobre la base de la información suficiente obtenida por medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el propio cliente a solicitud de la entidad. Con igual finalidad, podrá consultar los ficheros de solvencia patrimonial y crédito. Para la evaluación se tendrán en cuenta, además, las normas específicas sobre gestión de riesgos y control interno aplicables a las entidades de crédito (arts. 14 LCC, 29 LECS y 18 Orden EHA/2899/2011). La entidad puede rechazar la concesión del crédito si estima que la solvencia es insuficiente.

2.4. Contenido

En el contenido del contrato es conveniente distinguir los derechos y obligaciones de las partes antes del uso efectivo del crédito y tras él.

2.4.1. *Obligaciones anteriores al uso del crédito*

2.4.1.1. Obligaciones de la entidad de crédito

Antes del uso, la entidad de crédito asume la obligación principal de carácter genérico de proporcionar al acreditado la disponibilidad crediticia pactada realizando las prestaciones que permitan al cliente obtener dinero en los términos que, contractualmente pactados, estime oportunos, y según sus órdenes. Esta obligación es única, aunque suele desarrollarse a través de prestaciones sucesivas y puede concretarse (*in solutione*) en prestaciones de variada índole. En la práctica española, sin embargo, sólo se suele considerar apertura de crédito el contrato cuando las prestaciones consisten en la puesta a disposición de una suma de dinero, ya sea mediante caja, o bien, a través de anotación en cuenta corriente. El resto normalmente integra el objeto de contratos independientes y específicos. Sucede así, por ejemplo, con las pólizas denominadas de negociación de efectos mercantiles, en cuanto a las operaciones sobre títulos, o con las pólizas de aval.

Esta disponibilidad, a su vez, suele estar sometida a ciertos límites cuantitativos y temporales, aunque es posible pactarla por tiempo indeterminado.

2.4.1.2. Obligaciones del acreditado

La obligación típica del acreditado en esta fase consiste en pagar la comisión pactada por el importe total de la apertura, con independencia de que haya dispuesto o no del crédito, ya que la comisión es la contraprestación de la disponibilidad creada por el banco a su favor, que constituye un valor autónomo objeto de cambio. Su cuantía es fijada libremente por las entidades de crédito, pero su aplicación está sujeta al régimen previsto para las comisiones en la normativa sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (art. 3 Orden EHA/2899/2011). A pesar de que en la práctica bancaria se denomina comisión a otros pagos como el debido por cancelación anticipada, o por no disponibilidad, debe estimarse que se trata de un interés compensatorio por los intereses dejados de percibir ante la cancelación o la no disposición, ya que la noción de comisión comprende solo los pagos debidos como retribución de un servicio efectivamente prestado.

2.4.2. *Obligaciones posteriores al uso del crédito*

2.4.2.1. Obligaciones de la entidad de crédito

Una vez que el acreditado ha hecho uso del crédito abierto, concretándolo en las prestaciones pactadas, cambia en cierta manera la posición de las partes en el contrato. El banco pasa de ser deudor del crédito a acreedor del dinero respecto de las cantidades utilizadas y los intereses devengados. Conserva, no obstante, su posición deudora mientras el cliente no utilice todo el crédito concedido o, si una vez agotado, realiza ingresos que le permitan recuperar su disponibilidad, hasta que, en su caso, se cierre la cuenta.

2.4.2.2. Obligaciones del acreditado

En esta fase el cliente deja de ser acreedor del crédito para convertirse en deudor por el capital y los intereses. Se obliga, en primer término, a restituir al banco las cantidades en que se ha materializado el crédito. Puede pactarse que la restitución se haga de una sola vez o en determinados momentos. Y asimismo que la restitución parcial permita a aquel recuperar la disponibilidad o no. En la práctica lo normal es que se prevea la posibilidad de utilizarla mediante varias disposiciones y varios reembolsos, manteniéndose una constante línea de crédito a través del sistema de anotaciones. A este respecto conviene distinguir entre la apertura de

crédito simple o por caja, de la apertura en cuenta corriente. En el segundo caso, se adopta la cuenta corriente como módulo contable, anotándose en el *debe* del acreditado las cantidades de que disponga y el importe de las comisiones e intereses, y en el *haber* los reembolsos de capital que aquel lleve a cabo, lo que le permite reconstituir la obligación del acreditante en cuanto ingrese fondos en la cuenta. Por tanto, la inserción en cuenta convierte el crédito abierto en rotativo. Esta facultad no existe en el primer supuesto, en que la disponibilidad termina en cuanto agote la cantidad límite contractualmente pactada, aunque pueda disponer en una o varias veces y hacer entregas parciales.

La segunda obligación del acreditado es la pagar los intereses pactados sobre la cantidad efectivamente dispuesta. Cabe distinguir entre los remuneratorios y los moratorios. Los primeros representan la contraprestación por la cantidad recibida y efectivamente dispuesta. En la práctica bancaria se diferencia el interés nominal, correspondiente a la retribución del capital en términos de coste estrictamente financiero, y el interés real, esto es, el que efectivamente se satisface, más alto que el primero a consecuencia de la adición de comisiones (por ejemplo, la de apertura) y otros gastos repercutibles. Este interés se denomina tasa anual equivalente (TAE) y se calculará obligatoriamente de acuerdo con las fórmulas matemáticas previstas en la Ley (art. 32 y anexo I LCC y art. 31 y Anexo V Orden EHA/2899/2011).

El interés puede ser fijo, si no cambia durante el período del contrato; o variable, si sufre alteración en relación con el parámetro o índice pactado (el IPC o el EURIBOR, por ejemplo). En la práctica es común fijar este último añadiendo un margen o diferencial (*spread*) al índice y suele distinguirse también el ordinario del preferencial, que se aplica a los clientes de mayor solvencia. En todo caso ha de tratarse de un índice objetivo, ya que ha de estar calculado a coste de mercado sin que sea susceptible de influencia por la propia entidad y los datos que le sirvan de base han de ser agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo (arts. 22 LCC y 26 Orden EHA/2899/2011).

En el ámbito del crédito al consumo, la entidad está obligada a informar al consumidor de toda modificación del tipo deudor antes de que el cambio entre en vigor. La información detallará el importe de los pagos tras la entrada en vigor del nuevo tipo deudor, y, si cambiara el número o la frecuencia de los pagos, los correspondientes detalles. No obstante, en el contrato de crédito las partes podrán acordar que esta información se proporcione al consumidor de forma periódica en los casos en que la modificación en el tipo deudor se deba a una modificación de un tipo de referencia, siempre y cuando el nuevo tipo de referencia sea publicado oficialmente por el Ministerio de Economía y Hacienda o por el Banco de España y la información al respecto esté disponible también en los locales del prestamista (art. 18 LCC). Las modificaciones en el coste total del crédito distintas a estas y a

las ligadas a los descubiertos deberán ser notificadas al consumidor de forma individualizada, incluyendo el cómputo detallado que da lugar a esa modificación, e indicará el procedimiento que el consumidor podrá utilizar para reclamar ante la entidad en caso de que discrepe del cálculo efectuado (art. 22.4 LCC).

El tipo de interés se fija libremente por las partes (arts. 315 Ccom y 4 Orden EHA/2899/2011), lo que, de ordinario, significa que es impuesto por la entidad de crédito al cliente. Sin embargo, resulta de aplicación la Ley de Represión de la Usura de 23 de junio de 1908, que declara nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifestamente desproporcionado en relación con las circunstancias del caso. Además, en caso de créditos al consumo y descubiertos no podrá aplicarse un tipo de interés que dé lugar a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero (art. 20 LCC).

Junto a estos intereses remuneratorios, es común prever en el contrato intereses de demora para el caso de incumplimiento. Aunque pueden referirse exclusivamente al incumplimiento de la obligación principal de restitución del capital, lo normal es que se pacte expresamente el anatocismo, esto es, el devengo de intereses moratorios por impago de intereses remuneratorios (art. 317 Ccom).

2.5. Extinción

La extinción del contrato se produce por causas voluntarias o por motivos independientes de la voluntad de las partes.

2.5.1. *Causas voluntarias*

Causas voluntarias de extinción son el vencimiento del plazo y la denuncia unilateral, según si el contrato es por tiempo limitado o indefinido.

2.5.1.1. Vencimiento del plazo

Cuando el contrato tenga duración determinada, se extingue llegado el vencimiento del plazo, de modo que surge la obligación del acreditado de restituir el capital efectivamente dispuesto, aunque no haya alcanzado el límite concedido. Hay que tener en cuenta, no obstante, que llegado el vencimiento del contrato, este puede prorrogarse o renovarse.

Como excepción prevista en los contratos de crédito al consumo, el consumidor podrá liquidar anticipadamente, de forma total o parcial y en cualquier momento, las obligaciones derivadas del contrato de crédito.

2.5.1.2. La denuncia

Si el convenio se pactó por tiempo indeterminado la facultad de denuncia asiste a ambas partes, sin necesidad de justificar causa alguna, con la obligación sólo de respetar un plazo de preaviso razonable. En caso de créditos al consumo, el preaviso establecido para el consumidor no puede exceder de un mes; mientras que el de la entidad no será inferior a dos meses y ha de ser notificado mediante documento en papel o en otro soporte duradero (art. 27 LCC). Junto a ello, la entidad puede decidir la extinción del contrato de duración indefinida, poniendo fin al derecho del consumidor a disponer de las cantidades pactadas, por razones objetivamente justificadas.

2.5.2. *Causas involuntarias*

2.5.2.1. La resolución

De acuerdo con la teoría general del Derecho, la facultad de resolución del contrato asiste a cualquiera de las partes ante el incumplimiento esencial por la otra de sus obligaciones, también esenciales. Y ello con independencia de que el contrato sea de duración determinada o indefinida. En los contratos de apertura de crédito suele preverse además la facultad de resolución unilateral justificada en causas previstas en la póliza, que derivan, en general, de su carácter de contrato fundamentado en la relación de confianza existente entre las partes; si bien normalmente se hallan establecidas en atención al interés de la entidad acreditante.

2.5.2.2. Otras causas

Entre las causas no voluntarias, derivadas, la mayoría, del carácter fiduciario de la relación, constituyen motivos de extinción del contrato circunstancias que afectan a la persona de los contratantes, tales como su muerte o incapacidad, si se trata de personas físicas, o la disolución y extinción, si son personas jurídicas. En caso de concurso se aplican los arts. 61 a 63 LC.

2.5.3. *La liquidación del saldo*

La extinción implica en todo caso la necesidad de la liquidación de los saldos del crédito. En general se exige que en el documento donde conste se especifiquen con claridad los tipos de interés y comisiones aplicados, con indicación concreta de su concepto, base y período de devengo, los gastos suplidos, según las tarifas

de la entidad, los impuestos retenidos, el saldo antes de la liquidación y el saldo resultante de la misma.

3. *Créditos y préstamos participativos*

3.1. Concepto

El préstamo o crédito participativo o parciario es un contrato mixto, puesto que tiene como base un préstamo o un crédito, esto es, una entrega de dinero con la obligación de devolverlo, al que se añade un pacto parciario. Este pacto consiste en fijar como retribución un interés variable, que se determina en función de la evolución de la actividad del prestatario, vgr. su beneficio neto. Aunque también puede combinarse con otra clase de remuneraciones, vgr. un interés fijo. La inclusión del pacto parciario no altera su naturaleza de préstamo o crédito, pues el Ccom reputa interés toda prestación pactada a favor del acreedor (art. 315.2 Ccom).

3.2. Normativa aplicable

Este tipo de préstamos y créditos están regulados en Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica (art. 20). Conforme a él se consideran préstamos participativos aquéllos en que la entidad prestamista percibe un interés variable, que se especificará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria. El criterio para determinar dicha evolución podrá ser el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes. Además, podrán acordar un interés fijo, con independencia de la evolución de la actividad.

La disciplina que prevé contempla tres disposiciones:

- i) Las partes contratantes están autorizadas para acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada, pero el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que éste no provenga de la actualización de activos.
- ii) Se les atribuye la condición de créditos subordinados, de modo que, en la prelación de créditos, se sitúan después de los acreedores comunes. Sin embargo, su posición es preferente a la de los socios, ya que su subordinación no es la propia de estos. En efecto, en la medida en que la naturaleza de crédito del contrato no se altera por circunstancia alguna, su contribución no adquiere la consideración de aportación, como ocurre con la de los so-

- cios. A consecuencia de ello, cobran por pago del crédito, no en concepto de cuota de liquidación, y, por ende, con preferencia a los socios.
- iii) Se consideran patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil. Ahora bien, esta circunstancia tampoco les asigna naturaleza de aportación social, ya que la equiparación se efectúa únicamente a los efectos expresamente señalados para apreciar la solvencia financiera de la empresa deudora, pero no incrementa su solvencia patrimonial.

4. Créditos sindicados

4.1. Concepto y caracteres

Créditos sindicados son aquellos concedidos por un conjunto de entidades financieras previamente agrupadas en un consorcio o sindicato con vistas a la concesión de un crédito o un préstamo. Jurídicamente se caracterizan por la concurrencia de dos elementos, en primer lugar, la constitución del sindicato, y, en segundo término, la variabilidad del interés para cada tramo o período de disposición. Ambas circunstancias se conectan con la función económica de estas operaciones. La constitución del sindicato obedece a que se trata de figuras cuyo nacimiento se vincula a las necesidades de financiación de la actividad empresarial y que se justifican por lo elevado de su cuantía, lo que impide que, por regla general, una sola entidad financiera se halle en condiciones de asumir íntegramente los riesgos de la operación. Se utilizan, por tanto, en operaciones de crédito de grandes dimensiones económicas. La variabilidad del interés se anuda asimismo a la elevada cuantía, pero también al plazo, que suele ser medio o largo.

4.2. El sindicato de entidades

La colaboración de las entidades con vistas a la concesión del crédito o préstamo se resuelve en la agrupación de todas ellas en un consorcio o sindicato cuyo objeto es la concesión del crédito.

La ausencia de personalidad jurídica y de un patrimonio común, el origen contractual y la promoción en común de un fin, que es asimismo común a los bancos interesados, permite calificar el sindicato como una sociedad civil interna, sujeta al Cciv en el ámbito de las relaciones jurídicas internas y, en particular, al régimen de la *actio pro socio*. Ahora bien, la constitución del sindicato lleva aparejado el nombramiento de un *banco agente* que asume la tarea de representar la plural

estructura subjetiva del lado del acreditante y de coordinar las relaciones entre los bancos acreditantes y de estos últimos con el acreditado.

4.3. Contenido

Las obligaciones de las partes no varían en su esencia en comparación con las propias del préstamo o de la apertura de crédito. En efecto, la obligación principal del sindicato sigue consistiendo básicamente en dar dinero –préstamo– o poner a disposición del cliente los fondos solicitados por este hasta el límite pactado –apertura de crédito–, por lo tanto, se trata en principio de préstamos o aperturas de crédito. De otro lado, las obligaciones del prestatario se resuelven en la devolución del préstamo o crédito y el abono de los intereses y comisiones pactados. Dichas obligaciones aparecen, no obstante, modalizadas en atención a los dos caracteres de la operación, la sindicación y la variabilidad del interés.

5. Descuento

5.1. Concepto y función económica

El contrato de descuento es, igual que la apertura de crédito, una operación bancaria activa que, a pesar de su gran trascendencia práctica, no está regulada adecuadamente en el Ccom, en el que sólo se encuentran referencias parciales al mismo en la sección relativa a los *bancos de emisión y descuento* (arts. 177 a 183), además de en otras disposiciones referentes a instituciones bancarias y demás intermediarios financieros. Eso no obstante, conforme a la práctica bancaria, puede definirse como aquel contrato en virtud del cual la entidad de crédito descontante se obliga a anticipar en dinero a su cliente (descontatario) el importe de un crédito pecuniario no vencido que este tiene contra un tercero, a cambio de la detracción de un interés o porcentaje y eventuales comisiones, y de la enajenación al banco del crédito mismo *pro solvendo*, asumiendo el descontatario la obligación subsidiaria de restitución.

Su función económica es esencialmente crediticia, pero también persigue la obtención de liquidez, tanto para el cliente como para el banco. El cliente pretende la realización anticipada del crédito que tiene frente al tercero, esto es, quiere recibir del banco un anticipo de dinero antes de que venza el crédito que tiene frente al tercero, intercambiando así un activo financiero por uno monetario, al tiempo que se libra de los inconvenientes derivados de la gestión de cobro de sus créditos. El banco, por su parte, se propone la concesión de crédito al cliente, operación que lleva a cabo anticipándole el importe del crédito de vencimiento posterior, cuyos intereses son cobrados por anticipado, y de la que se rembolsa mediante el cobro del crédito

cedido. Pero a través de él consigue liquidez, ya que los créditos descontados suelen tener un vencimiento inferior a tres meses, lo que permite invertir los fondos recibidos de sus clientes bajo la forma de depósitos a la vista, movilizar rápidamente el crédito y recuperar las cantidades anticipadas si verifica en sentido pasivo la misma operación mediante el redescuento en el Banco de España.

El descuento se caracteriza asimismo por su seguridad y porque supone una más efectiva distribución de los riesgos, debido a que mediante él, el banco tiene acceso a dos patrimonios de ejecución, el del cliente/ descontatario y el del tercero deudor/ descontado, pues la transmisión del crédito contra el tercero no produce una plena liberación del transmitente.

5.2. Naturaleza y distinción de contratos afines

5.2.1. *Descuento y endoso cambiario*

En atención a los caracteres y función económica del descuento, su naturaleza jurídica no puede ser comprendida mediante el recurso a los aspectos puramente externos de la operación. Por este motivo no se identifica con el endoso cambiario. El descuento cambiario, que tiene por objeto los créditos incorporados en letras de cambio y pagarés, ha sido tradicionalmente el tipo más importante de descuento debido a que, al servirse de las vías de transmisión características de este tipo de títulos, esto es, el libramiento o el endoso, constituye un instrumento jurídico especialmente apto para llevar a cabo el descuento. Pero no es asimilable a él. Constituye un medio para efectuarlo puesto que, a través de él, la entidad descontante adquiere los derechos y acciones cambiarias que resultan del título. Pero esa circunstancia no afecta a los derechos que ya tiene como descontante. Además de que se admite sin discusión la posibilidad de realizar operaciones de descuento de créditos no cambiarios, lo que es hoy frecuente, en relación por ejemplo, con créditos que gozan de la seguridad proporcionada por la solvencia del deudor, como es el caso de las certificaciones administrativas.

5.2.2. *Descuento y cesión de créditos*

El descuento no se identifica con la cesión de créditos. Esta expresa sólo un conjunto de consecuencias comunes a cualquier negocio jurídico que tenga por objeto la transmisión plena de un crédito, pero sus efectos vienen determinados por el negocio causal subyacente, que, en el caso, es el descuento. Dicha circunstancia permite entender que el descuento de créditos no cambiarios se efectúe en los términos de los arts. 1526 y ss. del Cciv y 347 y ss. del Ccom, relativos a la

cesión de créditos, siempre y cuando se advierta que hay que añadir las obligaciones derivadas del descuento.

En concreto, sobre todo, el cliente descontatario tiene una obligación esencial de restitución si el tercero no paga, que no debe confundirse con la garantía de la solvencia del deudor que puede asumir quien cede un crédito, pues su origen, naturaleza, estructura y contenido son completamente diversos del sistema de responsabilidad por el mal fin del crédito que genera el descuento. En efecto, el cedente de un crédito, no se obliga a responder de la solvencia de su deudor, salvo excepcionalmente, y eso con un pacto de garantía de carácter eventual. Por el contrario, la cláusula *salvo buen fin* es esencial al descuento, lo que supone que existe un esencial deber de restitución que falta en la cesión.

Adicionalmente, aun habiéndose pactado esa responsabilidad, los efectos del convenio están doblemente limitados. En cuanto a su contenido, por el precio efectivamente recibido por el cedente (art. 1529 Cc). Respecto a su duración por el plazo de un año (art. 1530 Cciv). Sin embargo, en el descuento la responsabilidad del cliente en caso de impago por su deudor, se extiende a la obligación de devolver, no el dinero efectivamente recibido por él del Banco, sino el valor total del crédito, que consiste en la suma entregada más los intereses y comisiones de- traídos. Por otra parte en lo relativo a la exigibilidad, mientras que la cláusula de garantía de la cesión requiere una previa excusión de los bienes del deudor cedido, para que el banco descontante pueda dirigirse contra el descontatario basta con la simple negativa al pago inmediato por parte del tercero deudor.

5.2.3. Descuento y compraventa

El descuento tampoco se identifica con el típico negocio subyacente de la cesión de créditos, que es la compraventa de estos, pues, aunque en ambos se produce una transmisión del crédito a la entidad, en el descuento esta es meramente instrumental de la finalidad verdaderamente perseguida que es la obtención de financiación.

5.2.4. Descuento y préstamo o apertura de crédito

A pesar de que con el descuento se pretenda obtener financiación, el contrato no es equiparable al préstamo, ni a la apertura de crédito, ya que su contenido difiere del de ambos contratos. Sin embargo, la distinción no resulta clara en todo caso. Especialmente dificultosa se torna la separación de la apertura de crédito del descuento cuando entre las prestaciones en que se concreta la disponibilidad de la apertura se encuentra el descuento de títulos y el descuento se pacta con carácter

de tracto sucesivo, esto es, un descuento de múltiples créditos, en cuyo marco las diversas transmisiones de créditos y entregas de dinero son, como en la apertura, simples actos de ejecución, de un solo contrato.

Es lo que se conoce en la práctica como *líneas de descuento*. Se trata de supuestos en los que, en lugar de convenirse un contrato aislado de descuento, la entidad se obliga a descontar todos los créditos que se le remitan, siempre que reúnan determinadas características. En tales casos, dicha entidad suele adeudar en la cuenta corriente del cliente las sumas correspondientes a los créditos que este le indique para el descuento y el montante del crédito se va renovando a medida que se cobran los descontados, si bien el importe de los descontados y no pagados no podrá superar en ningún momento la cifra máxima convenida.

Pues bien, considerando las distintas hipótesis, es posible afirmar que habrá apertura de crédito cuando el banco esté obligado a atender las solicitudes de negociación que le dirige un cliente, sin que pueda negarse, en principio, a recibir ningún crédito o efecto que este le quiera remitir. El motivo reside en que, con la apertura, el banco se obliga a crear una disponibilidad a favor del acreditado para que este último pueda disponer del crédito, si lo estima conveniente. Esta sujeción de la entidad a los requerimientos de disponibilidad del acreditado se basa en que el contrato se concertó en la confianza depositada en su solvencia y en que, a cambio de dicha disponibilidad, el banco tiene derecho a percibir una comisión.

Por el contrario, en el descuento no le corresponde esa comisión y, además, de crédito, su objeto es proporcionar liquidez al banco. Pues bien, considerando que uno de los elementos que determinan la existencia de liquidez es la seguridad de disponer de dos patrimonios solventes de ejecución y, otro, es la posibilidad de movilidad por el recurso al redescuento, es obligado concluir que el descuento no se produce solo en atención a las condiciones de solvencia del cliente, sino también del propio crédito descontado. Por eso el Banco puede rechazar los créditos y efectos que no le parezcan suficientemente seguros. En consecuencia, en esta última hipótesis se aplicará la disciplina del descuento. En la primera, en tanto hay una obligación previa del banco de conceder crédito, sus realizaciones pueden calificarse, en principio, como prestaciones del único contrato de apertura de crédito. A estos efectos es indiferente que la disponibilidad se arbitre en forma de descuento de efectos, o, por ejemplo, también a través de aceptación o pago de letras.

5.3. Contenido

5.3.1. Obligaciones del descontatario

La obligación principal del cliente consiste en transmitir, de forma plena, al banco el crédito contra el tercero, de modo que aquel adquiere la titularidad del

crédito, convirtiéndose en nuevo acreedor del tercero. Por ese motivo puede ejercitar contra este último todas las acciones que tutelen el crédito que ha adquirido. Ahora bien, se trata de una transmisión para pago (*pro solvendo*), no en pago, de forma que el cliente no quedará libre hasta que el tercero deudor pague válidamente. Entretanto permanece obligado a devolver al banco la suma recibida y, además, los gastos si aquel no cumple, su segunda obligación fundamental. Se dice por eso que la transmisión se hace *salvo buen fin*. En razón de esta particular ordenación, el banco no se obliga a actuar contra el tercero deudor. Puede hacerlo, pero en la medida en que el descontatario responde sin necesidad de proceder a la excusión del crédito descontado, el banco se halla facultado para dirigirse directamente contra el descontatario, que deberá restituir la suma anticipada más los gastos, sólo con que aquel le entregue, a cambio, el crédito correctamente conservado.

Obligación fundamental del descontatario es también la de abonar un interés retributivo, que se percibe mediante la detracción anticipada, deducida del nominal de los créditos descontados. Es lo que se denomina *descuento*, que es la contraprestación debida al banco por la disponibilidad de un capital ajeno y por el aplazamiento, pacto de no pedir, que existe en el descuento como en cualquier otro contrato de crédito. Su pago se justifica adicionalmente en que, al anticiparse el pago de un crédito no vencido, no cabe atribuirle el mismo valor que el que le correspondería en el momento del vencimiento. Su tipo, el tipo de descuento, está fijado oficialmente, pues constituye un medio particularmente eficaz de regulación de cambios y precios.

5.3.2. Obligaciones del descontante

La entidad descontante ha de efectuar el anticipo del dinero. Puede hacerlo en efectivo o, lo que es frecuente, mediante un abono en la cuenta del cliente; si bien se admite su sustitución por otros medios, tales como letras o pagarés, siempre que proporcionen un grado mayor de liquidez que la del crédito descontado. La entrega ha de realizarse inmediatamente pues, consistiendo la causa del contrato para el descontatario en conseguir liquidez, el retraso puede ser considerado no como una simple *mora debitoris*, sino como incumplimiento de un término esencial. Asimismo, como obligación negativa propia de todos los contratos de crédito, el banco asume la de no reclamar el anticipo antes del plazo establecido.

Junto a estas obligaciones, la entidad soporta ciertas cargas, que suelen hacerse derivar de su deber de diligencia. Se trata de cargas y no de obligaciones por cuanto, en caso de incumplimiento, el cliente no puede exigir su cumplimiento, pero el banco pierde los derechos que ostentaba contra el aquel. En particular, debe intentar cobrar el crédito descontado cuando venza, llevando a cabo todos los actos

tendientes a que el mismo no prescriba, ni quede perjudicado. Si no desarrolla la diligencia debida en el cobro y conservación del crédito, y el cliente pierde el derecho que hubiera tenido, si hubiera sido el titular del crédito, queda este liberado de toda obligación de restituir al enervarse el efecto de la cláusula *salvo buen fin* por ministerio del art. 1170 Cciv. Ahora bien, hay que insistir en que la entidad no está obligada a dirigirse contra el tercero para cobrar. Lo normal es que haga uso de la cláusula *salvo buen fin* y se dirija directamente contra su cliente en reclamación del anticipo y los gastos, reintegrándole el crédito contra el tercero.

5.4. El redescuento

El Banco descontante puede movilizar los créditos que ha concedido mediante el descuento acudiendo al Banco de España a descontar en él los que él descontó a sus clientes. Se trata del redescuento, operación denominada así porque supone un segundo descuento de un mismo crédito, de modo que su estructura y naturaleza no difiere del descuento. Se diferencia de él sólo por cuestiones de índole económica. Sustancialmente que, aunque aquí el banco descontatario obtiene como beneficio la diferencia de la tasa de descuento, la finalidad principal de la operación consiste en preservar la liquidez de los bancos privados regulando el mercado monetario en general. Por otra parte, la tasa de redescuento es menor que la de descuento, dado el inferior riesgo que asume el banco descontante.

Lección 7

Contratos bancarios (II)

SUMARIO: IV. OPERACIONES DE CRÉDITO ACTIVAS (CONTINUACIÓN). 1. Leasing. 1.1. Concepto y normativa aplicable. 1.2. Naturaleza jurídica y distinción de figuras afines. 1.3. Contenido. 1.3.1. Obligaciones de la sociedad de leasing. 1.3.2. Obligaciones del usuario. 1.4. Clases. 1.4.1. Leasing mobiliario e inmobiliario. 1.4.2. Leasing financiero y el leasing operativo. Renting. 1.4.3. Lease-back. 2. Factoring. 2.1. Concepto y normativa aplicable. 2.2. Contenido. 2.2.1. El servicio de gestión. 2.2.2. El servicio de garantía. 2.2.3. El servicio financiero. 2.3. Régimen especial de reintegración concursal. 3. El confirming. 3.1. Concepto y normativa aplicable. 3.2. Contenido. 3.2.1. Obligaciones del gestor. 3.2.1.1. Obligación principal. 3.2.1.2. Obligaciones eventuales. 3.2.2. Obligaciones del cliente. V. OPERACIONES DE MEDIACIÓN. 1. La cuenta corriente bancaria de gestión. 2. La transferencia bancaria. 2.1. Concepto. 2.2. Las relaciones. 2.2.1. La relación entre el ordenante y su banco. 2.2.2. La relación entre el beneficiario y su banco. 2.2.3. Las relaciones entre los bancos. Las transferencias directas e indirectas. 2.2.4. Las transferencias electrónicas. 2.3. Régimen jurídico. 3. El crédito documentario. 3.1. Concepto. 3.2. Las relaciones. 3.2.1. La relación entre el ordenante comprador y su banco. 3.2.2. La carta de crédito. 3.2.2.1. Concepto. 3.2.2.2. Cláusula de pago mediante crédito documentario y cláusula pago contra documentos. VI. TARJETAS BANCARIAS. 1. Concepto. 2. El contrato de tarjeta. 2.1. Concepto y normativa aplicable. 2.2. Contenido. 2.2.1. Obligaciones de la entidad emitente. 2.2.2. Obligaciones del titular de la tarjeta. 2.3. Clases de tarjetas. Tarjetas de crédito y débito. 3. El contrato de admisión de tarjeta. 4. Las tarjetas monedero.

IV. OPERACIONES DE CRÉDITO ACTIVAS (CONTINUACIÓN)

1. Leasing

1.1. Concepto y normativa aplicable

El leasing está mencionado en la DA 3ª LOSSEC. Conforme a ella son operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad por un intermediario financiero, según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico del canon pactado. Es imprescindible que los bienes objeto de cesión queden afectados por el usuario únicamente a las explotaciones de que sea titular. El contrato incluirá asimismo, necesariamente, una opción de compra, a su término, en favor del usuario.

La Ley alude también a las sociedades de leasing para someterlas a supervisión administrativa en su condición de establecimientos financieros de crédito (LFFE y Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, por el que se establece el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito). Fuera de estas disposiciones y de la DA 1ª LVPBM se trata de un contrato atípico legalmente, si bien goza de una

gran tipicidad social, debido a su implantación práctica, que, a su vez, deriva en gran medida de las ventajas fiscales que se le reconocen.

1.2. Naturaleza jurídica y distinción de figuras afines

En atención a los rasgos que le caracterizan hay que concluir que el *leasing* es un contrato de financiación. A pesar de su denominación no es un arrendamiento, ya que su causa no se resuelve de forma prevalente en la cesión del uso del bien, sino en la intención de financiar la explotación y el disfrute de este. No obstante, se diferencia del comodato, o préstamo de uso, en que este último es gratuito (arts. 1740 y 1741 Cciv). Tampoco se trata de una compraventa a plazos. El motivo reside en que en el *leasing* el arrendador mantiene la propiedad del bien, sin necesidad de incluir la cláusula de reserva de dominio y no se produce la transmisión automática de la propiedad al usuario con el pago de la última cuota, sino con el ejercicio de la opción de compra, que, por lo demás, puede no ejercitarse. Con todo, hay que reconocer que los *leasings* de amortización total producen efectos económicos muy similares a la compraventa, en especial cuando la vida útil del bien coincide con el fin del plazo de duración del contrato.

Aunque no es una postura constante, la jurisprudencia suele considerar el valor de la opción de compra como un dato relevante para distinguir ambos contratos. En concreto, el carácter insignificante o simbólico del precio de la opción compra se ha interpretado como un indicio de que el contrato no es *leasing*, sino compraventa. La distinción entre *leasing* y compraventa a plazos es fundamental para identificar los derechos de la entidad de *leasing*. En particular, en caso de embargo. Frente al embargo del bien cedido en arrendamiento financiero, la sociedad de *leasing* puede interponer la correspondiente tercería de dominio, como propietaria que es del bien, lo que no está en condiciones de hacer el vendedor a plazos, que ha transmitido la titularidad de aquel al comprador, salvo que haya pactado una reserva de dominio. En definitiva, el *leasing* es un contrato *sui generis* con el que se pretende financiar la adquisición de ciertas cosas.

1.3. Contenido

1.3.1. Obligaciones de la sociedad de *leasing*

Las obligaciones esenciales de la sociedad de *leasing* son la de concluir el contrato de compraventa del bien conforme a las indicaciones del usuario y la de cederle su uso en los términos convenidos. Compra en nombre propio, por lo que adquiere la propiedad de bien. Pero lo hace por cuenta e interés del usuario,

lo que imprime a este tipo de convenios una característica peculiar. En efecto, aunque se trata de contratos bilaterales, entre la sociedad de *leasing* y el usuario, instauran una relación trilateral en la que se implica al proveedor del bien. Este último suscribe el contrato de compraventa con la sociedad de *leasing*, pero el usuario se interfiere en su ejecución puesto se subroga en los derechos y acciones que corresponden a la sociedad de *leasing* frente al vendedor, en virtud del pacto suscrito entre esos dos últimos.

Por consiguiente, el usuario puede exigir al vendedor la entrega del bien y el saneamiento por los vicios o defectos del mismo, aunque no sea ni comprador, ni propietario; mientras que el propietario no responde de los vicios de aquel. El motivo radica en que el mantenimiento de la propiedad por la sociedad de *leasing* se efectúa con una finalidad esencial de garantía. Ahora bien, como arrendadora, la sociedad de *leasing* retiene la obligación de mantener al usuario en la posesión legal y pacífica del bien, asumiendo la garantía por evicción.

1.3.2. *Obligaciones del usuario*

El usuario debe satisfacer las cuotas pactadas en los plazos convenidos y destinar el bien al uso previsto, cuidándolo y conservándolo diligentemente. Asume también el riesgo de su pérdida o deterioro, incluso fortuitos, por lo que la pérdida fortuita del bien no le exime de abonar las cuotas pendientes. Para garantizar el cumplimiento de estas obligaciones, la sociedad de *leasing* suele imponer al usuario la obligación de asegurar el bien, y se reserva, de ordinario, el derecho de inspeccionarlo. Conviene destacar que su posición jurídica está particularmente protegida en la Ley. En caso de incumplimiento por el usuario de su obligación de pagar las cuotas pactadas, tiene derecho al pago de las vencidas e impagadas así como al abono de los intereses moratorios, pudiendo asimismo resolver el contrato y exigir la recuperación del bien.

Finalizado el tiempo pactado, el usuario está obligado a entregar el bien al arrendador financiero, salvo que ejercite la opción de compra, se prorrogue el contrato o se convenga un nuevo contrato de arrendamiento financiero. El ejercicio de la opción de compra es facultativo para el usuario, pero si decide utilizarla será necesario haber abonado las cuotas periódicas y su precio, que coincide con el valor residual del bien. En este caso adquiere su propiedad. En otro supuesto, finalizado el tiempo pactado, está obligado a entregar el bien al arrendador financiero, salvo que se prorrogue el contrato o se convenga un nuevo contrato de arrendamiento financiero por el valor residual y, por lo tanto, generalmente, con cuotas más bajas.

1.4. Clases

1.4.1. *Leasing mobiliario e inmobiliario*

El *leasing* mobiliario y el inmobiliario se diferencian por su objeto, bienes muebles e inmuebles, respectivamente. Si el primero recae sobre bienes muebles corporales no consumibles e identificables y consta formalizado en el modelo oficial podrá ser inscrito en el Registro de Bienes Muebles. Los contratos inscritos en el Registro y los formalizados en documento que lleve aparejada ejecución (517.2 4º y 5º LEC), se benefician de un régimen especialmente tuitivo del arrendador. En caso de incumplimiento por el usuario, el arrendador puede acudir al procedimiento especial de recuperación del bien previsto en la LVPBM (DA 1º 3 LVPBM). Y recabar el cumplimiento por aquel de sus obligaciones en el proceso de ejecución.

Por su parte, si el usuario es declarado en concurso, los créditos del arrendador financiero tienen el carácter de privilegiados especiales (art. 90.1.4º LC). Y este ostenta el derecho a recuperar el bien. Aunque si se trata de bienes afectos a la actividad empresarial o profesional del concursado, no puede hacerlo hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso, sin que se hubiera producido la apertura de la fase de liquidación (arts. 56 y 57 LC).

En el *leasing* inmobiliario, el arrendador financiero goza de los mismos derechos anteriores, salvo la posibilidad de acudir al procedimiento especial de recuperación del bien de la LVPBM. Para poder acudir al procedimiento ejecutivo es preciso que el contrato conste en título que lleve aparejada ejecución. Y para acceder al tratamiento particular que otorga la LC es necesario que, además, esté inscrito en el Registro de la Propiedad.

1.4.2. *Leasing financiero y el leasing operativo. Renting*

En atención a la causa y función económica del contrato se distinguen el *leasing* financiero y el *leasing* operativo. El primero se caracteriza porque, a pesar de que jurídicamente es un contrato bilateral, desde un punto de vista económico la operación tiene carácter triangular, dado que ella intervienen el proveedor del bien, el arrendador financiero y el usuario, que elige al primero libremente. Recae generalmente sobre bienes de equipo nuevos cuya conservación y mantenimiento corren de cuenta del usuario. Su duración viene calculada en función de la vida económica del bien, teniendo en cuenta los requisitos de aplicación de los beneficios fiscales, de modo que, al término del contrato, el usuario habrá pagado el

total del capital invertido, los intereses, gastos y el margen de beneficios del arrendador financiero.

En el *leasing* operativo el proveedor es el propio arrendador del bien. Se trata, normalmente, de contratos con una duración menor que los contratos de arrendamiento financiero en los que, además, se da generalmente al usuario la posibilidad de finalizar la relación contractual antes de la extinción del plazo inicialmente previsto. En esta modalidad contractual la conservación y mantenimiento del bien suele estar a cargo del arrendador. Su función esencial es evitar al usuario el riesgo de obsolescencia que presentan algunos bienes o proporcionar la posibilidad de utilizar bienes que se necesitan por períodos cortos de tiempo que hacen poco rentable su adquisición.

Aunque hay quien identifica el *leasing* operativo con el contrato de *renting*, entre ellos se advierten diferencias. En el *leasing* operativo es el propio fabricante quien ofrece los productos mediante la cesión del uso, a cambio del pago de cánones, que comprenden una cuota fija, en función de la amortización de los bienes, y una cuota variable, que sirve para recuperar los costes y gastos. En el *renting*, sin embargo, el arrendador es un empresario que mantiene un parque propio de bienes, que no fabrica y que, previamente, adquirió a un productor determinado. Se produce la cesión de uso de unos bienes a cambio de un precio cierto, pero la necesidad de utilización de los bienes es circunstancial concretada en la realización de una obra o en la prestación de un servicio determinado.

1.4.3. *Lease-back*

El *lease-back*, *retroleasing* o *leasing* de retro comprende aquellos supuestos en los que un empresario que necesita financiación vende al futuro arrendador financiero un determinado bien, para que, seguidamente, este le último ceda su uso a cambio del pago de las cuotas de arrendamiento financiero. De esta forma, el vendedor hace efectivo el valor del bien, pero puede seguir utilizándolo, a cambio del pago de las cuotas, y, a la finalización del contrato, está en condiciones de ejercitar la opción de compra y volver a ser propietario del bien.

2. *Factoring*

2.1. Concepto y normativa aplicable

Este contrato carece de regulación legal, si bien la Ley alude a las sociedades de *factoring* para someterlas a supervisión administrativa en su condición de establecimientos financieros de crédito (LFFE y Real Decreto 692/1996, de 26 de abril,

por el que se establece el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito). Está mencionado asimismo en la DA 3ª LECR. Por lo demás, se halla dotado de un alto grado de tipicidad social, derivada de su repetición en el tráfico a partir de contratos de adhesión. Conforme a todo ello, el contrato de facturación o *factoring* es un pacto entre un empresario y una entidad, denominada de *factoring* o factor, en virtud del cual aquel se obliga a ceder a esta última un conjunto de créditos que ostenta frente a sus deudores; mientras que la entidad, a su vez, se obliga a prestar una serie de servicios a aquel, a cambio de una retribución.

Los servicios varían según la modalidad de que se trate, si bien es esencial la prestación del servicio de gestión. Junto a él pueden pactarse el servicio de garantía y el financiero. Además es posible que existan otras prestaciones complementarias, como el estudio del grado de solvencia de los eventuales compradores y su clasificación en función de ella, así como la llevanza de la contabilidad de ventas de clientes, los estudios de mercado o informaciones comerciales, selección de clientes o formación de personal especializado. De la unión de todos estos servicios surge el denominado «*old line factoring*», figura en la que se advierte con mayor nitidez la peculiaridad del *factoring*, que se hace radicar en la combinación de los servicios que incluye.

2.2. Contenido

2.2.1. El servicio de gestión

El servicio de gestión comprende la gestión del cobro de los créditos que el cliente ostente contra sus deudores, lo que exige una previa cesión global de los mismos por parte del cliente al factor. Por consiguiente, resulta de aplicación la disciplina sobre la cesión de créditos (arts. 1526 y ss. Cciv y 347 y 348 Ccom), modulada en atención al carácter global y no individual de la cesión.

Conforme a ella, la cesión requiere de un contrato causal que, en el caso del *factoring* propio, es una compraventa de derechos incorporeales. En consecuencia se trata de un contrato consensual, que se perfecciona por el mero consentimiento prestado por la entidad *factoring* y su cliente en torno a los créditos que constituyan el objeto de la cesión.

En ese mismo momento, además, se produce el efecto traslativo de los créditos al factor, si es que han nacido. Si se trata de créditos futuros aquel efecto se pospone al nacimiento. La transmisión acaece sin necesidad de contar con el consentimiento del deudor cedido, aunque es el obligado al pago. Por este motivo, aunque el deudor no es parte del contrato de *factoring*, queda afectado por el mismo, ya

que la cesión del crédito que se ostenta contra él le obliga a efectuar el pago al factor desde que tenga conocimiento de ella.

El mecanismo de la cesión explica igualmente el régimen de las excepciones que el deudor cedido está autorizado a utilizar para negarse al pago del crédito. Podrá esgrimir contra el factor las mismas excepciones relativas al contrato suscrito con su proveedor, que hubiera estado en condiciones de emplear si el pago hubiera sido instado por este último, ya que la cesión procura la transmisión del crédito sin modificación objetiva alguna, asumiendo el factor idéntica posición jurídica a la del cedente. Asimismo dispone, frente al factor, de las excepciones personales que ostente contra el cedente al margen del contrato suscrito con él.

Puede, por ejemplo, invocar excepciones relativas a la nulidad del contrato, la novación del crédito, su extinción por pago, antes de que le fuera notificada la cesión, su prescripción, la compensación con deudas del acreedor-cedente anteriores a la cesión, si notificada no la consintió (cfr. art. 1198.2 Cciv), y la de las deudas anteriores y posteriores a la cesión hasta que le haya sido notificada (art. 1198.3 Cciv). No obstante, frente a terceros la cesión surtirá efecto desde que su fecha deba tenerse por cierta de conformidad con los artículos 1.218 y 1.227 del Código Civil (art. 1526 Cciv).

Por otro lado, además del cobro extrajudicial de los créditos, el servicio de gestión puede incluir la reclamación judicial (*maturity factoring*). En este supuesto el cliente cobra al pago efectuado por el deudor.

2.2.2. *El servicio de garantía*

El servicio de garantía consiste en asegurar el riesgo de insolvencia de los deudores de los créditos cedidos por el cliente. En virtud del mismo el factor garantiza el cobro de la totalidad o parte de aquellos. Esta modalidad se conoce como *factoring* propio o sin recurso, que se distingue del impropio o con recurso en que, en este último, tal prestación no viene estipulada, de modo que el factor no asume el riesgo del buen fin de la operación, por lo que puede dirigirse –tiene recurso– contra el cliente, si el crédito no es pagado a su vencimiento.

2.2.3. *El servicio financiero*

El servicio financiero implica el pago del crédito al cliente antes de su vencimiento y, por tanto, del cobro al deudor de este, por lo que supone un anticipo de fondos sobre los créditos cedidos, en el tiempo y cuantía establecidos en el contrato, con el descuento de los intereses que correspondan a dicho período (*credit cash factoring*).

2.3. Régimen especial de reintegración concursal

La DA 3^a LECR prevé un régimen singular para el *factoring* en caso de concurso. En particular al respecto del ejercicio de acciones de reintegración. Es preciso, no obstante, que concurran los siguientes presupuestos: i) ha de tratarse de cesiones globales de créditos empresariales, estimándose que son aquellas en las que el cedente es un empresario y los créditos cedidos proceden de su actividad empresarial y el cesionario es una entidad de crédito o un Fondo de titulización; ii) los créditos objeto de cesión al amparo del contrato deben existir ya en la fecha del contrato de cesión o habrán de nacer de la actividad empresarial que el cedente lleve a cabo en el plazo máximo de un año a contar desde dicha fecha, o constar en el contrato de cesión la identidad de los futuros deudores; y, iii) el cesionario ha de prestar el servicio financiero, y, en el caso de que no se pacte un *factoring* propio, ha de acreditarse que dicho cesionario ha abonado al cedente, en todo o en parte, el importe del crédito cedido antes de su vencimiento.

Concurriendo todos los presupuestos, si se trata de concurso del cedente, las cesiones serán rescindibles de conformidad con lo dispuesto en el art. 71 LC. Si es el deudor cedido quien ha sido declarado en concurso, los pagos realizados por el deudor al cesionario no estarán sujetos a la rescisión prevista en el precepto citado. Sin embargo, podrá ejercitarse la acción rescisoria cuando se hayan efectuado pagos cuyo vencimiento fuera posterior al concurso, o cuando quien la ejercite pruebe que el cedente o el cesionario conocían el estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha de pago por el cesionario al cedente. No obstante, dicha revocación no afectará al cesionario, salvo que se haya pactado así expresamente.

3. *El confirming*

3.1. Concepto y normativa aplicable

Por el contrato de *confirming* uno de los contratantes, el cliente, encomienda al otro contratante, el gestor de pagos, la gestión de sus pagos a acreedores, a cambio de una contraprestación, comprometiéndose el gestor a realizar el pago a su vencimiento, o bien en una fecha anterior, en el caso de que el acreedor solicite, y el gestor consienta, la financiación del crédito. En esencia, pues, el gestor de pagos, que suele ser una entidad de crédito, se compromete a gestionar y administrar los pagos que el cliente, que, es de ordinario, un empresario de grandes dimensiones del sector de la distribución, ha de hacer a sus proveedores. Por consiguiente, desde un punto de vista económico, puede decirse que se trata de un *factoring* inverso. En el *factoring* la entidad de crédito adquiere los créditos que ostenta su cliente frente a terceros con el encargo de cobrarlos. Mientras que en el *confirming* es el

cliente de la entidad quien ostenta una posición de deudor y acude a la entidad de crédito para encargarle que pague a sus acreedores.

El *confirming* carece de regulación propia en nuestro derecho. De modo que es necesario recurrir a la analogía para integrar su régimen jurídico. Considerando la prestación principal del mismo ha de estimarse que se trata de una comisión, ya que la obligación esencial que asume la entidad de crédito es la de cumplir el encargo formulado por su cliente, consistente en proceder al pago de los acreedores de este último, en nombre y por cuenta del mismo, permaneciendo ajeno a la relación jurídica establecida entre él y dichos acreedores acreedores. Por otra parte, la entidad de crédito puede obligarse también a anticipar fondos a su cliente para proceder a dicho pago (art. 251 Ccom), devengándose el interés correspondiente, lo que suele arbitrase mediante un contrato de préstamo o crédito. Y es, asimismo, posible que el cliente ingrese fondos a disposición de la entidad por importe superior a los créditos cuyo pago ha ordenado. En este caso existe una operación de crédito pasiva, que devenga el interés correspondiente a favor del cliente. Todo ello suele incluirse en el marco de una cuenta corriente.

3.2. Contenido

3.2.1. Obligaciones del gestor

3.2.1.1. Obligación principal

La obligación principal del gestor es proceder al pago de los acreedores del cliente en nombre y por cuenta de este, conforme a las instrucciones suministradas por él. Presupuesto previo de la ejecución de esta obligación es la confirmación del pago de los créditos ya determinados, que se remitirá al gestor junto con las facturas. Dicha confirmación es, jurídicamente, una orden de pago. Tras ello, la entidad comunicará a los acreedores que procederá al pago de las facturas el día del vencimiento, por cuenta de su cliente. La confirmación remitida a los acreedores por el agente, una vez confirmados los créditos y emitida la orden de pago por el cliente, podrá ser revocable o irrevocable, según se haya pactado en el contrato.

La revocabilidad ha de admitirse sin duda ya que la confirmación del cliente es una orden de pago que, como tal, puede ser revocada. Asimismo la confirmación enviada a los acreedores puede serlo porque el banco actúa en nombre y por cuenta del cliente sin asumir obligación alguna propia con ellos. Como excepción no se admite la revocación cuando el banco haya ejecutado la orden, pagando o a anticipando el pago, ya que el cliente está obligado a asumir las resutas de las gestiones practicadas antes de haber notificado la revocación (arg. *ex* art. 279 Ccom). Por otra parte, la irrevocabilidad de la confirmación no implicará la novación de

la relación subyacente entre el cliente y el acreedor. En virtud del pago al acreedor, el agente se subrogará en los derechos de aquel, pudiendo reclamar al cliente la totalidad del importe del crédito.

3.2.1.2. Obligaciones eventuales

La primera obligación eventual es la de conceder crédito al cliente mediante el anticipo de los fondos necesarios para proceder al pago de los créditos. La segunda obligación, asimismo eventual, es la de abonar el interés correspondiente en el caso de que el cliente anticipe a la entidad de crédito el importe de las facturas. La tercera es la de proponer la concesión de crédito a los acreedores del cliente. Esta obligación se ejecuta mediante el ofrecimiento a dichos acreedores, por parte de la entidad, de la posibilidad de descontar las facturas antes de su vencimiento. Si estos aceptan, se suscribirá entre la entidad y los acreedores el correspondiente contrato de descuento, un mero descuento puntual de un efecto comercial (factura). Aunque tiene su base en él, es esta una relación jurídica independiente del *confirming* en la que no interviene el cliente. En estos casos, el agente no podrá exigir al cliente la restitución del importe del crédito con anterioridad a la fecha de vencimiento de éste.

3.2.2. Obligaciones del cliente

El cliente asume la obligación de pagar la denominada tarifa de *confirming*, que es, en realidad, una comisión cuyo importe puede determinarse de varias formas. Entre otras, mediante un porcentaje sobre el importe total de las facturas cuyo pago se administra, a través de una cantidad fija por cada documento de pago (tarifa de manipulación), o bien, por último, conforme a un sistema que combine los dos anteriores. Con independencia de ello, el cliente deberá abonar el interés pactado en el correspondiente contrato de préstamo o crédito cuando abone el importe de las remesas con fecha posterior al vencimiento de las facturas.

V. OPERACIONES DE MEDIACIÓN

1. La cuenta corriente bancaria de gestión

Las cuentas bancarias constituyen la manifestación externa de las relaciones entre un cliente y su banco, ya que reflejan la situación patrimonial en que se encuentra aquel frente a este. Una de estas cuentas bancarias es la cuenta

corriente bancaria de gestión. Se trata de un contrato atípico, en tanto no está regulado en la Ley; y mixto, pues acoge elementos de otros contratos. En particular de la comisión y de la cuenta corriente mercantil u ordinaria. Tiene en común con esta la existencia de un contrato, la utilización de un soporte contable y la compensación de remesas. Se diferencian en que los rasgos de recíproca concesión de crédito, inexigibilidad e indisponibilidad de las remesas y compensación final, única y por columnas, que aparecen en la cuenta corriente mercantil, faltan en la bancaria.

En la cuenta corriente mercantil, en efecto, es esencial la recíproca concesión de crédito entre los contratantes, al consentir que se aplaze la exigibilidad de los créditos aislados al momento del cierre de la cuenta, lo que significa que el contratante no está obligado a realizar una contraprestación a cambio de la prestación recibida, sino tan sólo a anotar dicho crédito en la cuenta. Asimismo los créditos no pueden exigirse de forma aislada sino que son indisponibles hasta el momento de cierre de la cuenta, que es cuando se produce la compensación entre las deudas y los créditos. Por el contrario, en la cuenta corriente bancaria la concesión de crédito, cuando existe, es unilateral, dependiendo de la clase de contrato conectado a la cuenta. En un depósito es el cliente quien concede crédito al banco y, viceversa, en la apertura de crédito. La disponibilidad, además, es inmediata. El cliente puede disponer de su crédito en cualquier momento, retirando el importe de su saldo. Y la compensación es continua y automática después de la inscripción de las partidas en la cuenta.

Su analogía con la comisión deriva de la prestación del servicio de caja por parte del banco, esto es, la gestión de cobros y pagos por cuenta y en interés del cliente, siguiendo las órdenes de este. Se trata de una obligación esencial del banco, que determina la sustantividad del pacto y que le diferencia de otras situaciones en que la cuenta es mero reflejo aritmético del desarrollo de otros convenios. Sustancialmente del depósito en cuenta corriente. Frente a él, en el depósito inserto en una cuenta corriente bancaria, el banco, además de las obligaciones propias del depósito, asume la de prestar al cliente el servicio de caja. En razón de ello se entiende que la cuenta corriente bancaria es un contrato de gestión de intereses ajenos, una subespecie de la comisión mercantil, sometida, por tanto, a la normativa que regula esta. El banco asume, pues, las mismas obligaciones y responsabilidades que el comisionista y, en contraprestación, ostenta el derecho principal de cobrar comisiones, determinadas según tarifas, que han de ser comunicadas al cliente. El Banco también tiene derecho a ser rembolsado por los gastos realizados (art. 278 Ccom). Por lo demás, hay que tener en cuenta la disciplina prevista en la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago.

2. *La transferencia bancaria*

2.1. Concepto

La transferencia bancaria consiste en una orden de traspasar una determinada cantidad de dinero de una cuenta bancaria a otra, que se ejecuta mediante el adeudo en la primera y el abono en la segunda. En la práctica bancaria se habla de transferencia cuando las cuentas pertenecen a distintas Entidades y de traspaso cuando se trata de la misma Entidad. Jurídicamente, sin embargo, su naturaleza es la misma. En ella concurren un cúmulo de relaciones contractuales, jurídicamente independientes unas de otras. La que existe entre el ordenante y su banco, la que se instaura entre el beneficiario y el suyo y las que acaecen entre los bancos, que difieren según si la transferencia es directa o indirecta.

2.2. Las relaciones

2.2.1. *La relación entre el ordenante y su banco*

La relación que existe entre el ordenante y su banco deriva de un contrato de cuenta corriente, en cuyo marco, dado el servicio de caja que este integra, el banco asume la obligación de realizar las operaciones de pagos y cobros (art. 175.8 Ccom) ordenadas por su cliente, que, por ello, puede exigir el abono en la cuenta del beneficiario. Esta relación es, por tanto, la propia de un contrato de mandato de pago, que tiene su fundamento en el contrato de cuenta corriente, al que son aplicables la reglas de la comisión y, con carácter subsidiario, las del mandato (art. 50 Ccom). Por eso el cumplimiento de la orden de transferencia está subordinado a la existencia de saldo disponible, lo que explica que no sea necesaria la aceptación del Banco (art. 250 Ccom). La relación causal entre el ordenante y el beneficiario que justificó la orden es, sin embargo, totalmente ajena a esta, de modo que no afecta a su validez, ni a sus vicisitudes, ya que hay una total abstracción. Pero la orden incide sobre aquella, singularmente respecto a los efectos liberatorios del deudor-ordenante.

2.2.2. *La relación entre el beneficiario y su banco*

La relación entre el beneficiario y su banco se fundamenta exclusivamente en la relación de cuenta corriente bancaria existente entre ellos. El Banco actúa otra vez ejecutando las obligaciones que le incumben en el marco del servicio de caja que se ha comprometido a prestar como contenido de aquel, y que le obliga a aceptar los ingresos que se efectúen en la cuenta corriente de su cliente. Lo hace

dentro de una relación de mandato general de cobros, cumpliendo su obligación con el acto del abono en cuenta corriente, que sustituye a la entrega directa del dinero a su mandante (1720 Cciv), en ejecución del contrato de cuenta corriente que les une. Desde el momento en que se efectúa el ingreso nace un crédito de este último contra su banco, que, no obstante, pierde su individualidad para someterse al régimen de la cuenta corriente del beneficiario contribuyendo a formar el saldo disponible.

2.2.3. Las relaciones entre los bancos. Las transferencias directas e indirectas

La descripción anterior no justifica el título en virtud del cual el banco del ordenante puede acreditar en la cuenta del beneficiario la cantidad a que se refiere la transferencia si se trata de otra entidad, y no debe olvidarse que la finalidad perseguida por el ordenante no se resuelve en que sea ejecutada la orden de adeudo en su cuenta. Lo que pretende es que se realice la transferencia, esto es, que los fondos sean acreditados en la cuenta de la entidad del beneficiario. Ese objetivo se consigue de manera distinta según se trate de una transferencia directa o indirecta.

En la primera existe un contrato denominado de corresponsalía en cuenta corriente entre los bancos participantes. En virtud de ese contrato asumen la obligación de prestación recíproca de determinados servicios, entre los que se incluye la obligación de atender los encargos de transferencia, análogos a un mandato recíproco de pago cuyas remesas fijan un saldo periódicamente liquidable. La orden de abono del banco del ordenante es la especificación del mandato general al que el banco del beneficiario se ve obligado en razón del contrato que les vincula. De modo que la relación de mandato existente entre el ordenante y su banco exige para su ejecución el desenvolvimiento de otra relación de mandato entre el banco del ordenante y el del beneficiario, la que surge del negocio de corresponsalía.

En la transferencia indirecta, a la que se suele acudir si no existe un previo contrato de corresponsalía entre los bancos, se recurre a una tercera entidad, normalmente el Banco Central del país, en la que ambos tengan abierta cuenta corriente, que actúa de intermediaria. Dentro de la entidad mediadora se envían fondos desde la cuenta del banco ordenante a la cuenta del banco beneficiario, siguiéndose el mecanismo de la transferencia interior, que supone para el banco ordenante la ejecución de la orden recibida de su cliente, y constituye para el banco del beneficiario una obligación de aceptarla, en cumplimiento del contrato de cuenta corriente que le impone aceptar los pagos hechos a favor de su cliente.

2.2.4. Las transferencias electrónicas

La estructura jurídica anterior no se modifica tratándose de transferencias electrónicas, que constituyen en la actualidad el más importante medio de pago. Las transferencias electrónicas son aquellas en que la transmisión de los datos se hace electrónicamente, sustituyéndose el papel por el impulso electrónico, en alguna, o en todas, las fases de su desarrollo: emisión de la orden de transferencia a través de terminales electrónicas activadas por el cliente, ejecución electrónica de la misma por el banco receptor o los subsiguientes expedidores, así como las efectuadas por terceros operadores (*electronic funds transfers, EFT*).

Están compuestas por una pluralidad de contratos. Contrato entre el ordenante y su banco, que se enmarca en la relación de cuenta corriente existente entre ambos. Contrato entre el primer banco emisor, que inicia la transferencia, con el siguiente, que puede ser de corresponsalía, si la transferencia es directa, o de mandato o cuenta corriente en otro caso, y así sucesivamente hasta alcanzar al banco del beneficiario de la orden de abono, receptor final de la orden. Entre este y su banco existe un contrato de cuenta corriente en virtud del cual el banco asume la obligación de ejecutar la orden de abono.

Por otra parte, para la transmisión y ejecución de la orden, lo usual es utilizar mediadores profesionales. En la práctica internacional el más común es *Swift*, acrónimo de *Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication*, que corresponde a una sociedad propiedad de diversas entidades financieras, que resultan además usuarias del sistema de mensajería segura y de servicios de valor añadido diseñado y gestionado por la sociedad. *Swift* es simplemente una plataforma de envío y recepción de mensajes por vía informática. No maneja efectivos ni gestiona cuentas de sus usuarios, limitándose a ser el cauce por el que instituciones financieras intercambian mensajes con contenido económico.

2.3. Régimen jurídico

Conforme al contenido y naturaleza de cada una de las relaciones implicadas el régimen jurídico es el propio de los contratos de los que surgen. No obstante, hay que tener en cuenta además el Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera que deroga la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de servicios de pago, y que afecta a aspectos relevantes de su disciplina.

En particular contempla un sistema de comunicación de responsabilidades, especialmente necesario debido a la independencia jurídica de los distintos contratos (arts. 45 a 49 LSPa). La entidad de crédito responde frente al ordenante de

la correcta ejecución de la transferencia hasta el momento en que su importe se abone en la cuenta de la entidad de crédito del beneficiario. En la hipótesis de órdenes de pago no ejecutadas, o ejecutadas defectuosamente, devolverá sin demora injustificada al ordenante la cantidad correspondiente a la operación y, en su caso, restablecerá el saldo de la cuenta de pago a la situación en que debiera estar si no hubiera tenido lugar la operación de pago defectuosa.

En todo caso, cuando una orden de pago no se ejecute, o se ejecute defectuosamente, la entidad de crédito del ordenante tratará de averiguar inmediatamente, previa petición y con independencia de su responsabilidad, los datos relativos a la operación de pago y notificará al ordenante los resultados. Ello no obstante, si el daño fue ocasionado por otra entidad de crédito, o por un intermediario, la entidad responsable frente al ordenante, podrá repetir contra ellos. Esta responsabilidad solo cesa en caso de circunstancias excepcionales e imprevisibles, fuera del control de la parte que las invoca, cuyas consecuencias hubieran sido inevitables a pesar de todos los esfuerzos en sentido contrario. Finalmente, producido el abono en la cuenta de la entidad de crédito del beneficiario, la entidad pondrá inmediatamente a disposición del beneficiario la cantidad correspondiente a la operación de pago, abonando la cantidad correspondiente en la cuenta de aquél. Desde ese momento será responsable frente al beneficiario de la correcta ejecución de la operación.

3. *El crédito documentario*

3.1. Concepto

La relación de crédito documentario tiene su origen mediato en un contrato de compraventa, suministro o similar, en su modalidad de *plaza a plaza* y *con expedición* de carácter, normalmente, internacional, al que se añade la cláusula *pago por crédito documentario*, que impone la obligación adicional al comprador de acudir a la mediación de una entidad de crédito, que, por cuenta del mismo, pero en nombre propio, será quien pague el precio al vendedor, contra la entrega, entre otros, de los documentos representativos de las mercaderías (vgr. conocimiento de embarque). La finalidad del pacto es asegurar la ejecución de las recíprocas contraprestaciones por medio de la intervención de la entidad de crédito. El recurso al crédito documentario asegura al vendedor el cobro del precio, y al comprador la posesión mediata y la disponibilidad de las mercancías a través de los documentos representativos de las mismas, que se entregan al banco.

Por consiguiente, en el sustrato económico de la operación, se advierten varias relaciones jurídicas. En primer lugar, el contrato de compraventa que une al

comprador y al vendedor, y que, en virtud de la cláusula *pago por crédito documentario*, obliga al primero a abonar el precio a través del crédito documentario. En segundo término, la relación entre el ordenante-comprador y su banco, que es un contrato de comisión. Con fundamento en este último, el banco se obliga frente al primero a pagar al tercero vendedor. Ahora bien, la comisión no agota el significado de la operación, pues dicho contrato impone, a su vez, al banco la realización de un nuevo negocio, la emisión de la *carta de crédito*, por el cual se compromete, en nombre propio, a efectuar el pago contra la entrega de los documentos correspondientes. La carta constituye, pues, el negocio de ejecución del crédito documentario. Es esta carta la que expresa con nitidez la función asegurativa que persigue la operación en su conjunto, en la medida en que dicha función se arbitra, precisamente, a través de la mediación del banco en el pago del precio de la compraventa.

Esta particular articulación obliga a estimar que el cúmulo de relaciones jurídicas implicadas constituye una figura próxima a los contratos unidos, es decir, prestaciones diversas en el marco de negocios distintos, pero interdependientes, ya que unos aparecen como causa (negocio base) de otros (negocios de ejecución). Pese a su confusa denominación no se trata, por tanto, de una operación activa, esto es, no es un contrato de crédito, ni, en particular, de apertura de crédito, porque el banco puede disponer de fondos del comprador –v.gr. por la existencia de un previo contrato de depósito–, o exigirle una provisión inmediata de los mismos. Es una operación de mediación en los pagos desarrollada típicamente por los Bancos.

Es esta una figura jurídica que carece de regulación en nuestro Derecho. En el contexto internacional está prevista en las Reglas y Usos Uniformes sobre Créditos Documentarios aprobadas por la Cámara de Comercio Internacional, que son objeto de revisión periódicamente.

3.2. Las relaciones

3.2.1. *La relación entre el ordenante comprador y su banco*

La relación entre el ordenante-comprador y su banco se resuelve en un contrato de comisión en el que el cliente, como comitente, encarga al banco la realización de determinadas prestaciones a favor de un tercero, el beneficiario-vendedor, con arreglo a las instrucciones indicadas por el ordenante. En particular, el pago del precio de la compraventa, una vez que el beneficiario haya presentado los documentos exigidos en el acuerdo (vgr. factura, póliza, conocimiento), que el banco se compromete asimismo a retirar y recoger, tras verificar su conformidad.

Ahora bien, se trata de una comprobación estrictamente documental y de alcance limitado, ya que ha de cerciorarse de que la documentación es completa y si reúne externa y objetivamente los requisitos necesarios para la función representativa de las mercancías que realiza. Pero no asume responsabilidad en orden a su exactitud, autenticidad o validez, ni en cuanto a la descripción de las mercancías que representan.

Por su parte, el ordenante se obliga frente al banco a satisfacer la comisión pactada y a reintegrarle los gastos suplidos. La naturaleza del contrato explica que estos pagos estén especialmente garantizados. En efecto, a cambio del pago que efectúa, el banco obtiene del vendedor los documentos representativos de las mercancías, lo que le confiere la disponibilidad sobre ellas. Y le permite impedir al ordenante que las retire sin liquidar previamente con él, quien, en su condición de comisionista, ostenta un derecho de retención sobre ellas, hasta que el ordenante cumpla sus compromisos (art. 276 Ccom). Sin embargo, esta dimensión no agota el significado de la operación, pues el contrato obliga, a su vez, al banco a efectuar un nuevo negocio, la emisión de la *carta de crédito*.

3.2.2. *La carta de crédito*

3.2.2.1. Concepto

La *carta de crédito* es, de ordinario, un negocio jurídico unilateral mediante el que el banco-promitente, dirigiéndose a una persona determinada, el vendedor-beneficiario, se obliga, en nombre propio, a realizar el pago del precio cuando aquel le entregue determinados documentos. Consiste usualmente en una promesa de pago unilateral y no recepticia, irrevocable y abstracta. Es unilateral, puesto que no genera obligación alguna del vendedor frente al banco, ya que este último no puede exigir al vendedor la entrega de los documentos. Es no recepticia, porque la declaración de voluntad del banco emisor no requiere ser recibida por el vendedor para ser eficaz. El banco se vincula desde su emisión y no desde su recepción o aceptación por aquel. Es irrevocable, porque el banco asume un compromiso en firme. Y, es abstracta, porque se trata de una promesa de pago sin otra indicación, pero sólo desde el punto de vista funcional, ya que no origina un negocio abstracto en el sentido de carente de causa, lo que no es posible en nuestro ordenamiento (cfr. art. 1261 Cciv).

Su causa es, para el banco, la comisión y, para el vendedor, la compraventa en la que pactó expresamente la cláusula de pago contra documentos mediante crédito documentario. De modo que es un negocio de ejecución de previas relaciones subyacentes (negocios base). Ahora bien, en virtud de la abstracción funcional

esos negocios base no se insertan en el contenido de la carta. Esta caracterización justifica la independencia del crédito documentario de los contratos subyacentes (comisión y compraventa), explicando la imposibilidad de oponer en su ámbito derechos derivados de aquellos. No es posible, por ejemplo, oponer el incumplimiento de la relación de compraventa y, al revés, no se podrá pagar si no se aportan en tiempo y forma los documentos, aunque al Banco le conste el cumplimiento del contrato subyacente. De igual modo, no serán oponibles las *excepciones* derivadas de la comisión. De forma que, cumplidos los requisitos documentales, el banco ha de pagar en todo caso, salvo que oponga al vendedor beneficiario cuestiones derivadas del propio negocio unilateral –promesa de pago– ligado a la emisión de la carta de crédito, por ejemplo, vicios del consentimiento, dolo del beneficiario, contravención de norma imperativa, compensación con derechos surgidos de la propia relación de carta de crédito –anticipos–...

Con todo, es importante tener en cuenta que se trata de una abstracción de base convencional, ya que deriva del principio de autonomía de la voluntad (arts. 6.2, 1255 y 1091 Cciv), de modo que está sujeta a los límites que restringen este (art. 1255 Cciv). Como consecuencia de ello hay que admitir la posibilidad de oponer *excepciones* derivadas del contrato subyacente cuando, en otro caso, se atente a la moral o a la Ley (art. 1255 Cciv), se vulnere el principio de buena fe o exista abuso de derecho (art. 57 Ccom, art. 7 Cciv), por ejemplo, en caso de incumplimiento fraudulento de la compraventa o de ilicitud de la causa.

3.2.2.2. Cláusula de pago mediante crédito documentario y cláusula pago contra documentos

La emisión de la carta de crédito permite distinguir el crédito documentario de la cláusula *pago contra documentos*, propia de la orden de pago documentaria. Esta orden de pago se emite en el marco de un previo contrato de cuenta corriente y, normalmente, a través de una transferencia bancaria. En ella el banco actúa por cuenta del comprador, paga el precio y retira las mercancías, recibiendo los documentos relativos a las mismas. Asume también la responsabilidad de comprobar que los documentos entregados son los exigidos por la orden de pago. Tiene, por tanto, una estructura aparentemente similar a la del crédito documentario, pues ambos surgen alrededor de la cláusula *pago contra documentos*. La diferencia consiste en que, en que en la simple orden, el banco actúa como mero intermediario, sin emitir la *carta de crédito*, esencial al crédito documentario y, por tanto, sin asumir ninguna obligación de pago en nombre propio, de modo que el beneficiario carece de acción para instar el pago frente a él.

VI. TARJETAS BANCARIAS

1. *Concepto*

La tarjeta es un documento de plástico que permite a su titular acceder a los fondos de su cuenta en una entidad y, por el cual, se autoriza el pago a un beneficiario. Es bancaria cuando ha sido emitida por una entidad de crédito (vgr. la VISA). Su característica principal consiste en su carácter, al menos, trilateral, esto es, exige la presencia de una entidad de crédito emisora, un titular y un establecimiento adherido, que es el proveedor de bienes o suministrador de servicios, lo que da lugar a dos relaciones jurídicas con propia sustantividad: el contrato de tarjeta, que une al emisor y al titular de la tarjeta, y el contrato de admisión de tarjeta, que liga al emisor con el establecimiento adherido. Ambos convenios son independientes entre sí y con el contrato que une al titular de la tarjeta y al establecimiento adherido, de modo que, en principio, cualquier incidencia relativa a ellos es ajena a los demás, salvo previsión legal otro sentido.

Existe, por ejemplo, esta previsión en los contratos a distancia. En el contexto de estos el titular de la tarjeta tiene derecho a pedir la anulación del cargo cuando hubiera concertado el contrato sin presentar directamente la tarjeta, o sin que haya sido identificada electrónicamente, esto es, cuando sólo se hubiera servido del número de la misma. La anulación se realizará mediante el adeudo en la cuenta del vendedor y el abono en la cuenta del titular, lo que deberá hacerse con brevedad, pero sin que se sujete a plazo específico. Al tiempo, el vendedor tendrá derecho a exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por la anulación indebida del titular, que se entenderá existe cuando la compra hubiera sido efectivamente realizada por dicho titular, salvo que la exigencia de devolución fuera consecuencia de haberse ejercido el derecho de desistimiento o de resolución (art. 112 TRLCU).

2. *El contrato de tarjeta*

2.1. *Concepto y normativa aplicable*

El contrato de tarjeta es aquel mediante el cual la entidad emitente se obliga frente al titular, a cambio de una contraprestación, a entregarle la tarjeta, a facilitarle el ejercicio de ciertas facultades vinculadas al servicio de caja, a permitir su utilización como medio de pago de las obligaciones que el titular concluya con terceros y, eventualmente, a concederle crédito. El convenio carece de una disciplina específica, por lo que su régimen jurídico ha de construirse en atención a la analogía que presenta con otros convenios, que varían según las prestaciones

a que se obligue el banco. En general, contiene elementos de la cuenta corriente bancaria, del depósito y, eventualmente, de la apertura de crédito. Además está sometido a la LSP, que regula aspectos relevantes de su contenido.

2.2. Contenido

2.2.1. *Obligaciones de la entidad emitente*

La entidad emitente se obliga frente al titular a entregarle la tarjeta, a facilitarle el ejercicio de ciertas facultades vinculadas al servicio de caja, como, por ejemplo, obtener entregas de dinero en los cajeros automáticos o consultar los movimientos de sus cuentas y, sobre todo, a permitir su utilización como medio de pago de las obligaciones que el titular concluya con terceros. Se obliga igualmente a cerciorarse de que los elementos de seguridad personalizados de la tarjeta solo sean accesibles para su titular [art. 28 a) LSP] y a impedir cualquier utilización de la tarjeta, una vez efectuada por el titular la notificación de su extravío, sustracción o utilización no autorizada, así como a garantizar que, en todo momento, estén disponibles medios adecuados y gratuitos que permitan al titular efectuar la comunicación y demostrar que ha efectuado dicha comunicación, durante los 18 meses siguientes a la misma [art. 28 c) y d) LSP].

Cuando el titular de la tarjeta niegue haber autorizado una operación de pago ya ejecutada o alegue que ésta se ejecutó de manera incorrecta, corresponderá a la entidad de crédito demostrar que la operación de pago fue autenticada, registrada con exactitud y contabilizada, y que no se vio afectada por un fallo técnico o cualquier otra deficiencia (art. 30.1 LSP). Si no logra acreditarlo, devolverá de inmediato el importe de la operación no autorizada y, en su caso, restablecerá en la cuenta de pago en que se haya adeudado dicho importe el estado que habría existido de no haberse efectuado la operación de pago no autorizada (art. 31 LSP). Ahora bien, el titular soportará el total de las pérdidas que afronte como consecuencia de operaciones de pago no autorizadas que sean fruto de su actuación fraudulenta o del incumplimiento, deliberado o por negligencia grave, de su obligación de utilizar el instrumento de pago de conformidad con las condiciones que regulen su emisión y utilización. Responde, en particular, cuando no adopte todas las medidas razonables a fin de proteger los elementos de seguridad personalizados de que vaya provista la tarjeta y cuando no comunique a la entidad su extravío, sustracción o utilización no autorizada en el momento en que tenga conocimiento de ello. Efectuada la comunicación, o si la entidad no ha puesto a su disposición los medios adecuados para realizarla, cesa la responsabilidad del titular, salvo actuación fraudulenta; si bien se hará cargo, hasta un máximo de

150 euros, de las pérdidas derivadas de operaciones de pago no autorizadas resultantes de la utilización de una tarjeta extraviada o sustraída (art. 32 LSP).

2.2.2. Obligaciones del titular de la tarjeta

El titular de la tarjeta se obliga a abonar las comisiones pactadas. Suele tratarse de una comisión de emisión, que es única, y de una comisión de mantenimiento, que es periódica, normalmente anual. Asume asimismo el deber de utilizar la tarjeta de conformidad con las condiciones que regulen su emisión y utilización, y, en particular, el de adoptar todas las medidas razonables a fin de proteger los elementos de seguridad personalizados de que vaya provisto [art. 27 a) LSP]. En caso de extravío, sustracción o utilización no autorizada, deberá notificar tales incidencias, sin demoras indebidas, en cuanto tenga conocimiento de las mismas, a la entidad de crédito, o a la que ésta designe [art. 27 b) LSP].

2.3. Clases de tarjetas. Tarjetas de crédito y débito

En atención a la presencia de crédito se distinguen dos tipos de tarjetas, las de crédito y las de débito. En las tarjetas de crédito el banco asume la obligación de poner a disposición del titular la cantidad mensual pactada como límite del crédito. El crédito tiene carácter rotativo, esto es, renace por la cantidad abonada. La puesta a disposición, que provoca un adeudo en la cuenta de crédito abierta al efecto, puede consistir en la entrega de efectivo al titular a través de cajeros automáticos, pero normalmente se concreta en el compromiso que asume de entregar la cantidad de crédito dispuesta por el titular al vendedor o prestador de servicios que la ha admitido como medio de pago. En contrapartida, la obligación principal del titular es la de rembolsar las cantidades prestadas, según el sistema de pago pactado. Su segunda obligación esencial es abonar los intereses pactados. Por lo general se domicilian los pagos en una cuenta corriente.

Esta obligación del banco falta en las tarjetas de débito, en las que el adeudo se produce en tiempo real o en brevísimo plazo, por lo que solo pueden utilizarse cuando el banco cuente con la correspondiente provisión de fondos.

3. El contrato de admisión de tarjeta

Mediante este convenio el suministrador, denominado establecimiento adherido, se obliga frente a la entidad de crédito a la realización de un número variable de prestaciones entre las que destaca la de aceptar la tarjeta como medio de pago. El cliente puede exigir el cumplimiento de esta obligación asumida por el

establecimiento adherido frente al emisor debido a su condición de pacto a favor de tercero (arg. *ex* 1257 Cciv). A cambio, la entidad de crédito emisora o gestora se obliga a facilitar al suministrador el soporte técnico y a pagar las facturas de los titulares, normalmente mediante un abono en la cuenta corriente que tiene el proveedor en su propio banco (tarjetas cuatrilaterales). El pago se efectúa con la deducción contractualmente prevista, que expresa la contraprestación a que se obliga el establecimiento adherido, que se comparte entre el emisor (o entre este y, en su caso, el titular de la marca y del sistema tecnológico en el que se inserta la tarjeta, vgr. VISA, 4B, Red 6000) y el banco del establecimiento adherido. Por tanto el establecimiento adherido no cobra al contado del cliente, sino mediante el abono en cuenta que le realiza la entidad de crédito del titular, que tiene derecho a exigir de esta (art. 569 Ccom).

4. *Las tarjetas monedero*

Un tipo especial de tarjetas son las llamadas *tarjetas monedero*, denominadas también tarjetas prepagadas-recargables que llevan incorporado un micro-chip que permite ser cargado por su titular en los cajeros automáticos de la entidad en la cuantía máxima fijada por esta, que suele ser pequeña, pues su finalidad consiste en que pueda ser utilizada para pequeños pagos. Agotado el límite puede ser recargada. El cargo se puede realizar directamente en cuenta o bien asignándolo a otra tarjeta de débito o crédito.

Lección 8

Contratación en los mercados de valores (I)

SUMARIO: I. LOS MERCADOS DE VALORES. 1. Caracterización. Los instrumentos financieros. 2. Valores negociables y otros instrumentos financieros representados mediante anotaciones en cuenta. 2.1. Caracterización y normativa aplicable. 2.2. Constitución de los valores. 2.3. Transmisión, derechos reales y otros gravámenes. 2.4. Legitimación. 2.5. Otros instrumentos financieros representados mediante anotaciones en cuenta. 3. Empresas de servicios de inversión. 3.1. Concepto. 3.2. Clases. Los agentes. Otras entidades. 3.3. Referencia al régimen jurídico. 4. El Fondo de Garantía de Inversiones. 5. La inversión colectiva de tipo abierto. 5.1. Caracterización y clases. 5.2. Régimen jurídico. 6. Entidades de inversión colectiva de tipo cerrado. 6.1. Caracterización y normativa aplicable. 6.2. Clases. 6.2.1. Entidades de capital riesgo. 6.2.2. Otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado. 6.2.3. Sociedades gestoras de entidades de tipo cerrado. 7. Los fondos de titulización. 8. Las agencias de calificación crediticia. 9. Normas de conducta. 10. Régimen de supervisión, inspección y sanción.

I. LOS MERCADOS DE VALORES

1. Caracterización. Los instrumentos financieros

Los mercados de valores son aquellos en los que se negocian instrumentos financieros. El art. 2 TRLMV alude a los mismos sin proporcionar una definición y remitiendo su delimitación al Anexo del TRLMV. En este Anexo denominado “Instrumentos financieros comprendidos en el ámbito del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores”, se recogen una serie de instrumentos financieros, que a efectos sistemáticos podrían clasificarse del modo siguiente: valores negociables, instrumentos del mercado monetario (excluidos los instrumentos de pago), participaciones y acciones en instituciones de inversión colectiva, así como de las entidades de capital-riesgo y de inversión colectiva de tipo cerrado y finalmente un conjunto de instrumentos variados que podrían englobarse, también con un criterio de sistematicidad, dentro de la categoría de derivados financieros.

Por valor negociable se entiende cualquier derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea su denominación, que por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero. El carácter negociable trasciende a la mera transmisibilidad del derecho para vincularse en especial a su representación y, en consecuencia, al régimen de transmisión que le es aplicable, que ha de permitir su circulación rápida, segura y masiva, desvinculada de circunstancias personales y subjetivas de sus titulares, ya que exige la susceptibilidad de tráfico generalizado e impersonal.

Los valores negociables han de estar agrupados en emisiones. Con ello el legislador ya da por supuesta la homogeneidad como nota característica de los valores incluidos en una misma emisión y, en virtud de la misma, su fungibilidad, ya que la emisión comprende el conjunto de valores negociables procedentes de un mismo emisor, homogéneos entre sí por formar parte de una misma operación financiera o por responder a un unidad de propósito, por ser igual su naturaleza y régimen de transmisión y por atribuir a sus titulares un contenido sustancialmente similar de derechos y obligaciones. Por tanto, la homogeneidad excluye la singularidad típica, por ejemplo, de los efectos de comercio, como las letras de cambio; pero no impide la existencia de diferencias de naturaleza accesoria, como las relativas a su valor nominal. El TRLMV contiene una lista ejemplificativa de los tipos de valores de esta índole, entre los que destacan las acciones.

Por su parte, la categoría de los instrumentos financieros derivados no resiste bien una definición unitaria, que tampoco intenta el TRLMV. En síntesis se trata de contratos que hacen referencia a un elemento principal subyacente constitutivo de su propio objeto, que puede ser financiero, por ejemplo, divisas o índices; o no financiero, como las materias primas. La virtualidad de la relación que contiene el TRLMV consiste en someter los tipos de contratos que menciona a las normas previstas en él para los valores negociables, si bien con las adaptaciones que sean precisas. Por lo demás entre ellos menciona no solo los que se negocian en mercados organizados secundarios sino también a los que no lo hacen, como los *swaps*.

2. Valores negociables y otros instrumentos financieros representados mediante anotaciones en cuenta

2.1. Caracterización y normativa aplicable

La anotación en cuenta constituye una representación inmaterial del derecho que es el valor puesto que aquel no se inserta en un documento, como ocurre, no obstante, con los títulos valores, que expresan una representación material del derecho que incorporan debido a la necesaria presencia del documento. En la anotación, el derecho consta, directa y exclusivamente, en registros informáticos integrados en cuentas. Por eso no debe confundirse el hecho de que los títulos hayan sufrido una progresiva desmaterialización, consentida por su inmovilización y su tratamiento informático, con la representación inmaterial que es la anotación en cuenta.

En efecto, a pesar de la denominación, el título *desmaterializado* sigue conservando su carácter de título-valor puesto que, aunque inmovilizado o depositado, e incluso liquidado su importe por medio de simples anotaciones contables

permanece la incorporación del derecho al documento, lo que obliga a aplicar el régimen jurídico propio de los títulos valores enraizado en el contexto de las cosas muebles. Por el contrario, en la representación inmaterial que es la anotación en cuenta se prescinde en absoluto del documento. Formalmente, la anotación en cuenta es un apunte contable que se efectúa en un registro informático. Sustancialmente representa un derecho con una extensión similar a la que se atribuye a la incorporación del derecho al título.

El régimen jurídico de los valores anotados se ha construido sobre la base de principios equivalentes en el plano funcional a los aplicables a los títulos, con el fin de ofrecer a los adquirentes de los mismos una seguridad similar a aquella de la que se disfruta en el contexto de los títulos-valores. Como en el caso de estos la disciplina comprende un especial régimen jurídico en lo referente a su constitución y transmisión y al ejercicio de los derechos que atribuyen a sus titulares. Dicho régimen jurídico está recogido básicamente en el Real Decreto 878/2015, de 2 de octubre, sobre compensación, liquidación y registro de valores negociables representados mediante anotaciones en cuenta, sobre el régimen jurídico de los depositarios centrales de valores y de las entidades de contrapartida central y sobre requisitos de transparencia de los emisores de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial (RDCLR-VN), pero aluden a él otras disposiciones como la LSC, el RRM y el TRLMV. Destaca de este régimen que la modalidad de representación elegida habrá de aplicarse a todos los valores integrados en una misma emisión (arts. 6 TRLMV y 3 RDCLR-VN). En segundo lugar, que este tipo de representación es condición necesaria para su admisión a negociación en los mercados secundarios (arts. 6 TRLMV y 30 RDCLR-VN).

2.2. Constitución de los valores

La representación de valores por medio de anotaciones en cuenta requerirá la elaboración por la entidad emisora de un documento en el que constará la información necesaria para la identificación de los valores integrados en la emisión y que cuyo contenido y formalidades variará dependiendo del tipo de valores de que se trate (art. 7 y 41 TRLMV).

Los valores representados mediante anotaciones en cuenta solo se constituyen como tales en virtud de la inscripción en el correspondiente registro contable (art. 10.1 TRLMV), aunque su contenido se determina por el documento de la emisión (art. 7.4 TRLMV). A consecuencia de ello la entidad emisora sólo podrá oponer frente al adquirente de buena fe de valores representados por medio de anotaciones en cuenta, las excepciones que se desprendan de la inscripción en relación con el repetido documento y las que hubiese podido esgrimir en el caso de que los

valores hubieran estado representados por medio de títulos (art. 11.4 TRLMV). En cualquier caso los suscriptores tendrán derecho a que se practiquen a su favor, libres de gastos, las correspondientes inscripciones (art. 10.2 TRLMV).

Por lo demás, la llevanza del registro contable de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta correspondientes a una emisión será atribuida a una única entidad que deberá velar por la integridad de la misma (art. 8.1 TRLMV); si bien el sistema de registro varía según se trate de valores admitidos a negociación en mercados secundarios o no en los términos que se exponen a continuación.

2.3. Transmisión, derechos reales y otros gravámenes

La transmisión de los valores tiene lugar por transferencia contable, en virtud de abono o adeudo en la cuenta respectiva. En el caso de que se trate del sistema de registro de doble escalón, los depositarios centrales de valores, tras comprobar la suficiencia de valores, abonarán los valores y practicarán el correlativo adeudo en las cuentas de las correspondientes entidades en el registro central de acuerdo con el principio de entrega contra pago. Y las entidades participantes deberán practicar simultáneamente la anotación correlativa en las cuentas de sus registros de detalle (arts. 13 y 40 RDCLR-VN), produciendo la inscripción de la transmisión a favor del adquirente los mismos efectos que la tradición de los títulos (art. 11 TRLMV).

La inscripción en el registro sustituye, pues, a la entrega, pero no al título o acto que sirve de causa a la misma, que sigue siendo necesario para la validez de la transmisión por aplicación de la doctrina del título y el modo (art. 609 Cciv) e imprescindible para que se produzca la adquisición de la propiedad de los valores. La inscripción relevante a estos efectos es, por tanto, la que se practica a nombre del titular en los registros contables de detalle, esto es, en el segundo escalón, salvo que se trate de valores pertenecientes a las mismas entidades participantes, en cuyo caso, dichos efectos se anudan a la que se realiza en el registro central (art. 40.2 RDCLR-VN).

La transmisión será oponible a terceros desde el momento en que se haya practicado la inscripción (art. 11.2 TRLMV). Se consagra, además, la posibilidad de adquirir *a non domino* los valores representados mediante anotaciones en cuenta, mediante la protección que se otorga al tercero que los adquiera a título oneroso de persona que, según los asientos del registro contable, aparezca legitimada para transmitirlos, ya que no estará sujeto a reivindicación, a no ser que, en el momento de la adquisición, haya obrado de mala fe o con culpa grave (art. 11.2 TRLMV). A consecuencia de ello la entidad emisora que realice de buena fe y sin

culpa grave la prestación en favor del legitimado se liberará, aunque éste no sea el titular del valor (art. 13.2 TRLMV). Del mismo modo, la constitución de derechos reales limitados u otra clase de gravámenes sobre valores representados por medio de anotaciones en cuenta deberá inscribirse en la cuenta correspondiente, siendo equivalente la inscripción de la prenda al desplazamiento posesorio del título y oponible a terceros la constitución desde el momento en que haya practicado la correspondiente inscripción (art. 12 TRLMV).

2.4. Legitimación

La inscripción en el registro desempeña asimismo una importante función legitimadora, puesto que la persona que aparezca inscrita en sus asientos contables se presumirá titular legítimo y, en consecuencia, podrá exigir de la entidad emisora que realice en su favor las prestaciones a que dé derecho el valor representado por medio de anotaciones en cuenta (art. 13.1 TRLMV). Esta legitimación podrá acreditarse mediante la exhibición de certificados, que serán oportunamente expedidos por las entidades encargadas de los registros contables, de conformidad con sus propios asientos (art. 14.1 TRLMV). Por ese motivo las entidades encargadas de los registros contables y los miembros de los mercados de valores no podrán dar curso a transmisiones o gravámenes ni practicar las correspondientes inscripciones si el disponente no ha restituido previamente los certificados expedidos a su favor. La obligación de restitución decae cuando el certificado haya quedado privado de valor (art. 14.4 LMV).

Ahora bien, es muy importante destacar que el certificado cumple únicamente una función probatoria de la legitimación. De ningún modo incorpora los valores como si se tratara de un título valor. Por este motivo se sancionan con nulidad los actos de disposición que tengan por objeto los certificados (art. 14.2 TRLMV). Se trataría, por otra parte, de un contrasentido por lo que significa de regresión al régimen de los títulos valores que, precisamente, ha querido sustituir el de representación mediante anotación en cuenta. Con todo, es preciso observar que el valor de estos certificados ha decrecido en gran medida puesto que el ejercicio de los derechos económicos incluidos en los valores, como el cobro de intereses y dividendos, se produce necesariamente a través de las entidades participantes del depositario central de valores respecto de los valores de las cuentas del registro de detalle que tengan asignadas (art. 26 RDCLR-VN). Conviene indicar también que el régimen de legitimación debe completarse con las normas propias de los valores a que se refieran, como sucede en particular con las acciones de sociedades anónimas cotizadas, en que hay que tener en cuenta la normativa prevista en la LSC.

2.5. Otros instrumentos financieros representados mediante anotaciones en cuenta

La normativa se refiere de manera muy parca a los instrumentos financieros distintos de los valores negociables. Dispone que no será precisa la elaboración del documento de la emisión con las condiciones que, en su caso, se determinen reglamentariamente (art. 7.4 TRLMV). Del mismo modo alude a que la llevanza de los registros contables se regirá por sus disposiciones específicas y solo en caso de no existir por aquellas las aplicables a los mercados secundarios oficiales (art. 47 RDCLR-VN).

3. *Empresas de servicios de inversión*

3.1. Concepto

Las ESIs son aquellas empresas cuya actividad principal consiste en prestar servicios de inversión a terceros sobre los instrumentos financieros, con carácter profesional (art. 138.1 TRLMV). Son servicios de inversión los relacionados en el TRLMV (art. 140 TRLMV). Estos servicios pueden agruparse en cinco grandes categorías:

- i) Los relacionados con la realización de operaciones relativas a instrumentos financieros. Se incluyen aquí la recepción y transmisión de órdenes de clientes referidas a estos últimos, la ejecución de dichas órdenes por cuenta de clientes y la negociación por cuenta propia.
- ii) Los relativos a operaciones de administración de instrumentos financieros, que comprenden la gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los clientes.
- iii) Los relativos a asesoramiento en materia de inversión. Por asesoramiento en materia de inversión se entiende la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste, o por iniciativa de la ESI, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. No se considera, en cambio, asesoramiento las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial.
- iv) Los consistentes en la colocación de instrumentos financieros y en el aseguramiento de los mismos.
- v) La gestión de sistemas multilaterales de negociación y sistemas organizados de contratación.

La comercialización de servicios de inversión y la captación de clientes no constituyen en sí mismas servicios de inversión, sino actividades previas a cada uno de los servicios de inversión enumerados anteriormente, que podrán ser desarrolladas de forma separada a la prestación del servicio en sí (art. 142.1 TRLMV).

Estas empresas pueden asimismo realizar los servicios auxiliares enumerados en la TRLMV (art. 141 TRLMV), que comprenden las siguientes categorías:

- i) Los relativos a operaciones de administración, que incluyen la custodia y administración por cuenta de clientes de los instrumentos financieros.
- ii) Los concernientes al asesoramiento, que comprenden el asesoramiento a empresas sobre estructura del capital, estrategia industrial y cuestiones afines, así como el asesoramiento y demás servicios en relación con fusiones y adquisiciones de empresas y la elaboración de informes de inversiones y análisis financieros u otras formas de recomendación general relativa a las operaciones sobre instrumentos financieros.
- iii) Los servicios relacionados con las operaciones de aseguramiento de emisiones o de colocación de instrumentos financieros.
- iv) Los servicios de cambio de divisas, cuando estén relacionados con la prestación de servicios de inversión;
- v) La concesión de créditos o préstamos a inversores para que puedan realizar una operación sobre uno o más instrumentos previstos financieros, siempre que en dicha operación intervenga la empresa que concede el crédito o préstamo y, cuando se hallen vinculados a la prestación de servicios de inversión o a los servicios auxiliares.
- vi) Los servicios de inversión, así como los servicios auxiliares que se refieran al subyacente no financiero de los instrumentos financieros derivados relacionados con materias primas, con variables climáticas, gastos de transporte, autorizaciones de emisión o tipos de inflación u otras estadísticas económicas oficiales, que deban o puedan liquidarse en efectivo.

El Gobierno podrá modificar el contenido de la relación de estos servicios de inversión y servicios auxiliares (art. 142.3 TRLMV).

3.2. Clases. Los agentes. Otras entidades

Las ESIs pueden revestir cuatro modalidades:

- i) Sociedades de valores, que se caracterizan porque pueden operar profesionalmente, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, y realizar todos los servicios de inversión y servicios auxiliares.

- ii) Agencias de valores. Se distinguen porque sólo están autorizadas a operar por cuenta ajena, con representación o sin ella y los servicios que para los que están habilitadas son más reducidos.
- iii) Las sociedades gestoras de carteras, que se diferencian porque solo pueden prestar los servicios de inversión relativos a la gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión y el asesoramiento en materia de inversión y ciertos servicios auxiliares;
- iv) Las empresas de asesoramiento financiero, que son personas físicas o jurídicas que exclusivamente pueden prestar el servicio de inversión atinente al asesoramiento en materia de inversión y los mismos servicios auxiliares que las sociedades gestoras de carteras (art. 143 TRLMV).

Todas ellas han de adoptar necesariamente la forma de sociedad anónima por tiempo indefinido, cuyas acciones deben ser nominativas, con las especialidades de régimen previstas en la LMV y en su normativa de desarrollo (arts. 152 TRLMV y 14 RDEIS). Salvo las empresas de asesoramiento financiero, que pueden ser personas físicas o adoptar la forma de SA o SL (art. 21 RDEIS).

Cabe destacar, por otra parte, que, aunque no sean empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito podrán realizar habitualmente todos los servicios de inversión y los auxiliares, siempre que su régimen jurídico, sus estatutos y su autorización específica les habiliten para ello (art. 145 TRLMV). Asimismo las empresas de servicios de inversión autorizadas en otro Estado miembro de la Unión Europea podrán realizar en España servicios de inversión y servicios auxiliares, bien mediante la apertura de una sucursal, bien en régimen de libre prestación de servicios (art. 168 TRLMV).

3.3. Referencia al régimen jurídico

La regulación básica de estas empresas se encuentra en la TRLMV y en el RD 217/2008 de 15 de febrero, sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y demás entidades que prestan servicios de inversión. La acusada presencia de intereses públicos en el correcto funcionamiento de los mercados de valores explica la sujeción de estas empresas a un rígido régimen administrativo que determina las condiciones de acceso a la actividad y el ejercicio de la misma. Conforme a él, la constitución de las ESI requiere autorización administrativa, que otorga la CNMV (art. 149 TRLMV). Su concesión está supeditada al cumplimiento de una serie de condiciones que tienen como finalidad principal proteger a los inversores y garantizar un funcionamiento correcto del mercado de valores. Dichas condiciones afectan a múltiples aspectos. Entre ellos destacan los relativos a la forma social, a la clase de fundación, al desembolso íntegro y en efectivo del

capital mínimo (art. 152 TRLMV), a la idoneidad de sus accionistas significativos (arts. 155 y 176 TRLMV), a la estructura y composición de su órgano de administración, a los requisitos de honorabilidad, conocimiento y experiencia de sus administradores y cargos directivos (art. 152 TRLMV) y a la necesidad de cumplir los requisitos financieros y de organización interna previstos en la legislación sobre el mercado de valores [arts. 152.1 d) y h y 193.2 y 3 TRLMV].

Ninguna persona o entidad podrá desarrollar con carácter profesional servicios de inversión sin cumplir estos requisitos. La violación de la reserva de actividad constituye una infracción administrativa sancionable de acuerdo con el TRLMV.

El ejercicio de la actividad también está sometido a un importante control administrativo. Se establece normas relativas a los requisitos financieros y de organización interna, en cuyo marco la CNMV puede revisar los sistemas, procedimientos o mecanismos de cualquier tipo aplicados y, en caso de que no los estime adecuados, exigir que se apliquen las medidas convenientes y, en su caso, revocar la autorización (art. 160 TRLMV).

4. El Fondo de Garantía de Inversiones

El Fondo de Garantía de Inversiones es un patrimonio separado, sin personalidad jurídica, cuya representación y gestión se encomendará a una sociedad gestora que tendrá la forma de sociedad anónima, y cuyo capital se distribuirá entre las empresas de servicios de inversión adheridas en la misma proporción en que efectúen sus aportaciones al Fondo (art. 198.2 TRLMV). Está regulado en el TRLMV y en el RD 948/2001 de 3 agosto, sobre sistemas de indemnización de los inversores.

Está destinado a proteger los intereses de los inversores en situaciones de crisis de las ESI que impidan a aquellos disponer de los fondos o instrumentos financieros que confiaron a esta últimas con ocasión de la prestación de servicios de inversión o del servicio auxiliar de custodia y administración de los instrumentos por cuenta de los clientes (art. 198.1 TRLMV). Con ese objeto, el Fondo restituirá al cliente el efectivo o valores que no pueda obtener directamente de la ESI cuando esta haya sido declarada en concurso, se tenga judicialmente por solicitada la declaración del mismo o la CNMV declare que la ESI no puede, aparentemente y por razones directamente relacionadas con su situación financiera, cumplir las obligaciones contraídas con los inversores, siempre que estos hubieran solicitado a la ESI la devolución de fondos o valores que le hubieran confiado y no hubieran obtenido satisfacción por parte de la misma en el plazo determinado en la Ley (art. 201.1 TRLMV), con las limitaciones establecidas en la normativa que, por un lado, excluye de la garantía a ciertos tipos de inversores, como los profesio-

nales o institucionales; y, por otro, restringe el importe máximo de la garantía a 100.000 euros. Una vez hecha efectiva la garantía por el Fondo, éste se subrogará en los derechos que los inversores ostenten frente a la empresa de servicios de inversión, hasta un importe igual a la cantidad que les hubiese sido abonada como indemnización (art. 201.2 TRLMV).

5. La inversión colectiva de tipo abierto

5.1. Caracterización y clases

La inversión colectiva de tipo abierto, que está regulada en la Ley 35/2003 de 4 de noviembre y en el RD 1082/2012, de 13 de julio, que la desarrolla, tiene por objeto la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos (art. 1 LIIC). Se caracteriza por integrar a entidades que se dedican en exclusiva y de manera profesional a captar fondos del público para reinvertirlos conjuntamente, estableciendo el rendimiento del inversor en atención a los resultados globales obtenidos. Con su intervención se logran economías de escala o sinergias que permiten una disminución de costes de administración y riesgos y una mayor capacidad de gestión y control financiero de la operación. En este contexto la inversión colectiva es de carácter abierto cuando la entidad recompra o reembolsa las acciones o participaciones de sus inversores a petición de cualquiera de ellos, antes del comienzo de su fase de liquidación o disolución, con cargo a los activos de la entidad y respetando los procedimientos y la frecuencia establecidos en su reglamento o sus documentos constitutivos, su folleto o sus documentos de oferta (art. 2.2 LECR-ICC).

La inversión colectiva de este tipo únicamente puede ser realizada por las entidades previstas en la LIIC, denominadas instituciones de inversión colectiva (en adelante IIC), que pueden revestir la forma de sociedades de inversión o de fondos de inversión. Las primeras son sociedades anónimas especiales, sujetas a la LSC y a la LIIC. Los fondos son patrimonios sin personalidad jurídica, constituidos por las aportaciones de los inversores, cuya gestión y administración se reserva a las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, que son, como las primeras, sociedades anónimas especiales. Esta sociedad gestora debe designar a una entidad de crédito o empresa de servicios de inversión independiente como depositaria de los valores en que se haya invertido el patrimonio del fondo, denominada entidad depositaria.

En atención a los bienes o derechos en los que pueden invertir se distinguen las IIC de carácter financiero de las que no ostentan tal carácter, en función de si tienen por objeto la inversión en activos e instrumentos financieros o no, respectivamente (arts. 29, 34 y 39 LIIC). Del primer tipo son los Fondos de inversión colectiva de carácter financiero (FI) y las sociedades de carácter financiero, que deberán adoptar la forma de sociedad anónima de capital variable (SICAV) (arts. 29 y 32 LIIC). Del segundo, los Fondos de Inversión Inmobiliaria (FII) y las Sociedades de Inversión Inmobiliaria (SII), que tienen por objeto principal la inversión en bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento (art. 35 LIIC).

5.2. Régimen jurídico

El régimen jurídico a que están sometidas las IIC es similar al que rige para las empresas de servicios de inversión. Su constitución tiene que ser autorizada previamente por la CNMV (art. 10 LIIC) y es objeto de inscripción en el registro administrativo de la CNMV y, en su caso, en el RM, ya que la inscripción en él es potestativa (art. 10.6 LIIC). Para las sociedades de inversión se sigue un procedimiento similar, con la particularidad de que la inscripción en el RM es obligatoria (art. 9 LIIC).

La LIIC se fundamenta en el principio general de libertad relativa en la definición de la política de inversión, porque, más allá de los activos e instrumentos financieros en que pueden invertir, no están sujetas a límites en este sentido. El sistema tuitivo de los inversores se arbitra por la Ley alrededor de la transparencia y de los principios de liquidez y diversificación de los riesgos (art. 23 LIIC).

La transparencia gira en torno a la obligación de confeccionar y publicar, para su difusión, un folleto informativo, así como informes periódicos, en los que se han de incluir todas las circunstancias que puedan influir en la apreciación por el inversor del valor de su patrimonio y de los riesgos implicados (art. 17 LIIC), y en la de hacer públicos los hechos relevantes relacionados con las IIC, dando conocimiento de ello a la CNMV (art. 19 LIIC).

El principio de liquidez, se resuelve en exigir la suficiente según la naturaleza de la IIC, del partícipe o accionista y de los activos en los que se invierta, en particular para atender el derecho de reembolso de los partícipes; mientras que el de diversificación del riesgo, obliga a limitar la concentración del riesgo de contrapartida de forma que se garantice la suficiente diversificación, por lo que se aplica tanto a la inversión en sí misma como a los riesgos de contrapartida u operativos (art. 23 LIIC).

6. *Entidades de inversión colectiva de tipo cerrado*

6.1. Caracterización y normativa aplicable

La inversión colectiva de tipo cerrado se caracteriza porque la política de desinversión de sus socios o partícipes cumple con dos requisitos específicos. En primer término, las desinversiones se producen de forma simultánea para todos los inversores o partícipes; y, en segundo lugar, lo percibido por cada inversor o partícipe se establece en función de los derechos que corresponden a cada uno de ellos, de acuerdo con los términos establecidos en sus estatutos o reglamentos para cada clase de acciones o participaciones.

Están reguladas con carácter básico en la LECR-ICC, que las somete a una normativa específica en materia de inversiones (arts. 13 a 25 LECR-ICC) y a las normas de conducta del mercado de valores, incluido el régimen sancionador para el incumplimiento de dichas normas, sin perjuicio de las adaptaciones y especificaciones que, en su caso, se establezcan reglamentariamente (art. 84.1 LECR-ICC). Asimismo están sujetas al régimen de supervisión, inspección y sanción previsto en la LECR-ICC, que se encomienda a la CNMV (arts. 85 a 102 LECR-ICC).

6.2. Clases

6.2.1. *Entidades de capital riesgo*

La clase principal de este tipo de entidades son las ECR. Se caracterizan porque obtienen capital de una serie de inversores mediante una actividad comercial cuyo fin mercantil es generar ganancias o rendimientos para los inversores y cuyo objeto principal consiste en la toma de participaciones temporales en el capital de empresas de naturaleza no inmobiliaria ni financiera que, en el momento de la toma de participación, no coticen en el primer mercado de bolsas de valores o en cualquier otro mercado regulado equivalente (arts. 3.1 y 9.1 LECR-ICC). No obstante pueden invertir también en otro tipo de valores, siempre y cuando estén relacionados en la LECR-ICC (art. 9.2 LECR-ICC). Por tanto, su función básica consiste en proporcionar recursos, a medio y largo plazo, a entidades no cotizadas, pero siempre de forma temporal. Estas últimas acuden al capital-riesgo por la dificultad en que se encuentran para acceder a otras formas de financiación, como puede ser el mercado de valores o el crédito bancario. Sin embargo, la intervención de las entidades de capital-riesgo no solo supone la ventaja de la financiación obtenida por las empresas, sino que, a través de la participación de profesionales cualificados en la gestión de estas entidades que aportan su conocimiento y experiencia, contribuye a importantes mejoras en la eficiencia en la gestión de las empresas financiadas y a la difusión de conocimientos.

Constituyen una modalidad de las mismas las entidades de capital-riesgo-pyme (ECR-PYME) destinadas a financiar a PYMES, participar en su gestión y a hacer labores de asesoramiento (art. 3.4 LECR-ICC). Tanto las ECR como las ECR-PY-MES pueden adoptar la forma jurídica de sociedades de capital-riesgo o de fondos de capital-riesgo. Las SCR son sociedades anónimas cuyo objeto social principal es el propio de las entidades de capital-riesgo. Se rigen por la LSC con las especialidades previstas en la LECR-ICC, que, básicamente, se refieren al capital mínimo, a su desembolso, a la representación de sus acciones, que se efectuará mediante anotaciones en cuenta o por medio de títulos nominativos, y al contenido de los estatutos, donde se hará constar la política de inversiones (art. 26 LECR-ICC). Para ejercer la actividad deberán obtener la autorización de la CNMV, constituirse mediante escritura pública e inscribirse en el RM y en el correspondiente registro administrativo de la CNMV (art. 45 LECR-ICC).

Los fondos son patrimonios separados sin personalidad jurídica pertenecientes a una pluralidad de inversores (art. 30 LECR-ICC). El patrimonio del fondo está constituido por las aportaciones de los partícipes, que se realizarán exclusivamente en efectivo o en activos aptos para la inversión conforme a la LECR-ICC, y por sus rendimientos. Se divide en participaciones de iguales características que confieren a su titular un derecho de propiedad sobre el mismo. Dichas participaciones serán nominativas, tendrán la consideración de valores negociables y podrán estar representadas mediante títulos o anotaciones en cuenta. Los partícipes no responderán por las deudas del fondo sino hasta el límite de lo aportado. El patrimonio del fondo no responderá por las deudas de los partícipes ni de las sociedades gestoras (art. 31 LECR-ICC). El objeto principal del fondo es el propio de las entidades de capital riesgo, que será desarrollado por una sociedad gestora de entidades de tipo cerrado o por una sociedad gestora de instituciones de inversión colectiva, a quien corresponderá la gestión y representación del fondo y el ejercicio de las facultades de dominio, aunque no es la propietaria del mismo (art. 35 LECR-ICC). La constitución del Fondo no requiere autorización administrativa, ni escritura pública o inscripción en el RM. Estos dos últimos requisitos son potestativos. Únicamente han de presentar la documentación señalada en la LECR-ICC para su inscripción en el registro correspondiente de la CNMV. Dicha Comisión procederá a efectuar el registro una vez comprobado que la documentación presentada está completa (art. 8 LECR-ICC).

6.2.2. *Otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado*

Por otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado (EICC) se entiende aquellas que, careciendo de un objetivo comercial o industrial, obtienen capital de una serie de inversores, mediante una actividad de comercialización, para in-

vertirlo en todo tipo de activos financieros o no financieros, con arreglo a una política de inversión definida. En ningún caso se consideran entidades de este tipo las ECR, ni las IIC.

6.2.3. Sociedades gestoras de entidades de tipo cerrado

Las sociedades gestoras de entidades de tipo cerrado son sociedades anónimas cuyo objeto social es la gestión de las inversiones de una o varias ECR y EICC, así como el control y gestión de sus riesgos (art. 41.1 LECR-ICC).

7. Los fondos de titulización

Los fondos de titulización son patrimonios separados sin personalidad jurídica integrados, en cuanto a su activo, por los derechos de crédito, presentes o futuros, que agrupen y, en cuanto a su pasivo, por los valores de renta fija que emitan y por los créditos concedidos por cualquier tercero (art. 15.1 LFEE). Los activos, normalmente un conjunto o cartera de créditos, son cedidos al fondo, que, simultáneamente, emite valores negociables, con cuyo importe se financia la adquisición de los activos. Para el cedente de los créditos, la titulización supone la obtención inmediata de recursos, como si se tratara de una operación de crédito activa; mientras que el inversor adquiere los valores emitidos por el fondo cuyos rendimientos están relacionados con los pagos de la cartera de activos, previamente seleccionados, lo que permite transformar un conjunto de activos financieros poco líquidos en instrumentos negociables y líquidos que generan flujos de caja de periodicidad fija.

Considerando la posibilidades de modificación de su activo y pasivo los fondos pueden ser cerrados o abiertos. El fondo es cerrado cuando, a partir del momento de su constitución, no se modifique su activo ni su pasivo. El fondo es abierto cuando, además de en los casos anteriores, su activo, pasivo o ambos puedan modificarse después de la constitución del mismo en algunas de las formas reconocidas en la (art. 21.1. LFEE).

La regulación básica de los fondos de titulización se encuentra en la LFEE (arts. 32 a 42 LFEE).

8. Las agencias de calificación crediticia

Las agencias de calificación crediticia son personas jurídicas cuya ocupación incluye la emisión de calificaciones crediticias con carácter profesional. La calificación crediticia es un dictamen acerca de la solvencia de una entidad, pública

o privada, o de una deuda u otro instrumento financiero, emitido utilizando un sistema establecido y definido de clasificación de las categorías de calificación. Por categoría de calificación se entiende un símbolo que proporciona información sobre una medida relativa del riesgo a fin de distinguir las diferentes características de riesgo de los tipos de entidades, emisores e instrumentos financieros u otros activos calificados. El símbolo consiste en una letra o número, que puede ir acompañado de caracteres identificativos añadidos (vgr. AA+).

Están reguladas en el Reglamento (CE) n° 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre las agencias de calificación crediticia y en la Ley 15/2011, de 16 de junio, por la que se modifican determinadas normas financieras para la aplicación del Reglamento (CE) n° 1060/2009. El régimen comprende previsiones acerca de las agencias, así como disposiciones normativas sobre la utilización de calificaciones por parte de algunas entidades, que han de complementarse con la normativa interna; si bien es importante destacar que en la actualidad la Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM) ostenta competencias exclusivas para registrar las agencias que actúan en la UE, dar seguimiento a su actuación y adoptar decisiones de supervisión.

Ahora bien, el Reglamento instituye, además de la responsabilidad administrativa, una responsabilidad civil específica al disponer que si la ACC ha cometido de forma deliberada o por negligencia grave alguna de las infracciones previstas en el Reglamento que afecte a una calificación crediticia, los inversores o emisores podrán reclamar a aquella la indemnización por los daños y perjuicios que hayan sufrido a causa de tal infracción. En concreto el e inversor podrá reclamar daños y perjuicios si demuestra que se ha basado en una calificación crediticia de manera razonable, o la ha utilizado con el debido cuidado para tomar la decisión de invertir en un instrumento financiero cubierto por la calificación crediticia o de conservarlo o dejar de conservarlo. Y el emisor podrá reclamar daños y perjuicios si demuestra que él o sus instrumentos financieros están cubiertos por la calificación crediticia y que la infracción no ha sido debida a una información engañosa o inexacta proporcionada por el emisor a la ACC de forma directa o mediante datos a disposición pública (art. 35 *bis* Reglamento).

9. Normas de conducta

Las normas de conducta comprenden una serie de mandatos dirigidos a disciplinar la actuación en los mercados de valores. Están explicitadas en el TRLMV y en normas de rango inferior. Entre ellas destaca el Real Decreto 1333/2005, de 11 noviembre del Mercado de Valores, en materia de abuso de mercado y el RD 217/2008 de 15 de febrero de régimen jurídico de las empresas de servicios

de inversión, así como los Códigos de conducta que, en desarrollo de aquella, apruebe el Gobierno o, con habilitación expresa de éste, el Ministro de Economía, a propuesta de la CNMV. Los Códigos de conducta son, por tanto, normas de naturaleza reglamentaria de ámbito más o menos general. Junto a ellos cabe citar los reglamentos internos de conducta, cuyo contenido mínimo es establecido por el Ministro de Economía y, con su habilitación expresa, por la CNMV, por lo que su incumplimiento puede dar lugar a la imposición de sanciones administrativas, a pesar de su naturaleza privada, ya que son elaborados por cada entidad para regular la actuación de sus órganos de administración, empleados y representantes (art. 202 TRLMV). Entre las fuentes de estas normas se encuentran también las Circulares CNMV.

Las normas tienen un contenido variado, ya que comprenden tanto disposiciones estructurales u organizativas relativas a la organización interna de las entidades que operan en los mercados, como reglas de comportamiento con terceros. Sus destinatarios son asimismo heterogéneos. En atención a estos últimos cabe distinguir las normas que obligan a quienes prestan servicios de inversión, las destinadas a las entidades emisoras de valores negociables y las aplicables a cualquier persona que actúe en los mercados de valores o ejerza actividades relacionadas con ellos.

10. Régimen de supervisión, inspección y sanción

La acusada presencia de intereses públicos en el correcto funcionamiento de los mercados de valores explica la sujeción de los mismos a un rígido régimen administrativo cuya supervisión y control se encomienda a la CNMV. La CNMV es un ente de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que se rige por lo establecido en el TRLMV y en las disposiciones que la completan o desarrollan y, en su defecto, en lo atinente al ejercicio de sus funciones públicas, actúa con arreglo a lo establecido en la LPAC y en la LRJSP (art. 16 TRLMV). A la CNMV le compete la supervisión e inspección de los mercados de valores y de la actividad de cuantas personas físicas y jurídicas se relacionan en el tráfico de los mismos, debiendo velar por la transparencia de dichos mercados, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores, así como promover la difusión de cuanta información sea necesaria para asegurar la consecución de esos fines (art. 17 TRLMV). Para ello dispone no solo de capacidad normativa, que expresa a través de Circulares (art. 21 TRLMV); sino también de ingentes competencias en materia de supervisión, inspección y sanción (arts. 17 y 233 a 313 TRLMV).

Las facultades de supervisión e inspección que tiene atribuidas son amplísimas, tanto desde el punto de vista subjetivo, como funcional. Subjetivamente alcanzan a cuantas personas físicas y jurídicas se relacionan con los mercados de valores (art. 233 TRLMV). Funcionalmente comprenden las potestades que, con carácter no exhaustivo, determina el TRLMV, que incluyen supuestos de mera supervisión e inspección, pero también de intervención. Por ejemplo, puede acordar la suspensión o limitación del tipo o volumen de las operaciones o actividades que se realicen en el mercado de valores, decidir la suspensión o exclusión de la negociación de un instrumento financiero o suspender, con carácter total o parcial, los efectos de la autorización concedida. La CNMV está también legitimada para imponer sanciones por infracciones muy graves, graves y leves. No obstante, tratándose de las primeras habrá de dar cuenta razonada al Ministro de Economía. Cuando la entidad infractora sea una entidad de crédito española será preceptivo para la imposición de la correspondiente sanción por infracciones graves o muy graves, el informe del Banco de España (art. 273 TRLMV).

Lección 9

Contratación en los mercados de valores (II)

SUMARIO: II. EL MERCADO PRIMARIO DE VALORES. EMISIONES DE VALORES Y OFERTAS PÚBLICAS DE VALORES. 1. Caracterización. 2. Emisiones y ofertas públicas de valores. 2.1. Requisitos generales. 2.2. El folleto informativo. 2.2.1. Caracterización y contenido. 2.2.2. Suscripción del folleto y responsabilidad. 2.2.3. Aprobación, registro y publicación del folleto. 2.3. La aceptación de la oferta. III. EL MERCADO SECUNDARIO DE VALORES. 1. Caracterización y clases. 1.1. Caracterización. 1.2. Clases. 1.2.1. Los mercados secundarios oficiales. 1.2.2. Los sistemas multilaterales de negociación. 1.2.3. La internalización sistemática. 2. Operaciones. 2.1. Caracterización y clases. 2.2. Compraventa. 2.3. Préstamo de valores. 3. Sistemas de compensación y liquidación de valores. 4. Contratos de servicios de inversión. 4.1. Generalidades. 4.2. Comisión. 4.2.1. Caracterización y normativa aplicable. 4.2.2. Elementos personales. 4.2.3. Perfección del contrato. 4.2.4. Contenido del contrato. 4.2.4.1. Obligaciones del comisionista. 4.2.4.2. Obligaciones del comitente. 4.3. Administración de valores. 4.3.1. Concepto, naturaleza y normativa aplicable. 4.3.2. Contenido. 4.3.2.1. Contratos-tipo. 4.3.2.2. Obligaciones del administrador. 4.3.2.3. Obligaciones del cliente. 4.4. Gestión de carteras de inversión. 4.4.1. Concepto, naturaleza y normativa aplicable. 4.4.2. Contenido del contrato. 4.4.2.1. Contratos-tipo. 4.4.2.2. Obligaciones del gestor. 4.4.2.3. Obligaciones del cliente. 5. Ofertas públicas de adquisición (OPAS). 5.1. Caracterización y clases. 5.2. OPAS por adquisición del control. 5.2.1. Caracterización. 5.2.2. Requisitos. 5.2.3. Régimen jurídico. 5.2.3.1. El deber de pasividad. 5.2.3.2. Medidas de neutralización. 5.2.3.3. Compraventas forzosas. 5.3. OPAS por exclusión de la negociación. 5.4. OPAS por reducción de capital mediante adquisición de acciones propias. 5.5. OPAS voluntarias. 5.6. OPAS competidoras. 5.7. Procedimiento. 5.7.1. Las fases del procedimiento. 5.7.2. Anuncio y presentación de la oferta. 5.7.3. Aceptación y liquidación de la oferta.

II. EL MERCADO PRIMARIO DE VALORES. EMISIONES DE VALORES Y OFERTAS PÚBLICAS DE VALORES

1. Caracterización

El mercado primario de valores es un mercado de emisión, esto es, afecta en particular a la creación de valores negociables y a la adquisición originaria de los mismos por el público inversor a través de oferta pública. La oferta pública es una oferta contractual dirigida a una pluralidad de destinatarios cuya identidad se desconoce, que ha de presentar información suficiente sobre los términos de la misma y de los valores que se ofrecen, de modo que permita a un inversor decidir la adquisición o suscripción de estos valores (art. 35.1 TRLMV). No obstante, no se consideran ofertas públicas, sino *privadas* las dirigidas exclusivamente a inversores cualificados, a menos de 150 personas o a inversores que adquieran valores por la cuantía mínima señalada en la LMV, así como aquellas que se refieran a valores que no alcancen el importe total establecido en la TRLMV, o cuyo valor nominal unitario sea superior al fijado en la LMV (art. 35.2 TRLMV). Menos

en el primero, en los demás casos, la colocación de las emisiones exige la intervención de una entidad autorizada para prestar servicios de inversión a efectos de la comercialización de los valores emitidos, salvo que se trate del ejercicio de la actividad propia de las plataformas de financiación participativa debidamente autorizadas. (art. 35.3 TRLMV).

Las transmisiones derivativas de los valores se realizan de ordinario en el mercado secundario. Sin embargo, en determinadas ocasiones, puede convenir a sus titulares transmitirlos en régimen de oferta pública de venta. Sucede, por ejemplo, en supuestos de privatización o venta en el mercado de valores cuya titularidad corresponde al Estado u otro ente público o cuando se trate de sociedades no cotizadas, que pretendan negociar sus títulos en bolsa por vez primera. En estas hipótesis se produce una situación similar a la existente en las suscripciones públicas, lo que permite considerar estas ventas como operaciones del mercado primario, sujetas, por ende, al régimen jurídico que disciplina este, con las adaptaciones pertinentes (art. 35 TRLMV).

El Derecho del Mercado Primario está regulado básicamente en el TRLMV y en el Real Decreto 1310/2005, de 4 noviembre, que desarrolla parcialmente la LMV en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos.

2. Emisiones y ofertas públicas de valores

2.1. Requisitos generales

La disciplina de las emisiones y ofertas públicas de valores se fundamenta en la libertad del emitente u oferente para determinar las operaciones de inversión y en la del inversor para elegir entre ellas (art. 33 TRLMV), de modo que la tutela de este se basa fundamentalmente en la transparencia informativa. De ahí que la emisión de valores no requiera autorización administrativa previa y que la CNMV, en su condición de organismo de supervisión, no autorice, ni realice juicios de valor sobre la calidad de las inversiones ofrecidas a los particulares. Por el contrario, se limita a velar por el cumplimiento de los requisitos de idoneidad del emisor y de los valores y por el de los requisitos de información (arts. 33, 34 y 36 TRLMV, 8.2, 9.2, 11 y 24 RD 1310/2005).

Los primeros se conciben como exigencias de que el emisor esté válidamente constituido y opere según sus normas de constitución, y de que los valores respeten el régimen jurídico al que están sometidos. Los requisitos de información comprenden la aportación y registro en la CNMV de los documentos que acrediten la sujeción del emisor y de los valores al régimen jurídico que les sea apli-

cable, los estados financieros de aquel, preparados y auditados de acuerdo con la legislación aplicable a dicho emisor. Y la aportación, aprobación y registro en la CNMV de un folleto informativo, así como su publicación. La CNMV ha de verificar la concurrencia de todos estos requisitos, de modo que está autorizada a denegar la solicitud y a prohibir la oferta cuando se incumplan o estime que la operación puede atentar contra el interés de los inversores (arts. 6, 38 y 44.4 RD 1310/2005).

2.2. El folleto informativo

2.2.1. *Caracterización y contenido*

El folleto es la pieza básica del sistema. Contiene toda la información relativa al emisor u oferente y a los valores que, según la naturaleza de ambos, sea necesaria para que los inversores puedan hacer una evaluación, con la suficiente información, de los activos y pasivos, la situación financiera, beneficios y pérdidas, así como de las perspectivas del emisor u oferente, y eventualmente del garante, y de los derechos inherentes a tales valores (arts. 37.1 LMV y 16.1 RD 1310/2005). El folleto incluirá un resumen informativo que, de una forma breve y en un lenguaje no técnico, proporcionará la información fundamental para ayudar a los inversores a la hora de determinar si invierten o no en dichos valores. Se entenderá por información fundamental la esencial para que los inversores puedan comprender la naturaleza y los riesgos inherentes al emisor, el garante y los valores que se les ofrecen y para que puedan decidir las ofertas de valores que conviene seguir examinando. Asimismo, dicho resumen contendrá las advertencias relativas a que el resumen debe leerse como introducción al folleto, que toda decisión de invertir en los valores debe estar basada en la consideración por parte del inversor del folleto en su conjunto y que no podrá exigirse responsabilidad civil a ninguna persona exclusivamente por el resumen, a no ser que dicho resumen sea engañoso, inexacto o incoherente en relación con las demás partes del folleto o no aporte, leída junto con las otras partes del folleto, información fundamental para ayudar a los inversores a la hora de determinar si invierten o no en los valores (arts. 37 TRLMV y 17 RD 1310/2005).

2.2.2. *Suscripción del folleto y responsabilidad*

Es competencia del emisor u oferente la elaboración del folleto, que ha de estar suscrito por personas con poder para obligarle, y redactado de forma fácilmente analizable y comprensible (arts. 37 y 38 LMV y 16.2 RD 1310/2005). A tal fin deberá actuar con la diligencia de un ordenado empresario, realizando las com-

probaciones necesarias y adoptando las medidas oportunas para asegurarse de la veracidad de su contenido y de que no se omite ningún dato relevante, ni induce a error. Debido a ello responde frente al inversor de los daños y perjuicios que se le irroguen como consecuencia de las informaciones falsas o las omisiones de datos relevantes derivadas de la infracción del deber de diligencia. Sin embargo, no se podrá exigir ninguna responsabilidad alguna sobre la base del resumen o sobre su traducción, a menos que sea engañoso, inexacto o incoherente en relación con las demás partes del folleto, o no aporte, leído junto con las otras partes del folleto, información fundamental para ayudar a los inversores a la hora de determinar si invierten o no en los valores (arts. 38 TRLMV, 33, 36 y 37 RD 1310/2005).

2.2.3. Aprobación, registro y publicación del folleto

El folleto ha de ser aprobado por la CNMV (art. 36 TRLMV). La aprobación es un acto expreso resultante del análisis realizado, por el que esta concluye que el folleto es completo, comprensible y que contiene información coherente. En ningún caso, la aprobación implicará un juicio sobre la calidad del emisor o los valores (art. 24.1 RD 1310/2005). Tras ello procederá a su registro. Posteriormente, la entidad emisora u oferente ha de ponerlo a disposición del público mediante su publicación a través de los medios establecidos reglamentariamente (art. 25 RD 1310/2005) y facilitar el acceso al mismo antes del inicio del período de colocación.

Por otra parte, no cabe confundir la publicación del folleto con la publicidad que se efectúe para difundir la oferta entre el público y promocionarla. Esta última podrá realizarse a través de cualquier medio de comunicación y en cualquier momento, incluso antes de la aprobación del folleto informativo. Ahora bien, deberá ser claramente reconocible como tal publicidad, no resultar inexacta ni engañosa y ser coherente con respecto a la información contenida en el folleto, si este ya se ha publicado, o a la información que debe figurar en él, si se publica posteriormente. Además, es imprescindible especificar que se ha publicado, o se publicará, un folleto, indicando dónde pueden, o podrán, obtenerlo los inversores (art. 28 RD 1310/2005).

2.3. La aceptación de la oferta

Como oferta que es, la oferta pública de suscripción de valores ha de ser aceptada por los inversores. La aceptación ha de ser pura y simple, sin que el inversor pueda introducir alteración o modificación alguna en la oferta, y formularse en tiempo y forma, de acuerdo con las condiciones previstas en aquella. Es asimismo irrevocable, como toda aceptación, salvo que circunstancias sobrevenidas, o co-

nocidas con posterioridad a la oferta, que obliguen a realizar un suplemento del folleto, exijan otra solución, pues, en este caso, se entiende que se altera la base del negocio, entendido como las circunstancias de la oferta tomadas en cuenta por el aceptante para prestar su consentimiento. De la aceptación en sentido propio se diferencian las manifestaciones no vinculantes u órdenes revocables de aceptación, muy frecuentes en la práctica, cuya finalidad consiste en permitir al inversor determinar con mayor conocimiento las condiciones definitivas de la oferta.

Solo tras la aceptación se perfeccionan los contratos de compra correspondiente, generando en las partes, emisor y adquirente, las obligaciones recíprocas propias de la compraventa. En particular, el emisor está obligado a emitir y entregar los valores, considerándose efectuada la entrega mediante la inscripción del valor representado mediante anotación en cuenta en el registro contable de que se trate. Por su parte, el inversor ha de efectuar el desembolso en los términos establecidos en la oferta. Ahora bien, es usual en el tráfico que las aceptaciones superen la oferta. Por este motivo ha de incluirse necesariamente en esta un sistema de adjudicación de los valores. Entre ellos destacan el cronológico, el de prorrateo y el de subasta. El primero consiste en adjudicar los valores según el orden de recepción de las aceptaciones. En segundo estriba en distribuir los valores entre las aceptaciones de manera proporcional al importe de cada una de ellas, o según su cuantía. El último, atribuye los valores al mejor postor.

III. EL MERCADO SECUNDARIO DE VALORES

1. Caracterización y clases

1.1. Caracterización

El mercado secundario de valores es aquel en el que se negocian instrumentos financieros ya emitidos y suscritos, por lo que existe siempre una transmisión derivativa. Su función consiste en facilitar la inversión, pero también la desinversión, esto es, la enajenación de los mismos a cambio del precio de cotización, lo que, como regla general, puede hacerse en cualquier momento, por lo que, en función de esta última circunstancia, suele ser un mercado dotado de un alto grado de liquidez.

1.2. Clases

La LMV regula tres clases de mercados, a saber, los mercados secundarios oficiales, denominados también mercados regulados, los sistemas multilaterales de negociación y la internalización sistemática.

1.2.1. *Los mercados secundarios oficiales*

Son mercados regulados o secundarios oficiales aquellos sistemas multilaterales que permiten reunir los diversos intereses de compra y venta sobre instrumentos financieros para dar lugar a contratos con respecto a los instrumentos financieros admitidos a negociación, y que están autorizados y funcionan de forma regular, conforme a lo previsto en el TRLMV y en sus normas de desarrollo, con sujeción en todo caso, a condiciones de acceso, admisión a negociación, procedimientos operativos, información y publicidad (art. 43.1 TRLMV). En España existen cuatro tipos de mercados secundarios oficiales principales, si bien gozarán de la misma condición cualesquiera otros, de ámbito estatal, que, cumpliendo los requisitos anteriores, se autoricen en el marco de las previsiones del TRLMV y de su normativa de desarrollo, así como aquellos, de ámbito autonómico, que autoricen las Comunidades Autónomas con competencia en la materia (art. 43.2 TRLMV).

Los mercados principales son, en primer término, las Bolsas de Valores, en las que se negocian fundamentalmente valores de renta variable –acciones y valores convertibles o que otorguen derecho de adquisición o suscripción–, pero pueden negociarse otros instrumentos financieros (art. 53 TRLMVLMV). En la actualidad hay segmentos donde se negocia renta fija –renta fija y deuda pública anotada– y derivados –warrants y certificados–. Existen en este momento cuatro Bolsas de Valores, que han establecido el Sistema de Interconexión Bursátil de ámbito estatal (SIBE), integrado a través de una red informática, que constituye una plataforma electrónica de negociación, que garantiza la interconexión de las cuatro Bolsas. En él se negocian aquellos valores que acuerde la CNMV, de entre los que estén previamente admitidos a negociación en, al menos, dos Bolsas de Valores, a solicitud de la entidad emisora y previo informe favorable de la Sociedad de Bolsas, que gestiona el Sistema de Interconexión Bursátil, y que está constituida por las sociedades rectoras de las Bolsas de Valores existentes en cada momento (arts. 56 y 57 TRLMV).

En segundo lugar, el Mercado de la Deuda Pública en Anotaciones, en donde se negocian exclusivamente valores de renta fija –vgr. letras, bonos y obligaciones del Tesoro–, representados por anotaciones en cuenta, emitidos por el Estado, por el ICO y por otras instituciones públicas que así lo soliciten, como por ejemplo las CCAA o el Banco Central Europeo. Sin embargo, los valores admitidos a negociación en este mercado puede negociarse en otros, en especial en la Bolsa, con arreglo a los términos que se fijen en el Reglamento del correspondiente mercado (art. 59 TRLMV). El organismo rector de este mercado es el Banco de España (art. 60 TRLMV). En tercer término, el Mercado de futuros y opciones representados por anotaciones en cuenta. En él se negocian, compensan y liquidan los contratos

de futuros y opciones definidos por su sociedad rectora, con independencia de su subyacente, esto es, sea o no financiero (art. 65 TRLMV y vid. RD 1282/2010, de 15 de octubre, por el que se regulan los mercados secundarios oficiales de futuros, opciones y otros instrumentos financieros derivados y la Resolución CNMV de 21 de diciembre de 2010, que aprueba el Reglamento del Mercado secundario oficial de futuros y opciones –MEFF–). Este Mercado está regido y gestionado por MEFF Sociedad Rectora de Productos Derivados, SAU (MEFF). Finalmente, el Mercado de renta fija AIAF, del que son miembros las entidades de crédito y en el que se negocian valores de renta fija emitidos, principalmente, por entidades financieras y Administraciones públicas territoriales. Si bien estos valores pueden negociarse también en las Bolsas de Valores. Su organismo rector es la Asociación de Intermediarios de Activos Financieros (AIAF).

Salvo el Banco de España, el resto de organismos rectores de estos mercados están integrados en Bolsas y Mercados Españoles, Sociedad Holding de Mercados y Sistemas Financieros, SA (BME), que agrupa también, entre otros, a SENAF, plataforma electrónica de negociación de la deuda anotada.

1.2.2. *Los sistemas multilaterales de negociación*

Por sistema multilateral de negociación (SMN), se entiende todo sistema, operado por una entidad rectora, que permita reunir, dentro del sistema y según sus normas no discrecionales, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros para dar lugar a contratos, de conformidad con lo dispuesto en el TRLMV (art. 317 TRLMV). En definitiva se caracteriza por carecer de la condición de mercado secundario oficial o regulado, lo que dota a su régimen jurídico de mayor flexibilidad, postergando en gran medida las funciones que la CNMV tiene asignadas en los mercados oficiales. En particular es su Sociedad Rectora quien impone las normas sobre transparencia, sin perjuicio de las previsiones legales y de que el Reglamento del Mercado deba ser autorizado por la CNMV (arts. 318 a 329 TRLMV). De este tipo es el Mercado Alternativo Bursátil (MAB), que tiene en la actualidad varios segmentos de negociación, entre los que destaca el de *empresas en expansión* (MAB-EE).

1.2.3. *La internalización sistemática*

Finalmente el TRLMV se refiere a la internalización sistemática como última clase de mercado no regulado. Comprende a las entidades de crédito y empresas de servicios de inversión sujetas al TRLMV que ejecuten, por cuenta propia, órdenes de clientes sobre acciones admitidas a negociación en mercados regulados, al

margen de estos o de los sistemas multilaterales de negociación, siempre que esta actuación se desarrolle de forma organizada, frecuente y sistemática y que se refiera a órdenes cuyo importe sea igual o inferior al volumen estándar del mercado que corresponda al valor (art. 331 TRLMV). El TRLMV alude a la transparencia pre-negociación y a la necesidad de ejecutar las operaciones a los precios cotizados, que además no deberán diferir sustancialmente de los de mercado. Si bien contempla algunas excepciones (arts. 332 a 334 TRLMV).

2. Operaciones

2.1. Caracterización y clases

Tendrán la consideración de operaciones de un mercado secundario oficial de valores las transmisiones por título de compraventa, u otros negocios onerosos de cada mercado, cuando se realicen sobre valores negociables u otros instrumentos financieros admitidos a negociación en el mismo y se efectúen en ese mercado con sujeción a sus reglas de funcionamiento (art. 83.1 TRLMV). Las transmisiones a título oneroso en las que no concurran estos requisitos y las transmisiones a título lucrativo de valores o instrumentos financieros admitidos a negociación en un mercado secundario oficial no tendrán la consideración de operaciones del mismo (art. 83.2 TRLMV). La calificación como operación de mercado tiene gran trascendencia puesto que solo ellas están sujetas al régimen previsto en el TRLMV y en la normativa de desarrollo, así como a las reglas de funcionamiento del mercado de que se trate. El resto de operaciones continúa regulándose por la disciplina mercantil que les es propia, si bien deben notificarse a efectos informativos a los organismos rectores del mercado (art. 89 TRLMV). Hasta ese momento el adquirente no podrá negociar los valores ni ejercer los derechos que incorporan.

Las operaciones de mercado se caracterizan por su normalización o uniformidad, ya que el contenido y forma de cada una de ellas suele estar predeterminado con carácter general.

Las operaciones pueden clasificarse en varios tipos atendiendo a tres variables:

- i) En atención a las partes, cabe distinguir las operaciones realizadas por cuenta propia de las ejecutadas por cuenta ajena. Pueden operar de ambas maneras las sociedades de valores y las entidades de crédito; mientras que las agencias de valores solo pueden operar por cuenta ajena.
- ii) En consideración a su contenido, las operaciones de mercado pueden ser ordinarias o extraordinarias. Las primeras son las realizadas con la intervención de un miembro del mercado y con plena sujeción a las reglas

de funcionamiento del mercado mismo; mientras que las segundas no se someten a alguna o algunas de dichas reglas.

- iii) Atendiendo al momento de la ejecución cabe distinguir entre operaciones al contado y a plazos. Las operaciones al contado son aquellas cuyo cumplimiento se produce de forma prácticamente inmediata a su perfección, lo que se ha visto facilitado con el funcionamiento del sistema de interconexión bursátil en lo relativo a las operaciones de Bolsa y para los valores anotados de Deuda. Las operaciones a plazo tienen en común el hecho de que perfección y cumplimiento de las prestaciones por las partes difieren en el tiempo, por lo que no deben confundirse con operaciones a precio aplazado, en las que simplemente se aplaza una prestación, esto es, el pago del precio. En consecuencia su finalidad es predominantemente especulativa puesto que se pretende aprovechar la ganancia que resulte de la variación de los cambios entre el día de la celebración del contrato y el de su cumplimiento. Por el contrario, las operaciones al contado son generalmente de inversión. Con ellas se busca de ordinario la adquisición efectiva de los valores como forma de colocación de capitales. Las operaciones a plazo se practican en la actualidad en el mercado de Deuda Pública como compraventas, en el mercado AIAF y en los mercados de futuros y opciones.

2.2. Compraventa

A pesar de que es la primera operación de mercado que nombra, el TRLMV no regula la compraventa. Por tanto su régimen jurídico debe construirse añadiendo a la disciplina mercantil y, en su caso, común, del contrato, las peculiaridades que derivan de su negociación en un mercado secundario oficial. En cuanto a los elementos personales, esta operación ha de realizarse con la participación de, al menos, una entidad que ostente la condición de miembro del mercado correspondiente. Esta participación reviste varias modalidades a las que se aludirá al tratar de la comisión. En punto a la perfección del contrato, estas compraventas mantienen su consideración de contratos consensuales, que se perfeccionan, por tanto, mediante el concurso de la oferta y la aceptación. El contenido del contrato es también el mismo que en toda compraventa, de modo que comprende las obligaciones típicas de cualquier contrato de ese tipo, esto es, el vendedor ha de entregar los valores y el comprador ha de pagar el precio.

No obstante, estas compraventas se realizan en el Mercado, con sujeción a los sistemas de contratación que se hayan establecido, lo que propicia un elevado grado de normalización, que, en la misma medida, restringe la autonomía de

la voluntad, e incide tanto en la forma de las declaraciones de voluntad, como en el contenido del contrato, en particular en el proceso de determinación del precio. Estos sistemas se analizan en el epígrafe 4 siguiente. Con todo, las singularidades más relevantes se advierte en la ejecución de estas obligaciones, que se produce mediante sistemas multilaterales de liquidación y compensación de los saldos acreedores y deudores de valores y efectos, que, como consecuencia de las operaciones realizadas por sus clientes, corresponda a cada una de las entidades participantes. Estos sistemas se analizan en el epígrafe 5 siguiente.

2.3. Préstamo de valores

La LMV contempla una modalidad de préstamo de valores que se caracteriza por referirse a valores negociados en un mercado secundario oficial y porque su finalidad es disponer de los mismos para su enajenación posterior, para ser objeto de préstamo o para servir como garantía en una operación financiera. Su escueta disciplina se centra en asegurar que el prestatario proceda a la devolución del préstamo y a asegurar el correcto funcionamiento del mercado ante la realización de este tipo de operaciones. Con el primer objeto, impone al prestatario la obligación de constituir las garantías suficientes y autoriza a la CNMV a determinar cuáles deberán ser dichas garantías. Para atender al segundo objetivo autoriza al Ministro de Economía y, con su habilitación expresa, a la CNMV, a fijar límites al volumen de operaciones de préstamo o a las condiciones de los mismos, atendiendo a circunstancias del mercado y a establecer obligaciones específicas de información sobre las operaciones (art. 84 TRLMV).

3. *Sistemas de compensación y liquidación de valores*

En el proceso de contratación en los mercados de valores se distinguen dos etapas. Por un lado, la de negociación en sentido estricto; y, por otro, la de post-contratación. En la primera se concierta la operación mediante la búsqueda de la contrapartida compradora o vendedora. En la segunda, se consuma la transacción, completándose con el cambio de titularidad de los valores y el registro de los mismos a nombre del comprador y la recepción del pago por el vendedor. En suma, permite que tenga lugar el intercambio de valores por efectivo. A su vez, el período de post-contratación se desarrolla en tres fases consecutivas, la compensación, la liquidación y el registro y custodia de los valores. La regulación de los sistemas de compensación y liquidación de valores se encuentra en el TRLMV y su normativa de desarrollo. En especial en el Real Decreto 878/2015, de 2 de octubre, sobre compensación, liquidación y registro de valores negociables representados mediante anotaciones en cuenta, sobre el régimen jurídico de los depo-

sitarios centrales de valores y de las entidades de contrapartida central y sobre requisitos de transparencia de los emisores de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial (RDCLR-VN), en el RD 1282/2010 de 15 octubre sobre mercados secundarios oficiales de futuros, opciones y otros instrumentos financieros derivados y su normativa de desarrollo y en el RD 505/1987 de 3 de abril sobre anotaciones en cuenta para la deuda del Estado. Junto a ello rigen, en un tercer estrato, los reglamentos y demás normativa de desarrollo, como circulares y normas técnicas, de la Sociedad de Sistemas y MEFF.

4. Contratos de servicios de inversión

4.1. Generalidades

Los servicios de inversión, así como los servicios auxiliares, están relacionados en la TRLMV (arts. 140 y 141 TRLMV) que, sin embargo, se limita a expresar el contenido genérico de la prestación en que consisten, sin abordar su caracterización jurídica, ni su régimen, que ha de buscarse en atención a ella. En este apartado se hace referencia a los contratos en virtud de los cuales se prestan los servicios más generalizados en la práctica de los mercados secundarios.

4.2. Comisión

4.2.1. Caracterización y normativa aplicable

En nuestro sistema no se reconoce la libertad de acceso directo a los mercados secundarios de valores, por lo que la ejecución de operaciones en los mismos se ha de efectuar a través de una entidad habilitada para actuar en tales mercados, formulando a la misma el encargo de que se trate. A este encargo se le denomina orden. Desde el punto de vista de la ordenación del mercado este encargo constituye un servicio de inversión [art. 140 b) TRLMV]. Desde la perspectiva del Derecho privado es un mandato mercantil, ya que tiene por objeto una operación de comercio, la operación de mercado, –que constituye el negocio de ejecución de la comisión– y el comisionista, el miembro del mercado, es un empresario (art. 244 Ccom). En atención a ello se rige por las normas relativas a la comisión mercantil (arts. 244 y ss. Ccom) y, supletoriamente, por las previstas para el mandato civil (arts. 1709-1739, arts. 2 y 50 Ccom); así como por lo dispuesto en el TRLMV y normas de desarrollo, interpretadas conforme a las reglas técnicas adoptadas por los organismos rectores de los mercados, que introducen en su régimen ciertas peculiaridades y dotan al contrato de determinados caracteres.

4.2.2. *Elementos personales*

En punto a los elementos personales, destaca el hecho de que comisionista sólo puede ser la entidades habilitada para actuar en el concreto mercado en que se vaya a realizar la operación, que, en todo caso, habrá de ser una sociedad o agencias de valores o una entidad de crédito (arts. 143 y 145 TRLMV). Con todo, es frecuente que el encargo no se haga directamente a un intermediario autorizado para ejecutarla, sino a un tercero que no es miembro de este mercado y que la transmitirá a quien lo sea por cuenta del cliente. En este caso, a la comisión de la que estamos tratando antecede una comisión distinta de carácter instrumental cuyo objeto es la recepción y transmisión de órdenes de terceros, que es un servicio de inversión diferente [art. 140 b) TRLMV].

El comisionista actúa por cuenta ajena, pero lo hace en nombre propio callando el nombre de su comitente. Se trata, por tanto, de una comisión indirecta (art. 246 CCom). La transparencia del mercado se atiende en la medida en que el inversor ha de estar identificado documentalmente ante el intermediario (art. 315 LMV). Esta nota supone que el comisionista queda obligado directamente frente a la persona con quien contrata, que será otro intermediario, de modo que no surge vínculo jurídico alguno entre un intermediario y el cliente del otro intermediario, sino exclusivamente entre ellos, de un lado, y entre cada intermediario y su cliente, de otro. A consecuencia de ello el intermediario con quien contrata el comisionista no tendrá acción frente al comitente, ni este frente a aquel, quedando a salvo las acciones que correspondan entre comitente y comisionista.

4.2.3. *Perfección del contrato*

En orden a la perfección del contrato, como toda comisión, esta tiene carácter consensual, de modo que se perfecciona por el mero consentimiento entre las partes expresado por la aceptación del comisionista de la orden formulada por el comitente. Ahora bien, se trata de un contrato forzoso para el comisionista, ya que está obligado suscribirlo (art. 71 TRLMV). La negativa injustificada a cumplir una orden está tipificada como una infracción grave [art. 292.2 TRLMV)], además de que puede generar la pertinente responsabilidad civil.

4.2.4. *Contenido del contrato*

4.2.4.1. Obligaciones del comisionista

La obligación esencial del comisionista es la de ejecutar la orden con sujeción a las instrucciones del comitente y con diligencia, transparencia y lealtad, de modo

que adopte las medidas razonables para obtener el mejor resultado posible para aquel [arts. 208 y 221.1 a) TRLMV], poniendo luego a disposición del mismo lo recibido en ejecución de la orden (art. 71 TRLMV). La orden, que ha de ser clara y precisa en su alcance y sentido y cuyo contenido mínimo está predeterminado mediante normas reglamentarias, según el mercado y los valores de que se trate, puede cursarse por escrito, por vía telefónica o telemáticamente. Es obligación del comisionista registrar toda orden en los términos reglamentariamente establecidos y ejecutarla con rapidez y precisión [art. 80.1 a) RDEISIS].

La sujeción a las instrucciones del comitente se expresa de forma distinta según existan o no instrucciones específicas sobre la ejecución de la orden. En el primer caso, el comisionista la ejecutará siguiendo la instrucción específica (art. 223.1 TRLMV). De no mediar esta, el deber de diligencia le obliga a adoptar las medidas razonables para obtener el mejor resultado posible para el cliente teniendo en cuenta el precio, los costes, y, en general, cualquier otro elemento relevante para la ejecución de la orden [art. 221.1 a) TRLMV]. En cualquier caso, cuando se trate de órdenes de clientes minoristas que no hubieran dado instrucciones específicas, el mejor resultado posible se determinará en términos de contraprestación total, compuesta por el precio del instrumento financiero y los costes relacionados con la ejecución (art. 223.2 TRLMV).

El comisionista ha de ejecutar la orden respetando el deber de lealtad, cuidando de los intereses del comitente como si fueran propios (art. 208 TRLMV). En el contexto de este destaca el tratamiento que reciben los conflictos de interés que pueden surgir en los supuestos de autocontratación y de aplicaciones, prohibidos, salvo autorización expresa, en la comisión ordinaria (art. 267 Ccom).

Finalmente, cabe advertir que, a diferencia de lo que sucede en el Derecho mercantil común (art. 272 Ccom), la comisión del mercado de valores es siempre de garantía, ya que el comisionista responde ante su comitente de la entrega de los valores o, en su caso, del pago del precio (art. 71.3 TRLMV).

4.2.4.2. Obligaciones del comitente

La obligación principal del comitente consiste en pagar la remuneración en forma de comisión al miembro del mercado que acepta la orden. Su importe en principio es libre en el sentido de que depende de las tarifas que ese miembro del mercado tenga establecidas, publicadas y comunicadas a la CNMV. Sin embargo el Gobierno puede establecer retribuciones máximas para las operaciones cuya cuantía no exceda de una determinada cantidad o para aquellas que se hagan en ejecución de resoluciones judiciales (art. 74 TRLMV). El comitente, además, está obligado también a satisfacer al comisionista los gastos y desembolsos realizados

por él y a abonar el importe de la operación, así como a entregar los valores con anterioridad a la liquidación de la misma.

4.3. Administración de valores

4.3.1. *Concepto, naturaleza y normativa aplicable*

Desde el punto de vista del Derecho Privado la administración de valores es un contrato cuyo objeto son valores anotados en cuenta. Por su intermedio, el administrador se obliga a conservar los derechos inherentes a dichos valores mediante una gestión administrativa idónea. Se trata de un contrato mixto de depósito y comisión por cuanto su causa es doble. Por un lado la custodia y, por otro, la gestión *conservativa*. Con el depósito, en concreto con el depósito administrado de títulos valores, comparte la finalidad de custodia. Sin embargo, el carácter inmaterial de los valores que constituyen su objeto impide calificarlo como un depósito de esa clase, debido a que aquel versa sobre títulos valores, concebidos como cosas corporales, mientras que en la administración de valores, estos no están representados por títulos, sino por anotaciones en cuenta, que es una representación no corporal, sino inmaterial. Esta misma circunstancia explica que aquí la obligación de gestionar adquiera una relevancia mayor que en el depósito administrado.

Desde el punto de vista del Derecho del Mercado de valores, la administración de valores es un servicio de inversión auxiliar [art. 141 a) TRLMV], por lo que su régimen jurídico se ve mediatizado por la aplicación de la LMV y sus normas de desarrollo. En particular por el RD 217/2008, de 15 de febrero sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, la OM EHA/1665/2010 de 11 de junio que desarrolla los arts. 71 y 76 del RD 217/2008 de 15 de febrero en materia de tarifas y contratos-tipo y por la Circular 7/2011, de 12 de diciembre, CNMV sobre folleto informativo de tarifas y contenido de los contratos-tipo.

4.3.2. *Contenido*

4.3.2.1. Contratos-tipo

En su condición de servicio de inversión auxiliar, para la suscripción del contrato de administración de valores con clientes minoristas, la normativa del mercado de valores exige la utilización de contratos-tipo (art. 5.2 OM EHA/1665/2010 y normas 7 y 8 Circular CNMV 7/2011). A estos efectos se entiende por contratos-tipo los contratos de adhesión que las entidades ofrezcan a sus clientes minoristas para la prestación de los servicios que pretendan suministrar. El contenido

mínimo obligatorio de estos contratos está predeterminado reglamentariamente (art. 6 OM EHA/1665/2010 y normas 7 y 8 Circular CNMV 7/2011). En su redacción es obligatorio, además, atender al TRLCU, así como a las normas de conducta y requisitos de información establecidos en la normativa del mercados de valores y otras normas que resulten de aplicación tales como la relativas a la prevención del blanqueo de capitales, comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores y similares (art. 6 OM EHA/1665/2010 y norma 7 Circular CNMV 7/2011). Si el administrador es una entidad de crédito, ha de tenerse en cuenta también la legislación bancaria.

Los contratos-tipo no están sujetos al control previo por parte de la CNMV, de manera que pueden ser utilizados sin que medie autorización de aquella. Sin embargo, la CNMV conserva la potestad de requerir su rectificación o el cese en la utilización de aquellos cuyo contenido no se ajuste al previsto en las normas anteriores (Circular CNMV 7/2011). Esta medida se adoptará sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera haber incurrido la entidad con arreglo al régimen sancionador establecido en la Ley del Mercado de Valores (art. 8 OM EHA/1665/2010). Adicionalmente, su uso se supedita a que se hayan puesto a disposición del público en la forma determinada reglamentariamente (arts. 9 OM EHA/1665/2010 y norma 10 Circular CNMV 7/2011).

4.3.2.2. Obligaciones del administrador

Como obligación precontractual impuesta legalmente, el administrador ha de realizar al cliente el *test de conveniencia* en los términos establecidos en el TRLMV (arts. 214 y 207 TRLMV), debiendo hacer mención al mismo en el contrato [art. 6.2. f) OM EHA/1665/2010]. En lo relativo a las obligaciones propiamente contractuales es de destacar que las de guardar y conservar los valores (art. 1766 Cciv y 306 Ccom), y no servirse de ellos (art. 1767 Cciv), propias del depósito, se sustituyen aquí por la de conservar los derechos inherentes a los valores mediante una gestión administrativa idónea, lo que, a su vez, impone al administrador la obligación de ejercitar los derechos económicos inherentes a aquellos, siempre por cuenta y en interés del cliente, pero no le habilita para ejercitar los derechos políticos, ni le compele a cumplir las obligaciones. Ha de proceder, por ello, al cobro de los intereses y dividendos para su posterior abono al cliente, y, en general, tiene que ejecutar todos los actos que sean necesarios para que los valores conserven su entidad y los derechos que les son inherentes (art. 308 Ccom). Debe, por ejemplo, suscribir las acciones que correspondan al cliente por asignación gratuita.

En otros casos, sin embargo, es muy probable que tenga que contar con el consentimiento del cliente. Sobre todo cuando se trate de efectuar pagos, como sucede, por ejemplo, con ocasión del ejercicio del derecho de suscripción preferente.

En relación, por otra parte, con los derechos administrativos, la entidad administradora sólo está habilitada para ejercitarlos previo cumplimiento de las disposiciones legales aplicables. En particular, tratándose del derecho de voto, es preciso que el cliente le atribuya la representación. En definitiva, la obligación del administrador consiste no sólo en conservar, sino también en administrar diligentemente. En ningún caso puede enajenar o disponer de los valores (art. 309 Ccom).

4.3.2.3. Obligaciones del cliente

El cliente, titular de los valores, debe pagar a la entidad administradora la comisión que esta estipule en sus tarifas. Tratándose de clientes minoristas, las tarifas están sujetas a un régimen reglamentario que comprende disposiciones sobre la formación de las comisiones y sobre comunicación a la CNMV y puesta a disposición del público. En lo atinente a la composición de la comisión se distingue una parte fija y otra variable. La parte fija comprende la remuneración por los servicios de custodia y puede integrar una comisión por el traspaso de los valores a otra entidad. La primera se expresará necesariamente mediante un tanto por ciento anual aplicado a los conceptos o bases de cálculo determinados reglamentariamente. La segunda se determina libremente por la entidad, pero la máxima ha de ser fija. La parte variable remunera los actos correspondientes a la administración de valores tales como el cobro de dividendos o el pago de desembolsos pendientes. Su importe se fija libremente por la entidad (norma 4.2 Circular CNMV 7/2011). La modificación al alza de las comisiones por parte de la entidad da derecho al cliente a modificar o extinguir la relación contractual, disponiendo de un plazo determinado reglamentariamente en el que no son de aplicación las nuevas condiciones [norma 7.1 e) Circular CNMV 7/2011].

Por otra parte, también en relación con los clientes minoristas, las tarifas están sometidas a un régimen reglamentario de carácter informativo que exige la utilización de un folleto informativo de tarifas cuyo contenido mínimo está predeterminado reglamentariamente (normas 2 y 3 Circular CNMV 7/2011).

4.4. Gestión de carteras de inversión

4.4.1. *Concepto, naturaleza y normativa aplicable*

La gestión de carteras de inversión es un contrato mediante el que el gestor, que ha de ser una sociedad o agencia de valores, una sociedad gestora de carteras o

una entidad de crédito, se obliga a administrar de manera discrecional una cartera de instrumentos financieros pertenecientes a un tercero, denominado inversor o cliente, a cambio de una remuneración [art. 140 d) TRLMV]. Por cartera se entiende una unidad ideal relativa a un patrimonio mobiliario compuesto por dinero y un conjunto de instrumentos financieros. Su característica principal consiste en que la gestión es discrecional lo que confiere al gestor un amplio margen para realizar las operaciones que tenga por conveniente, sin previo aviso ni consulta al titular de la cartera.

Se distingue, por ello, de otros contratos denominados de administración *asesorada* en los que el gestor se limita a proponer al inversor una serie de operaciones siendo este el que decidirá de su ejecución, que será realizada por el gestor [art. 140 g) TRLMV]. Se diferencia del contrato de administración de valores en que en este último la obligación de administración es de índole estática o conservativa, mientras que aquí tiene naturaleza dinámica, activa, de modo que comprende la facultad de enajenar o disponer de los valores. Asimismo, en la gestión de carteras se pierde la referencia individualizada a los valores que existe en aquel, sustituida por la relativa a las *carteras*.

Desde el punto de vista del Derecho Privado, se rige por la disciplina relativa a la comisión y al mandato. Ahora bien, atendiendo a la perspectiva del Derecho del Mercado de valores, es un servicio de inversión [art. 140 d) TRLMV], por lo que su régimen jurídico se ve mediatizado por la aplicación del TRLMV y sus normas de desarrollo. En particular por el RD 217/2008, de 15 de febrero sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, la OM EHA/1665/2010 de 11 de junio que desarrolla los arts. 71 y 76 del RD 217/2008 de 15 de febrero en materia de tarifas y contratos-tipo y por la Circular 7/2011, de 12 de diciembre, CNMV sobre folleto informativo de tarifas y contenido de los contratos-tipo.

4.4.2. *Contenido del contrato*

4.4.2.1. Contratos-tipo

Según la normativa del mercado de valores, en su condición de servicio de inversión, la suscripción de este contrato con clientes minoristas exige la utilización de contratos-tipo (art. 5.2 OM EHA/1665/2010 y normas 7 y 8 Circular CNMV 7/2011). El régimen general de estos contratos-tipo es el mismo que el que se analizó en el apartado anterior al tratar del contrato de administración de valores, por lo que su análisis queda remitido a lo expuesto allí.

4.4.2.2. Obligaciones del gestor

Las obligaciones del gestor comprenden la de gestionar una cartera individualizada de valores según las instrucciones del inversor, pero de manera discrecional y dinámica, así como los deberes de actuar con diligencia y lealtad, informando a aquel de las incidencias relevantes de la gestión, y el de rendirle cuentas de ella, poniendo a su disposición los valores que hayan sustituido en la cartera a los originariamente entregados por este, al finalizar el contrato.

La gestión es individualizada, de modo que el gestor deberán tener identificadas concretamente en todo momento las cuentas de valores y efectivo y las operaciones en curso de cada cliente y mantenerlas separadas de las del resto de clientes y de la del propio gestor [art. 7.1 d) OM EHA/1665/2010]. En la ejecución del encargo, el gestor ha de seguir las instrucciones del inversor [art. 140 d) TRLMV]. El contenido a atribuir a tal obligación no puede identificarse, sin embargo, con un eventual deber de obedecer concretas instrucciones, sino que ha de ser integrado con el carácter discrecional de la gestión [art. 140 d) TRLMV].

La característica definitoria de esta última es la existencia de una autonomía decisoria directiva, noción funcional en cuya virtud se conceden amplios poderes al gestor limitados por las categorías de los valores o instrumentos financieros sobre los que puede recaer la gestión, por los tipos de operaciones que se podrán realizar y por los criterios generales de inversión acordados con el cliente, y, sobre todo, por los resultados perseguidos por este, de modo que encuentra su límite máximo en la protección del mismo.

Como en toda comisión, además, en el desempeño de la misma el gestor ha de actuar con sujeción a los deberes de diligencia y lealtad en el mejor interés del cliente para conseguir los objetivos determinados por este, que habrán de especificarse en el contrato (norma 9.1 Circular CNMV 7/2011), evitando en todo caso las situaciones de conflicto de interés [art. 7.1 g), h) OM EHA/1665/2010, norma 9.3 Circular CNMV 7/2011 y arts. 523 y 524 LSC).

4.4.2.3. Obligaciones del cliente

La obligación principal del titular de la cartera es la de retribuir los servicios prestados por la entidad gestora mediante el abono de las comisiones que esta estipule en sus tarifas. Tratándose de clientes minoristas, las tarifas están sujetas a un régimen reglamentario que comprende disposiciones sobre la formación de las comisiones y sobre comunicación a la CNMV y puesta a disposición del público. Estas últimas son las mismas que se analizaron al tratar del contrato de administración de valores en el apartado anterior, por lo que su estudio

queda remitido allí. Asimismo ha de suministrar a la entidad todos los medios necesarios para llevar a cabo la gestión, esto es, otorgar los poderes imprescindibles para que realice los actos dispositivos, satisfacer los gastos soportados por aquella e informarla de las circunstancias relevantes para el contrato, especialmente de las operaciones que realice sobre su cartera en uso del poder disposición que pueda mantener.

5. Ofertas públicas de adquisición (OPAS)

5.1. Caracterización y clases

Las ofertas públicas de adquisición, conocidas como OPAS, son ofertas formuladas públicamente a los accionistas de una sociedad o a los titulares de derechos que facultan para su suscripción o adquisición –vgr. derechos de suscripción preferente u obligaciones convertibles– ofreciéndoles la adquisición de la totalidad o parte de las acciones o derechos de los que son titulares. Están reguladas en la TRLMV y en el RD 1066/2007 de 27 de julio que la desarrolla en este ámbito (RDOPAS).

En atención al grado de sujeción del oferente a su formulación, las OPAS pueden ser voluntarias y obligatorias. La formulación de una OPA es obligatoria en tres casos: cuando se haya adquirido el control de una sociedad cotizada, cuando esta acuerde la exclusión de la negociación de sus valores y, finalmente, en caso de reducción de capital mediante adquisición de acciones propias. En el resto de casos, la OPA es voluntaria. Todas ellas son irrevocables desde el momento de su anuncio público, de modo que no ha lugar a su modificación, desistimiento o cesación de efectos sino en los casos y forma previstos reglamentariamente (art. 30.1 RDOPAS).

Por otra parte, las OPAS obligatorias no podrán estar sometidas a condición alguna, salvo la consistente en obtener la correspondiente autorización o no oposición de las autoridades de defensa de la competencia cuando la OPA pueda implicar la existencia de una operación de concentración económica. Por el contrario, las OPAS voluntarias podrán estar sometidas a esta condición y a cualquier otra de las previstas reglamentariamente o que la CNMV considere conforme a derecho (arts. 31.2. 13 y 26 RDOPAS). Es importante destacar que el incumplimiento de las previsiones en torno a las OPAS obligatorias se califica como infracción grave, por lo que puede dar lugar a las sanciones administrativas correspondientes. Además quien incurra en el incumplimiento no podrá ejercer los derechos políticos derivados de ninguno de los valores de la sociedad cotizada cuyo ejercicio le corresponda por cualquier título, ni de los poseídos indirectamente,

lo que ocasiona la nulidad del eventual acuerdo en que esos votos hubieran sido determinante. La CNMV está legitimada para ejercitar la acción de impugnación (art. 132 TRLMV).

En atención a la presentación de una OPA anterior se distingue la OPA inicial de las competidoras. Se consideran competidoras aquellas que afecten a valores sobre los que, en todo o en parte, haya sido presentada previamente otra OPA cuyo plazo de aceptación no haya finalizado todavía (art. 40 RDOPAS).

5.2. OPAS por adquisición del control

5.2.1. *Caracterización*

La OPA por adquisición del control es obligatoria en la medida en que determinada persona física o jurídica alcance el control de una sociedad cotizada, individualmente o de forma conjunta con las personas que actúen en concierto con ella. Se estima que lo ha hecho cuando consiga, directa o indirectamente, un porcentaje de derechos de voto igual o superior al 30 por ciento; o bien, cuando haya alcanzado una participación inferior y designe, en los términos que se establezcan reglamentariamente, un número de consejeros que, unidos, en su caso, a los que ya se hubieran designado, representen más de la mitad de los miembros del órgano de administración de la sociedad (arts. 128 y 131.1 TRLMV). Se admiten, no obstante, algunas excepciones (arts. 131, 137 TRLMV y 8 RDOPAS).

5.2.2. *Requisitos*

La imposición de la OPA en estos casos responde a la intención de garantizar la igualdad de trato de los accionistas, ofreciendo a todos ellos la opción de beneficiarse de la posible prima de control que haya pagado el oferente por el paquete de control y de proteger, por tanto, a los pequeños accionistas ante las tomas de control de la sociedad. Por este motivo, está sujeta a dos requisitos básicos. Debe ser total, esto es, ha de dirigirse a todos los accionistas y titulares de derechos asimilados y afectar a todas las acciones y derechos asimilados, que no posea el oferente (art. 128 TRLMV). Y ha de formularse por un precio equitativo (art. 128 TRLMV). Se entenderá que el precio es equitativo cuando, como mínimo, sea igual al precio más elevado que haya pagado el obligado a formular la oferta o las personas que actúen en concierto con él por los mismos valores durante los 12 meses previos al anuncio de la oferta (arts. 130.1 TRLMV y 9.1 RDOPAS). Cuando la OPA deba formularse sin haberse producido previamente la adquisición por el oferente, el precio equitativo será el que re-

sulte de tomar en cuenta, de forma conjunta y con justificación de su respectiva relevancia, los métodos de valoración previstos reglamentariamente (arts. 9.3 y 10.5 y 6 RDOPAS).

No obstante, la CNMV podrá modificar los precios así calculados en las circunstancias y según los criterios que se establezcan reglamentariamente. Entre las mencionadas circunstancias se podrán incluir, entre otras, las siguientes: que el precio más elevado se haya fijado por acuerdo entre el comprador y el vendedor; que los precios de mercado de los valores en cuestión hayan sido manipulados; que los precios de mercado, en general, o determinados precios, en particular, se hayan visto afectados por acontecimientos excepcionales; que se pretenda favorecer el saneamiento de la sociedad.

5.2.3. Régimen jurídico

5.2.3.1. El deber de pasividad

Entre los aspectos más relevantes del régimen jurídico de estas OPAS destacan las medidas que se arbitran para que sean los accionistas de la sociedad afectada quienes, en definitiva, decidan en torno a su oportunidad. Se trata, en primer lugar, del llamado deber de pasividad impuesto a los administradores y cargos de dirección de la sociedad afectada por la OPA. Con él se pretende que no realicen actuaciones que puedan impedir el éxito de la OPA sin la autorización previa de la junta general, por lo han de obtener su autorización antes de emprender cualquier actuación de esa índole y en particular antes de iniciar cualquier emisión de valores que pueda impedir que el oferente obtenga el control de la sociedad afectada (arts. 134.1 TRLMV y 194 LSC). Con ese objeto principal deberán publicar también un informe detallado sobre la oferta en los términos y plazos que se establecen reglamentariamente (arts. 134.4 TRLMV y 24 RDOPAS). Sin embargo, están autorizados para buscar otras ofertas, lo que suele suceder cuando se trata de OPAS hostiles, esto es, aquellas que se presentan sin la anuencia de los administradores.

5.2.3.2. Medidas de neutralización

Con el mismo objetivo que el deber de pasividad se concede la posibilidad de adoptar medidas de neutralización, que permiten suspender o eliminar ciertas cláusulas estatutarias o pactos parasociales que puedan comprometer el éxito de la OPA. Las medidas pueden ser obligatorias y voluntarias.

Las primeras se aplican sin que sea necesario el acuerdo de la junta de socios. Afectan a las cláusulas estatutarias que, directa o indirectamente, fijen con carácter general el número máximo de votos que pueden emitir un mismo accionista, las sociedades pertenecientes a un mismo grupo o quienes actúen de forma concertada con los anteriores. Estas cláusulas quedarán sin efecto cuando, tras la OPA, el oferente haya alcanzado un porcentaje igual o superior al 70 por ciento del capital que confiera derechos de voto, salvo que dicho oferente o su grupo, o quienes actúen de forma concertada con los anteriores, no estuvieran sujetos a medidas de neutralización equivalentes o no las hubieran adoptado (arts. 135.2 TRLMV y 527 LSC).

Las medidas de neutralización voluntarias exigen el acuerdo de la junta de socios de la sociedad afectada aprobado con las mayorías necesarias para la modificación de estatutos (art. 135.3 TRLMV). Se precisa, además, un informe de los administradores en el que justifiquen el acuerdo a adoptar, cuyo contenido mínimo está determinado reglamentariamente. En el anuncio de la convocatoria de la junta se hará constar el derecho que corresponde a todos los accionistas de examinar en el domicilio social dicho informe y el texto íntegro del acuerdo propuesto y de pedir la entrega o el envío gratuito de dichos documentos (art. 29.2 RDOPA). Estas medidas afectan a las limitaciones a los derechos de voto y a las restricciones a la transmisión de valores previstas en pactos parasociales, que pueden suspenderse o dejarse sin efecto.

La adopción de cualquiera de estas medidas exige la previsión de una compensación adecuada por la pérdida sufrida por los titulares de los derechos correspondientes, que deberá incluirse en los estatutos sociales, especificando la forma en que se abonará y el método empleado para determinarla (arts. 135.4 TRLMV y 29.4 RDOPAS).

5.2.3.3. Compraventas forzosas

Con el propósito conjunto de proteger a los accionistas minoritarios y a quien ha adquirido la participación de control, se regula la llamada compraventa forzosa, que tiene lugar cuando, a resultas de la OPA, el oferente posea valores que representen al menos el 90 por ciento del capital que confiere derechos de voto y la oferta haya sido aceptada por titulares de valores que representen al menos el 90 por ciento de los derechos de voto, distintos de los que ya obraran en poder del oferente. En estos casos, el oferente podrá exigir a los restantes titulares de valores que le vendan dichos valores a un precio equitativo y los titulares de valores de la sociedad afectada podrán exigir del oferente la compra de sus valores a un precio equitativo (art. 136 TRLMV).

5.3. OPAS por exclusión de la negociación

La formulación de la OPA es obligatoria cuando la sociedad acuerde la exclusión de sus acciones de la negociación en los mercados oficiales españoles. A esa decisión se asimilan las operaciones societarias que conlleven que los accionistas de una sociedad cotizada puedan convertirse, total o parcialmente, en socios de otra entidad no cotizada o que no obtenga la admisión a cotización de sus acciones en el plazo determinado reglamentariamente (arts. 82.1 y 2 TRLMV y 10.1 RDOPAS). Ahora bien, no será preciso formular la OPA en los casos previstos en el Reglamento (art. 11 RDOPAS). Entre ellos destacan, los supuestos en que se den las condiciones previstas para el ejercicio de las compraventas forzosas o cuando todos los titulares de los valores afectados acuerden por unanimidad la exclusión de negociación con renuncia a la venta de sus valores en régimen de oferta pública. Asimismo, la CNMV podrá dispensar de la obligación de formular la OPA en aquellos supuestos en los que mediante otro procedimiento equivalente se asegure la protección de los legítimos intereses de los titulares de acciones afectadas por la exclusión, así como de los correspondientes a los titulares de las obligaciones convertibles y demás valores que den derecho a su suscripción (art. 82.4 TRLMV).

El acuerdo de exclusión y los relativos a la oferta y al precio ofrecido deberán ser aprobados por la junta general de la sociedad emisora de los valores a excluir (arts. 83.2 TRLMV y 10.4 RDOPAS). Al tiempo de la convocatoria se pondrá a disposición de los titulares de los valores afectados un informe de los administradores en el que se justifique detalladamente la propuesta y el precio ofrecido basada en los resultados obtenidos a partir de los métodos de valoración determinados reglamentariamente, explicándose la relevancia respectiva de cada uno de ellos (arts. 82.3 TRLMV y 10.5 RDOPAS). En esta hipótesis, la OPA es total, de modo que ha de dirigirse a todos los accionistas y titulares de derechos asimilados, si bien puede excluirse a quienes hayan votado a favor del acuerdo de exclusión.

5.4. OPAS por reducción de capital mediante adquisición de acciones propias

El último supuesto de OPA obligatoria es la que debe formularse ante supuestos de reducción de capital mediante adquisición de acciones. El RDOPAS dispone que en estas hipótesis se aplican con preferencia los requisitos mínimos previstos en la LSC y adicionalmente los establecidos en la legislación del mercado de valores para las OPAs obligatorias (art. 12.1 RDOPAS). Ahora bien, la remisión que efectúa aquel a la LSC no puede restringirse a las previsiones sobre esta concreta modalidad de reducción (arts. 338 a 342 LSC), sino que se extiende a todo el régimen general de la reducción. En particular a las reglas sobre el acuer-

do y su publicación (arts. 318 y 319 LSC) y, en su caso, al derecho de oposición de acreedores (arts. 334 a 337 LSC).

En lo relativo a esta particular modalidad de reducción cabe destacar que la LSC la regula en atención al mismo objetivo principal que el RDOPAS. En ambos textos legales consiste en preservar el principio de igualdad de trato entre los accionistas. En atención a ello, la OPA puede ser total o parcial, pero, en cualquier caso, ha de respetarse el principio de paridad de trato. Si es total, la adquisición deberá ofrecerse a todos los socios. Si es parcial, por afectar solamente a una o varias clases de acciones, se exige como condición previa que la reducción se adopte con el acuerdo separado de la mayoría de las acciones pertenecientes a cada una de las clases afectadas (arts. 338 y 293 LSC). Aprobado el acuerdo separado, la OPA se dirigirá a todos los accionistas de esa o esas clases. No es muy seguro que haya de formularse necesariamente como compraventa, debido a que en la LSC se ha sustituido el término compra por el más amplio de adquisición (arg. *ex* arts. 170 LSA y 338 a 342 LSC) y el RDOPAS no contiene ninguna restricción al efecto (art. 14 RDOPAS).

Como aspectos más relevantes de su régimen jurídico cabe destacar, en primer lugar, que en el supuesto de que las aceptaciones excedan del límite máximo de la oferta, se aplicarán las reglas de distribución y prorrateo previstas en el RDOPAS (art. 12.1. RDOPAS), no en la LSC. En el caso contrario, esto es, cuando las aceptaciones no alcancen el número de acciones previamente fijado, se entenderá que el capital quedará reducido en la cantidad correspondiente a las aceptaciones recibidas, a no ser que en el acuerdo de la junta, o en la propuesta de adquisición, se hubiera establecido otra cosa (art. 340 LSC). Por otro lado, las acciones adquiridas por la sociedad deberán ser amortizadas dentro del mes siguiente a la terminación del plazo de la oferta de adquisición (art. 342 LSC). Sin embargo, podrán atribuirse bonos de disfrute a los titulares de las acciones amortizadas, especificando en el acuerdo de reducción el contenido de los derechos atribuidos a estos bonos, que, en ningún caso, podrá ser el derecho de voto (art. 341 LSC).

5.5. OPAS voluntarias

Las OPAS voluntarias están sujetas a las mismas reglas que las obligatorias, salvo en lo relativo a que pueden ser parciales, esto es, pueden formularse por un número de valores inferior al total, es factible condicionarlas más ampliamente que aquellas y se prescinde del requisito del precio equitativo (arts. 137 TRLMV y 13 RDOPA). No obstante la determinación del precio no es totalmente libre en cualquier circunstancia. Por el contrario cuando concurren alguno de los presupuestos mencionados en la LMV se fijará con arreglo a los criterios especificados en ella (art. 137 TRLMV). Por lo demás, si en el curso de la formulación de una

oferta voluntaria, ésta deviniera obligatoria, la oferta deberá cumplir con lo dispuesto para estas últimas.

5.6. OPAS competidoras

Se consideran competidoras aquellas que afecten a valores sobre los que, en todo o en parte, haya sido presentada previamente otra OPA cuyo plazo de aceptación no haya finalizado todavía (art. 40 RDOPAS). Su formulación está sujeta a los requisitos siguientes: debe presentarse una vez lanzada la oferta inicial y hasta el plazo reglamentario anterior a la finalización de su plazo de aceptación. En consecuencia, no cabrá anuncio alguno de una nueva OPA transcurrido dicho plazo; debe extenderse a un número de valores superior al de la última oferta presentada y mejorarla, bien elevando el precio o valor de la contraprestación ofrecida, bien extendiendo la oferta a un mayor número de valores; y si la formulación de la oferta competidora reviste carácter obligatorio por haberse alcanzado el control de la sociedad afectada, deberán cumplirse las condiciones previamente fijadas para este tipo de OPAS.

Las particularidades más relevantes de su régimen jurídico afectan al principio de irrevocabilidad y no sometimiento a condición, a las modalidades de aceptación y a los deberes y facultades de la sociedad afectada. Quiebra el principio de irrevocabilidad puesto que la autorización de una OPA competidora permite a los oferentes de las precedentes desistir de las mismas (art. 45.1 RDOPAS), asociarse o concertarse con terceros con el fin de mejorar su oferta (art. 41.2 RDOPAS), así como modificar sus condiciones (art. 45.2 RDOPAS). Con sujeción a los requisitos reglamentarios, entre los que destaca la exigencia de que la modificación mejore las condiciones de la oferta u ofertas competidoras, el oferente inicial goza de la posibilidad adicional de modificar su oferta definitiva una vez conocidas las condiciones de las de los competidores al abrirse por la CNMV los sobres cerrados en las que deben formularse definitivamente (art. 45.6 RDOPAS).

Por otra parte, las ofertas competidoras no obligatorias pueden condicionar su efectividad a su aceptación por un porcentaje de capital superior al de cualquiera de las precedentes y a cualquier otra condición en los mismos términos que las OPAS voluntarias (arts. 13.2. y 42.2 RDOPAS). Los accionistas de la sociedad afectada por las ofertas públicas pueden presentar declaraciones de aceptación múltiples fijando un orden de prelación (art. 43 RDOPAS). Y la sociedad afectada debe garantizar igualdad informativa entre los competidores (art. 46 RDOPAS). Sin embargo, está autorizada a pactar con el oferente inicial el pago de una comisión en concepto de gastos de preparación de la oferta para el caso que no prospere por la presentación de ofertas competidoras (art. 42.4 RDOPAS).

5.7. Procedimiento

5.7.1. *Las fases del procedimiento*

El procedimiento a que están sometidas las OPAS se estructura sobre la base de dos fases principales: la de anuncio y presentación de la oferta y la de aceptación y liquidación de la misma.

5.7.2. *Anuncio y presentación de la oferta*

Esta fase comprende cuatro actuaciones:

- i) El anuncio de la oferta. Consiste en la difusión pública ante el mercado, por parte del oferente, de su intención (cuando es voluntaria) o de la obligación (en caso contrario) de presentar una OPA. Tal difusión se efectuará con sujeción al régimen de los hechos relevantes (arts. 16 RDOPAS y 228 TRLMV).
- ii) La presentación de la solicitud de autorización ante la CNMV. La presentación se efectuará dentro del plazo y con las formalidades previstas en el RDOPAS.
- iii) Autorización por la CNMV. La denegación ha de estar motivada y justificada en el incumplimiento de la legislación del mercado de valores (art. 21.2 RDOPAS).
- iv) Publicación de la oferta por el oferente mediante anuncios y la puesta a disposición de los interesados de los documentos exigidos, entre los que destaca el ejemplar del folleto explicativo de la oferta. Todo ello en la forma y plazos determinados reglamentariamente (art. 22 RDOPAS). Tan pronto como se haya hecho pública una OPA, los órganos de administración o dirección de la sociedad afectada y el oferente informarán a los representantes de sus respectivos trabajadores, o en su defecto, a los propios trabajadores (art. 25 RDOPAS).

5.7.3. *Aceptación y liquidación de la oferta*

Esta fase del procedimiento comprende las tres actuaciones:

- i) La aceptación de la oferta e informes. La aceptación de la oferta por los titulares de los valores afectados se efectuará en el plazo fijado por el oferente, que ha de respetar el mínimo y el máximo determinado reglamentariamente. La CNMV puede ampliarlo motivadamente en los ca-

sos que estime necesarios. En el caso de concurrencia de varias ofertas competidoras, se fija un plazo común, con el fin de que todas acaben el mismo día. El día inicial del cómputo es el del primer anuncio reglado de la última, de modo que el atinente a las ofertas precedentes queda interrumpido y modificado desde la presentación de aquella (arts. 23 y ss. RDOPAS). A partir de la fecha de inicio del plazo de aceptación, dentro del término máximo fijado reglamentariamente, la sociedad afectada publicará y remitirá a la CNMV y a la representación de sus trabajadores un informe detallado y motivado sobre la OPA (art. 24 RDOPAS). Las declaraciones de aceptación de la oferta deben realizarse de acuerdo con lo señalado en el folleto. No pueden someterse a condición, pero son revocables en cualquier momento antes del último día del plazo de aceptación (art. 34 RDOPAS). Cuando existan ofertas competidoras, es posible formular declaraciones de aceptación múltiples, siempre que en ellas se indique el orden de preferencia (art. 34.4 RDOPAS).

- ii) Publicación del resultado de la oferta, que puede ser positivo o negativo según se haya alcanzado o no el número mínimo de valores señalados en la oferta y se hayan cumplido o no las condiciones establecidas para la eficacia de la misma. (art. 36 RDOPAS).
- iii) Liquidación de la oferta. En caso de resultado positivo la oferta se liquidará con el pago del dinero objeto de la contraprestación o permuta de los valores en que pudiese consistir la misma por los procedimientos determinados en el Reglamento (art. 37 RDOPAS). Cuando el número total de valores comprendidos en las declaraciones de aceptación hubiese superado el límite máximo de la oferta, la liquidación de la operación se efectuará conforme a las reglas de distribución y prorrateo previstas reglamentariamente (art. 38 RDOPAS).

Lección 10

Contratos de seguro (I)

SUMARIO: I. CARACTERIZACIÓN Y NORMATIVA APLICABLE. 1. Concepto. 2. Caracteres y normativa aplicable. 2.1. Caracteres generales. 2.2. La buena fe y la protección del asegurado. Normativa aplicable. 3. Clases. II. TEORÍA GENERAL. 1. Elementos. 1.1. Elementos personales. 1.1.1. Caracterización y enumeración. 1.1.2. Asegurado y tomador del seguro. El seguro por cuenta ajena. 1.1.3. El beneficiario. 1.1.4. El asegurador. 1.1.5. Los intermediarios. 1.2. Elementos causales. 1.2.1. El riesgo. 1.2.1.1. Caracterización y consecuencias jurídicas. 1.2.1.2. Individualización del riesgo. 1.2.1.3. Descripción y deber de declaración del riesgo. 1.2.2. El interés. 1.3. Perfección del contrato y elementos formales. La póliza. 2. Contenido. 2.1. Obligación del asegurador. 2.1.1. Caracterización. 2.1.2. El pago de la indemnización. 2.2. Obligaciones del tomador. 2.2.1. El pago de la prima. 2.2.1.1. Caracterización. 2.2.1.2. El pago de la prima. 2.2.2. Los deberes adicionales. 2.2.2.1. Caracterización. 2.2.2.2. Deberes anteriores al siniestro. 2.2.2.3. Deberes posteriores al siniestro. III. EL SEGURO CONTRA DAÑOS. 1. Caracterización. 2. Particularidades en materia de elementos. 2.1. El interés. Valor asegurable y valor asegurado. 2.2. Seguro pleno, sobreseguro e infraseguro. 2.3. Seguro múltiple. 3. Contenido. 3.1. El cálculo de la indemnización. 3.1.1. Elementos del cálculo. 3.1.2. En particular la suma asegurada. La regla proporcional. 3.1.3. Las pólizas estimadas. 3.2. El derecho de subrogación. 4. Supuestos específicos.

I. CARACTERIZACIÓN Y NORMATIVA APLICABLE

1. *Concepto*

El contrato de seguro es aquel en que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca un evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas (art. 1 LCS).

2. *Caracteres y normativa aplicable*

2.1. Caracteres generales

El contrato de seguro es un contrato bilateral, sinalagmático y oneroso porque, respectivamente, genera obligaciones para ambas partes, que, además, son recíprocas y prometidas unas en función de las otras. El tomador, en efecto, se obliga a pagar la prima o la forma de contribución determinada en el seguro mutuo y, a cambio, el asegurador a asumir el riesgo. Así concebida la prestación a que se obliga este último el carácter sinalagmático del contrato no puede suscitar duda aunque su obligación de abonar una indemnización, de efectuar una prestación

pecuniaria, tenga carácter condicional al encontrarse subordinada a la realización de un evento incierto, la producción del siniestro. En razón de ello se trata también de un contrato de carácter aleatorio, por cuanto en el momento de su conclusión las partes ignoran si, o cuando, se verificará el siniestro, y generalmente, cuál será la entidad económica de la prestación. Esta aleatoriedad del contrato individualmente considerado no desaparece porque su explotación en masa la excluya para el conjunto de los que suscriben los aseguradores.

A pesar de que se está ante un contrato único, se trata de un convenio de duración y ejecución continuada en la medida en que esta última no se agota en un momento por el cambio de las prestaciones. Por el contrario, frente a la prestación del asegurado, consistente en el pago de la prima, se ofrece la contraprestación del asegurador en el futuro para el caso de que se produzca el siniestro. Finalmente, cabe precisar que el seguro es un contrato mercantil, en razón de la propia operativa de la actividad en relación con la explotación en masa del seguro y de la caracterización atribuida a la empresa aseguradora.

2.2. La buena fe y la protección del asegurado. Normativa aplicable

Los caracteres generales de este tipo de contratos justifican la relevancia especial que, en su seno, se atribuye a la buena fe. Su incidencia excede de la que cabe deducir tanto en el art. 1257 Cciv como en el 57 del CCom. En particular, la buena fe constituye el fundamento de las cargas que se imponen al asegurado, tales como su previo deber de declaración exacta del riesgo, la de conservar diligentemente las cosas después de la conclusión y antes del siniestro y la de evitar la agravación del riesgo y de notificar en su caso, la agravación.

No obstante, es el asegurador quien está especialmente sujeto al principio de buena fe a consecuencia de la utilización por el mismo de condiciones generales de la contratación y contratos de adhesión. Esta técnica contractual viene exigida por la contratación en masa que efectúa y por el fundamento económico del seguro, ya que cada ramo del seguro funciona sobre la base de la homogeneidad de los riesgos, de modo que es imprescindible que la determinación del riesgo en cada póliza sea igual a la que se efectúa en las restantes del mismo ramo. Dicha circunstancia explica las previsiones contenidas en la LCS tendentes a proteger al asegurado, considerado parte débil del contrato. En primer término, se atribuye carácter imperativo a sus preceptos, a no ser que en ellos se disponga otra cosa, aunque se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado (art. 2 LCS). En razón del mismo fundamento, la LCS tiene carácter dispositivo cuando el asegurado tenga una cierta importancia económica (art. 44.2 en relación con el art. 107.2 LCS, en el ámbito de los grandes riesgos).

La LCS consagra además un control de las condiciones generales a través del mecanismo llamado de la doble firma. Dispone, en efecto, que habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro, si la hubiere, y, necesariamente, en la póliza de contrato o en un documento complementario, que suscribirá el asegurado y del que se le entregará copia. Pero obliga a destacarse especialmente las condiciones limitativas de los derechos de los asegurados, que habrán de ser específicamente aceptadas por escrito (art. 3.1 LCS). Al tiempo las condiciones generales han de ser redactadas de forma clara y precisa, entendiéndose que, en caso de duda, prevalecerá la interpretación más favorable al asegurado. Por consiguiente se trata de un control exclusivamente formal. Sobre el control material, esto es, del contenido, sin embargo, no contiene ninguna fórmula tuitiva específica, limitándose a establecer que las condiciones generales no podrán tener carácter lesivo para los asegurados. No obstante, estas condiciones generales están sometidas al régimen general protector contenido tanto en el Cciv, como en el TRLCU y en la LCGC. Si el contrato se suscribe a distancia es fundamental tener en cuenta la Ley 22/2007, de 11 julio de Comercialización a Distancia de Servicios Financieros. Es importante destacar a este respecto que si el TS declara la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato de seguro, la Administración Pública obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas (art. 3 in fine LCS).

3. *Clases*

Los criterios que pueden utilizarse para clasificación los distintos tipos de seguro son varios. No obstante, el más extendido y el que más utilidad reviste en cuanto al distinto régimen aplicable, es el que atiende a la diversa naturaleza de la prestación del asegurador. Se distingue así entre los seguros de daños o de intereses, también denominados de daños en sentido estricto, y los seguros de personas o de sumas. Los primeros responden al sistema de concreta cobertura de necesidad, desempeñando una función indemnitaria efectiva. Mientras que los seguros de personas o de sumas responden al sistema de abstracta cobertura de la necesidad o de indemnización presunta.

Son seguros de daños, según la sistemática acogida por la LCS, el seguro de incendios, el seguro contra robo, el seguro de transporte terrestre, el seguro de lucro cesante, el seguro de caución, el seguro de crédito, el seguro de responsabilidad civil y el reaseguro. Son seguros de personas el seguro para el caso de muerte, para el caso de sobrevivencia, el seguro de accidentes y los seguros de enfermedad y de asistencia sanitaria. Estos dos últimos pueden integrarse en una tercera categoría intermedia ya que, si bien se refieren a personas, como el seguro sobre la vida, el asegurador no se obliga a pagar un capital fijo o una renta, sino los gastos o daños

producidos por acontecimientos fortuitos como es, v. gr. la enfermedad, de modo que la prestación del asegurador responde en cierta medida al sistema de concreta cobertura de necesidad.

II. TEORÍA GENERAL

1. *Elementos*

1.1. Elementos personales

1.1.1. *Caracterización y enumeración*

Frente a la mayoría de los contratos, que solo producen efectos entre las partes contratantes y sus causahabientes, a peculiaridad del seguro en este ámbito reside en que extiende sus efectos a personas que no son parte en él, quebrándose por tanto el principio de relatividad de los contratos (art. 1257 Cciv). Las partes contratantes son el tomador del seguro y el asegurador. Junto a ellos aparece la figura del asegurado y la del beneficiario. Cabe citar asimismo a los específicos intermediarios del seguro.

1.1.2. *Asegurado y tomador del seguro. El seguro por cuenta ajena*

Asegurado es la persona titular del interés asegurado, esto es, quien está expuesta al riesgo. Contratante o tomador del seguro es quien suscribe el contrato de seguro con el asegurador. En muchos casos asegurado y tomador coinciden en la misma persona, pero también es posible que no sea así, de modo que tomador e interesado en obtener el pago del asegurador sean personas distintas, de forma que aquel obre por cuenta de este último. En estos casos existe seguro por cuenta ajena. El tercero asegurado puede ser designado en el contrato nominalmente o por referencia a una relación que lo haga identificable (v. gr. el destinatario de las mercancías). Es posible también que el tomador no designe al asegurado al suscribir el contrato, de modo que se produzca una indeterminación de la persona realmente interesada, que sólo se conocerá ante la realización del siniestro, momento en que surgirá el titular del interés, que puede ser el propio tomador o un tercero. Por ejemplo, en la venta CIF el vendedor que asegura la mercancía tanto en su interés como en el del eventual del comprador y en el de los propietarios sucesivos de la cosa. Es esta última una subespecie del seguro por cuenta ajena denominado seguro por cuenta de quien corresponda (art. 7.1 LCS).

En caso de duda la LCS presume que se obra por cuenta propia (art. 7.1 LCS), pero admite el seguro por cuenta ajena y de quien corresponda, disponiendo que el tercero asegurado puede ser una persona determinada o determinable por el procedimiento que las partes acuerden. En el seguro por cuenta ajena es el tomador del seguro quien ha de cumplir los deberes y obligaciones que engendra el contrato, a excepción de aquellos que por su naturaleza correspondan al asegurado. Se excluyen también algunas hipótesis tasadas en la LCS en que el cumplimiento de ciertos deberes recae sobre ambos, como el de notificar la agravación o disminución del riesgo (arts. 11 y 13 LCS), el de comunicar la realización del siniestro (art. 16 LCS) o el de aminorar las consecuencias del mismo (art. 17 LCS), aunque el asegurador ha de considerar válido su cumplimiento por el asegurado (art. 7.2 LCS). Sin embargo los derechos que derivan del contrato corresponden al asegurado o, en su caso, al beneficiario, salvo los especiales derechos del tomador en los seguros de vida (art. 7.3 LCS), esto es, los derechos de rescate, anticipo, reducción y pignoración de la póliza (arts. 87.2 y 95 a 99 LCS).

1.1.3. El beneficiario

El beneficiario, receptor de la prestación del asegurador, es el tercer elemento personal que puede aparecer en el seguro. Su figura es relativamente común en los seguros sobre la vida en que se suele designar como beneficiario de la prestación a una persona distinta del asegurado, como persona sobre la que recae el riesgo. Y es imprescindible en los seguros para caso de muerte, donde es ineludible que aparezca una tercera persona para reclamar el pago del capital (art. 84 LCS). Supuesto distinto es el de los seguros de responsabilidad civil donde la Ley reconoce un derecho autónomo para percibir la indemnización al tercero perjudicado (art. 76 LCS).

1.1.4. El asegurador

El asegurador es la persona que asume la obligación de cobertura de la necesidad económica originada ante la realización del riesgo asegurado, esto es, ante la producción del siniestro. El ejercicio de esta actividad está reservado a ciertas entidades privadas y públicas. Las primeras han de revestir la forma de sociedad anónima, mutua, cooperativa o mutualidad de previsión social. Las segundas tienen por objeto realizar operaciones de seguro en condiciones equivalentes a las privadas. En ambos casos se exige autorización administrativa que otorga el Ministerio de Economía siempre que la entidad cumpla las condiciones previstas en la LOSEAR, que comprenden requisitos destinados básicamente a asegurar su estabilidad financiera y solvencia, la existencia de una organización administrativa adecuada y a preservar la capacidad técnica y honorabilidad de sus administradores y altos cargos. El ejer-

cicio de la actividad está sujeto a supervisión y control administrativo, que ejerce la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones del Ministerio de Economía, conforme a la LOSEAR y sus normas complementarias.

1.1.5. *Los intermediarios*

En el desempeño de su actividad el asegurador suele servirse de ciertas personas que no son parte en el contrato de seguro, pero que desempeñan determinadas funciones en relación con él. En concreto median entre los tomadores de seguro y asegurados y las entidades aseguradoras y pueden promover la suscripción del contrato, asesorando tanto en la formalización del mismo, como después a los distintos intervinientes. Sus clases principales son los agentes de seguros y los corredores de seguro, cuya disciplina se encuentra básicamente en la Ley 26/2006 de 17 de julio de mediación de seguros y reaseguros privados.

1.2. Elementos causales

1.2.1. *El riesgo*

1.2.1.1. Caracterización y consecuencias jurídicas

El primer elemento casual del seguro es el riesgo, ya que su finalidad consiste en preservarse contra un riesgo, lo que se consigue trasladando al asegurador las consecuencias económicas de la realización del siniestro. De este modo, en abstracto, el riesgo es requisito de todas las modalidades de seguro. El riesgo es la posibilidad e incertidumbre de que, por azar, ocurra un hecho que produzca una necesidad patrimonial, esto es, un evento dañoso o siniestro. No debe, por tanto, confundirse con el siniestro, que supone la realización del riesgo. La posibilidad se traduce en un *estado de riesgo* y este, a su vez, en una mayor o menor verosimilitud de que se produzca el siniestro. La incertidumbre es un estado intermedio entre la certeza (esto es, cuando es inevitable que el siniestro se produzca) y la imposibilidad (cuando el evento no se puede verificar).

La incertidumbre es generalmente objetiva, lo que quiere decir que ambas partes, o una de ellas, desconoce, o bien, la imposibilidad, o bien, la certeza del evento temido. Pero puede ser también subjetiva, cuando el seguro se pacta para el pasado. En tal caso el hecho se habrá producido o no, pero los interesados lo ignoran. A su vez, en la misma se advierten diversos grados según que afecte a todos los datos que definen la realización de un hecho: el sí, el cuándo y el cómo (propia de los seguros contra daños), o sólo a alguno de esos elementos, lo que es suficiente para el seguro, al que basta con que sea incierto el cuándo (v.gr. la muerte de una

persona). Y puede afectar no sólo a la realización del evento, sino también a otras variables como la cuantía del daño sufrido.

La realización del hecho temido, además, ha de producirse por azar. El azar no se identifica con el caso fortuito. Comprende todo lo que no depende de la intención o la voluntad de la persona amenazada por el hecho previsto como posible (azar relativo). Considerando el carácter esencial del riesgo como elemento causal del contrato y los elementos que, según la definición anterior, le caracterizan se entiende que la LCS declara la nulidad del contrato, salvo en los casos expresamente exceptuados en ella, si en el momento de conclusión del contrato no existía el riesgo o había ocurrido el siniestro (art. 4 y 83.5 LCS), ya que faltando la posibilidad o la incertidumbre que definen el riesgo, el contrato carecería de causa.

Por ese mismo motivo no es posible asegurarse de riesgos ilícitos, opuestos a las leyes, a la moral o al orden público (art. 1255 Cciv), ni cubrirse de siniestros producidos con ocasión de actividades ilegales o provocados dolosamente por el asegurado. En este último caso, además de que resulta inmoral que el asegurado se beneficie de sus propias actuaciones intencionadas, desaparece el azar, la aleatoriedad, y, consiguientemente, la misma noción de riesgo. De ahí que, la LCS libere al asegurador del pago de la indemnización si el siniestro ha sido causado por mala fe del asegurado (art. 19 LCS), pero no cuando se deba a una conducta culposa o negligente (cfr. art. 93 LCS en cuanto a la excepción que supone la asegurabilidad del suicidio). La carga de la prueba del dolo incumbe al asegurador ya que la buena fe se presume y se trata de una circunstancia que impide el surgimiento de su obligación de indemnizar.

1.2.1.2. Individualización del riesgo

El riesgo tiene que ser individualizado. La LCS obliga a individualizar y delimitar el riesgo en la póliza (art. 8.1.3 LCS). La clase de riesgo (fuego, robo, responsabilidad civil...) viene determinada por la denominación del contrato, ya que los distintos ramos de seguro se distinguen según la diversidad de riesgos. Pero esa indicación genérica sobre el tipo de riesgo ha de ir acompañada por varias precisiones que permitirán concretar si un determinado hecho dañoso entra dentro del riesgo o riesgos previstos en el contrato, pues el mismo no ampara el riesgo sino dentro de las coordenadas especificadas.

1.2.1.3. Descripción y deber de declaración del riesgo

El riesgo ha de ser convenientemente descrito. La cobertura puede referirse a un riesgo de determinada naturaleza o a un conjunto de riesgos concretamente

determinados. En ambos supuestos se está ante la expresión del denominado principio de *especialidad del riesgo*, que rige de modo general en el Derecho de Seguros, si bien existen determinadas modalidades de seguro, como los de transporte o los marítimos, que se basan en el principio contrario, esto es, el de *universalidad del riesgo*. En estos casos el contrato garantiza frente a cualquier evento dañoso para el interés del asegurado, salvo aquellos expresamente excluidos en la póliza. La descripción del riesgo consiste en especificar todas las circunstancias y detalles que, en concreto, puedan influir en su valoración. Por eso no puede ser efectuada unilateralmente por el asegurador, ya que el único que las conoce es el tomador o, en su caso, el asegurado. De ahí que se imponga al tomador la carga de declarar el riesgo al asegurador.

Ahora bien, debido a que a este último no puede exigírsele un conocimiento de la técnica del seguro, y, por ende, de las circunstancias que pueden influir en la valoración de un determinado riesgo, la LCS convierte el deber de declarar el riesgo en un deber de contestar al formulario que le presente el asegurador. Por tanto se trata de un deber de carácter precontractual, puesto que tiene que ser cumplido antes de la conclusión del contrato, que se impone al futuro tomador, que puede ser sustituido por el eventual asegurado. Es, además, un deber positivo, de hablar o manifestar. A consecuencia de ello quedará el tomador exonerado del mismo si no se le somete cuestionario o si, sometiéndosele, las circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo no están incluidas en él (art. 10 LCS), salvo que obre de mala fe.

El deber comprende todas las circunstancias conocidas, o que debieran haberse conocido, empleando la diligencia debida, siempre y cuando puedan influir en la valoración del riesgo, y no fueran conocidas por el asegurador. Se extiende, por tanto, no solo a las circunstancias conocidas, sino también a aquellas que debieron conocerse de haberse actuado con la diligencia debida, por lo resulta infringido si no medió aquella, aunque el tomador haya actuado de buena fe. Sin embargo, comprende exclusivamente los datos de interés para la valoración del riesgo, por lo que si alguno no lo tiene, aunque la pregunta se encuentre relacionada en el formulario, no quedará afectada la obligación que pesa sobre el tomador. Y solo si no son conocidas por el asegurador, pues entonces el riesgo pudo ser estimado correctamente a pesar de la inexactitud.

Su infracción se produce, por tanto, cuando el riesgo que ha sido descrito y que se ha tenido en cuenta para la celebración del contrato es distinto del riesgo real, ya sea porque no se ha manifestado todo lo que se sabe en relación con tales circunstancias, ya porque la manifestación efectuada no sea exacta. En el primer caso existe reticencia. En el segundo declaración inexacta. En ambos supuestos el asegurador queda facultado para resolver el contrato mediante declaración dirigi-

da al tomador del seguro, pudiendo retener las primas relativas al período en curso, salvo que haya incurrido en dolo o culpa grave (art. 10.2 LCS). Si sobreviene el siniestro antes y el tomador actuó por simple culpa o negligencia, el asegurador puede reducir su prestación proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo. De existir dolo o culpa grave, queda liberado de su obligación de pago de la indemnización (art. 10.3 LCS, vid. art. 89 LCS).

1.2.2. *El interés*

El interés se define como la relación de contenido económico entre un sujeto y un bien, de modo que se integra por tres elementos: i) un sujeto, que siempre ha de existir, aunque pueda estar indeterminado hasta el momento del siniestro, técnicas como ocurre en el caso del seguro por cuenta de quien corresponda); ii) un objeto, que puede ser un bien de cualquier naturaleza, incluidos, para algunos, los inmateriales, y, entre ellos, la vida humana; y iii) una relación económica entre el sujeto y el bien, lo que supone que aquel obtenga una utilidad económica de esta, susceptible de valoración pecuniaria. En este sentido, ya que sobre un mismo bien pueden existir varias relaciones económicas, también sobre aquel pueden existir distintos intereses y, por ende, varios seguros. Se habla, por ejemplo, del interés del propietario, del usufructuario, del acreedor hipotecario... Pero lo determinante no es el aspecto jurídico del vínculo, sino la relación de hecho entre el sujeto y el bien, en la medida en que en virtud de la misma aquel pueda sufrir un daño al realizarse determinado evento.

El interés constituye el segundo elemento causal del seguro, ya que el riesgo es la posibilidad de que suceda un evento dañoso y el daño consiste en la lesión de un interés. Por tanto el interés concurre en todas las modalidades de seguro. No solo en los seguros de daños, sino también en los de personas, ya que el hombre y su capacidad de rédito son bienes susceptibles de valoración económica y, en estos seguros, también se advierte el deseo de subvenir a una futura necesidad patrimonial, que equivale a la provocación de un daño. La necesidad causada por la muerte, que implica extinción de la capacidad de trabajo, o por la vejez, que lleva consigo la disminución de esa capacidad.

En definitiva todos los seguros son contratos cuya finalidad es indemnizar un posible daño futuro, es decir, satisfacer una futura necesidad económica. Por consiguiente, es necesaria la existencia de un interés para la validez del contrato durante toda su vigencia. Lo que sucede es que, ante la dificultad de probar el daño en algunos supuestos, el ordenamiento jurídico formula una presunción de que ciertos acontecimientos son dañosos, sin que quepa prueba en contrario (v.gr.

cuando se produce la muerte de una persona). Y asimismo, en tanto la valoración del daño y su pleno resarcimiento puede llegar a ser difícil, y aún imposible, en ciertos casos (como, por regla general, sucede en los seguros de personas), se establece en el contrato en el momento de su conclusión una suma que indica el valor del daño que debe resarcirse. Considerando su condición de elemento causal del seguro se entiende que la LCS declare la nulidad del contrato si en el momento de su conclusión no existe un interés del asegurado a la indemnización del daño (art. 25 LCS). Si el interés desaparece posteriormente a la celebración del contrato no hay nulidad, sino causa de resolución por lo que el contrato debe extinguirse, y, con él, el deber de prestación del asegurador.

1.3. Perfección del contrato y elementos formales. La póliza

El seguro es un contrato consensual, de modo que se perfecciona por el simple consentimiento de ambas partes, cuando se han fundido la oferta y la aceptación. En el tratamiento de estas, no obstante, la LCS ha impuesto ciertas desviaciones de la teoría general, con la idea sobre todo de tutelar al tomador. En efecto, la solicitud de seguro efectuada por el tomador no le vincula. La Ley entiende que no se está ante una verdadera propuesta de contrato, sino ante una simple invitación para que el asegurador la haga. Sin embargo, se trata con mayor rigor a este último pues su proposición de seguro le vinculará durante un plazo de quince días (art. 6 LCS). Por otra parte, mediando acuerdo de las partes es posible retrotraer los efectos del contrato al momento en que se presentó la solicitud o se formuló la proposición (art. 6 LCS).

Del carácter consensual del seguro deriva que, salvo en ciertos supuestos especialmente previstos, como el seguro marítimo (737 Ccom), no se exija para su validez forma especial. Sólo a efectos probatorios requiere la LCS que el contrato y sus modificaciones o adiciones se hagan constar por escrito. En interés evidente del tomador, razón por la que se impone al asegurador la obligación de entregarle la póliza u otro documento (art. 5 LCS). Sin embargo, la Ley parece otorgar a la póliza un especial valor probatorio en tanto establece que en caso de discordancia entre el contenido de la póliza y el de la proposición, el tomador dispone de un plazo de un mes a contar desde la entrega de la póliza para instar a la entidad aseguradora a fin de que subsane la diferencia. Transcurrido dicho plazo sin efectuar la reclamación se estará a lo dispuesto en la póliza. Esta declaración debe insertarse en todas las pólizas (art. 8 in fine LCS).

La *póliza* es el documento en que consta el contrato de seguro. Su contenido no es libre porque el mínimo está fijado en la Ley (arts. 8, 29, 30... LCS). Las condiciones generales pueden incluirse en ella o en un documento complementario (art.

3 LCS). Además la póliza integra las condiciones particulares en sentido estricto. La póliza puede emitirse de tres formas. Es nominativa cuando en ella aparece designado como titular una persona. En el caso de pólizas a la orden se designa como titular a la persona cuyo nombre figura en la póliza o a toda otra persona que ha ordenado ella, mediante el endoso escrito en el documento. En las pólizas al portador el titular será, en principio, quien posea el documento. Su transferencia, efectuada conforme al régimen previsto para cada clase de título, ocasiona la del crédito contra el asegurador con iguales efectos que produciría la cesión del mismo (art. 9 LCS). En caso de extravío de la póliza, el asegurador a petición del tomador o, en su caso, del beneficiario, tendrá la obligación de expedir una copia o duplicado de la misma, la cual tendrá idéntica eficacia que el original.

2. Contenido

2.1. Obligación del asegurador

2.1.1. Caracterización

La única obligación contractual del asegurador es la de abonar la indemnización cuando se realice el riesgo previsto en el contrato en las condiciones determinadas en él. Es una obligación condicionada en su exigibilidad y en su extensión. La exigibilidad depende de la concurrencia de varios presupuestos: i) del acaecimiento de un evento que expresamente se contemple entre los riesgos asegurados y que no figure entre los excluidos; ii) de la producción de un daño al interés asegurado; iii) de la existencia de un nexo causal entre el evento y el daño; iv) de que la realización del siniestro se haya producido en el tiempo y lugar previstos en el contrato (art. 18 LCS); y v) de la inexistencia de dolo o culpa grave del asegurado, pues si el siniestro se ha causado por dolo o mala fe del asegurado el asegurador queda liberado del pago de la indemnización (art. 19 LCS). Depende asimismo del cumplimiento de los deberes del tomador del seguro a los que luego aludiré. En cuanto a su extensión o cuantía depende del daño sufrido por el asegurado y de los límites previstos en el contrato. Su cálculo es distinto en los seguros de daños y de personas, por lo que se tratará en su lugar correspondiente.

2.1.2. El pago de la indemnización

El asegurador está obligado a satisfacer la indemnización mediante una prestación pecuniaria. Sólo cuando la naturaleza del seguro lo permita y el asegurado lo consienta el asegurador podrá sustituir el pago de la indemnización por la reparación o la reposición del objeto siniestrado (art. 18 LCS). El momento del pago ha

de coincidir con el término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo, pero si excede de los plazos determinados en la LCS incurrirá en mora. Los plazos se computan a partir de la recepción de la declaración del siniestro (arts. 18 y 20 LCS).

En todo caso, dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro, el asegurador deberá efectuar el pago del importe mínimo de lo que pueda deber, según las circunstancias por él conocidas (art. 18 LCS). Se entenderá que incurre en mora cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o no hubiere procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración de siniestro (art. 20.3º LCS), salvo que la falta de pago esté fundada en una causa justificada o no le fuere imputable (art. 20.8º LCS). La jurisprudencia ha venido siendo muy estricta en la apreciación de estos supuestos de exclusión de la mora en el marco de una aplicación de la LCS en beneficio del asegurado, de modo que, en general, no considera que concurren cuando, por ejemplo, el asegurador no ha extremado su diligencia en indagar la realidad del siniestro y su causa o se oponga indebidamente a la reclamación del asegurado.

La indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial. Consiste en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en un 50%.

2.2. Obligaciones del tomador

2.2.1. *El pago de la prima*

2.2.1.1. Caracterización

La obligación principal del tomador es pagar la prima. La prima es la contraprestación del riesgo asumido por el asegurador. En atención a ello, su cuantía se determina en proporción a la entidad de aquel (arts. 10 y 13 LCS), lo que expresa el principio de equivalencia de las prestaciones de los contratantes. La prima está sometida a un doble principio, el de determinación y el de indivisibilidad. La determinación implica que la cifra de la prima permanece invariable a lo largo de cada período en que se divida la duración del contrato, sin que varíe según las vicisitudes del riesgo; salvo casos especialmente previstos, que suelen referirse a hipótesis de aumento de primas a consecuencia de la agravación del riesgo.

La indivisibilidad significa la imposibilidad jurídica de fraccionarla en tal período de tiempo, esto es, la imposibilidad de hacer corresponder una fracción de prima a una fracción de dicho período. Por esta razón no pueda ser reducida ni se devuelve aunque el contrato cese en el curso de un período, y las partes no satisfechas en el momento de la terminación devienen inmediatamente exigibles. Estas precisiones permiten comprender que el principio no sufre excepción alguna por el hecho de que el pago de la prima correspondiente a un período pueda ser prorrateado en varios desembolsos, pues tal circunstancia constituye simplemente una modalidad de pago prevista contractualmente, en su caso, en beneficio del tomador.

2.2.1.2. El pago de la prima

En punto al momento del pago, la prima puede ser única o periódica. La primera es aquella cuyo importe se fija unitariamente para toda la duración del contrato. Deberá ser pagada íntegramente en el momento de la suscripción. La segunda es aquella cuyo importe se establece en relación con períodos regulares de tiempo. En este caso, la primera será exigible en el momento de la firma del contrato y el resto al comienzo de cada período en que se divide la duración total del seguro, si bien en todos los supuestos el pago puede ser aplazado por convenio entre las partes.

Los efectos del incumplimiento de la obligación de pagar la prima son distintos según se refieran a la prima única, a la primera o a las sucesivas. En los dos primeros casos, el asegurador puede resolver el contrato o exigir el pago por vía ejecutiva con base en la póliza. Si se produce el siniestro el asegurador queda liberado de su obligación, salvo pacto en contrario. En caso de impago de las primas sucesivas, la cobertura del asegurador queda suspendida un mes después del día del vencimiento de la obligación de pago. Si el asegurador no exige su cumplimiento en el plazo de los seis meses siguientes al vencimiento de esa obligación, se entiende que el contrato queda extinguido. Si se paga la prima, la cobertura del asegurador vuelve a tener efecto a las 24 horas del día en que se efectúa el pago (art. 15 LCS).

2.2.2. *Los deberes adicionales*

2.2.2.1. Caracterización

Junto a la obligación fundamental de pagar la prima, la Ley impone al tomador del seguro, en su caso, al asegurado, una serie de deberes adicionales o secundarios. No se trata de verdaderas obligaciones porque el asegurador no puede obligar a que

se cumplan, pero, en algún caso, condiciona el abono de la indemnización a su cumplimiento. Se distinguen los deberes anteriores al siniestro y posteriores al mismo.

2.2.2.2. Deberes anteriores al siniestro

Entre los deberes anteriores al siniestro se encuentra el de no agravar el estado de riesgo y el de comunicar al asegurador, tan pronto como le sea posible, la alteración de los factores y las circunstancias declaradas en el cuestionario de declaración inicial del riesgo que agraven este y sean de tal naturaleza que si hubieran sido conocidas por aquel en el momento de la perfección del contrato no lo habría celebrado o lo habría concluido en condiciones más gravosas (art. 11 LCS). El aumento del riesgo rompe en perjuicio del asegurador la equivalencia de las prestaciones propia de los contratos sinalagmáticos. A fin de restablecerla la Ley pone a disposición del asegurador dos opciones, que deja a su elección: declarar la rescisión del contrato o proponer su modificación.

Si opta por la rescisión habrá de comunicar su decisión por escrito al asegurado dentro del plazo legal, computado a partir del día en que tuvo conocimiento de la agravación del riesgo. De elegir la modificación, el tomador podrá, también a su elección, aceptar o rechazar la propuesta de modificación (art. 12.1 LCS). Si la acepta, el contrato queda modificado de acuerdo con la propuesta del asegurador. Si la rechaza o guarda silencio, el asegurador puede rescindir el contrato. Pero habrá de conceder al tomador un nuevo plazo, fijado legalmente, para que conteste. A la finalización de este último comunicará al tomador la rescisión definitiva (art. 12.1 LCS). A falta de esta segunda declaración se entiende que la rescisión queda sin efecto por renuncia del asegurador. Si sobreviene el siniestro y el tomador o el asegurado no han efectuado su declaración concurriendo mala fe, el asegurador queda liberado de su prestación. En otro caso, esta última se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiera aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo (art. 12.2 LCS).

2.2.2.3. Deberes posteriores al siniestro

Los deberes posteriores al siniestro son dos:

- i) Comunicar la producción del siniestro al asegurador en el plazo máximo de 7 días a contar desde que conoció el siniestro, salvo que se haya fijado en la póliza otro más amplio. En caso de incumplimiento, sin embargo, no se pierde el derecho a la indemnización, sólo se establece la posibilidad para el asegurador de reclamar los daños y perjuicios causados por la falta de declaración. Tal efecto no se producirá si se prueba que el asegu-

rador había tenido conocimiento del siniestro por otro medio (art. 16.1 y 2 LCS). Conexo con este deber está el de proporcionar al asegurador las informaciones complementarias sobre el siniestro, sus circunstancias y consecuencias; y

- ii) Aminorar las consecuencias del siniestro (art. 17 LCS). Se trata del denominado deber de salvamento, que constituye una prolongación lógica del deber de mantener, sin agravarlo, el estado de riesgo. Pero su contenido es distinto. Mientras este último impone una conducta pasiva, el primero implica una activa, esto es, la adopción de medidas que aminoren el daño. El incumplimiento de este deber da derecho al asegurador a reducir su prestación en la proporción oportuna, teniendo en cuenta la importancia de los daños derivados del mismo y el grado de culpa del asegurado. Pero si se produjera con la manifiesta intención de perjudicar o engañar al asegurador, este quedará liberado de su obligación de indemnizar (art. 17.1 LCS).

III. EL SEGURO CONTRA DAÑOS

1. *Caracterización*

El seguro contra daños comprende los contratos que persiguen la indemnización estricta del daño sufrido. Se trata, pues, de seguros de indemnización efectiva fundados en el llamado principio indemnitario. Con arreglo a este principio el seguro no debe procurar nunca un beneficio para el asegurado, colocándole en situación mejor que si el siniestro no se hubiera realizado. Su fundamento básico consiste en el temor a que el asegurado provoque voluntariamente el siniestro con la esperanza de obtener una ganancia. De ahí que la estructura y funcionamiento de este tipo de seguros gire alrededor de la prueba del daño y el cálculo de la valoración del que efectivamente produce el siniestro. Estas circunstancias influyen en las particularidades en materia de elementos tanto como en la configuración de los derechos y obligaciones de las partes y en otros aspectos de régimen jurídico que a continuación se tratan.

2. *Particularidades en materia de elementos*

2.1. El interés. Valor asegurable y valor asegurado

Las particularidades en materia de elementos en los seguros de daños se refieren al interés y consisten en que en este tipo de seguros, además de constituir un presupuesto causal y, por ende, de la validez del contrato, sirve de medida para la

reparación del daño. En efecto, el principio indemnitario exige que la prestación del asegurador se limite a facilitar el valor que remplace al de la pérdida sufrida por el asegurado. Ocurre, no obstante, que hasta el momento de siniestro, que puede ocurrir o no, no se sabrá con exactitud la cuantía del daño sufrido. Y como, por otra parte, el cálculo de la prima depende la cuantía del daño sufrido, será necesario establecer en el momento de la celebración del contrato alguna base que sirva para su cálculo.

Surgen así las nociones de valor asegurable y valor asegurado. En efecto, el interés es un concepto económico que cuando se concreta sobre una cosa se identifica con el valor de ella –materialización del interés–. De modo que expresa no ya la relación económica entre una cosa y una persona sino el valor de esa relación. El valor del interés asegurable se identifica, en definitiva, con el valor de seguro. Este valor se determina objetivamente por la índole de la relación jurídica o de hecho que liga al interesado con la cosa que se asegura. Ahora bien, dado que las relaciones de cada persona con las mismas cosas pueden ser de índole distinta, el interés y su valor variarán en la misma proporción. El interés no es el mismo, por ejemplo, para el propietario que para el usufructuario o para el acreedor hipotecario, de forma que su valor no tiene por qué coincidir necesariamente con el valor de la cosa misma, sino que expresará el valor de la relación con esa cosa.

Sucede, no obstante, que es complicado puntualizar el valor asegurable en el momento del contrato. Por ese motivo, la cifra incierta de ese valor –que además sólo se hace patente con el siniestro– se sustituye por la cifra cierta del valor asegurado, que es el valor que el asegurado libremente asigna a su interés. Ese valor se denomina valor asegurado o suma asegurada, por cuanto es la suma cuya percepción quiere percibir el asegurado en caso de siniestro por representar el valor que él asigna a su interés en la conservación de la cosa expuesta al riesgo de pérdida o deterioro. Ahora bien, la suma asegurada no sirve para demostrar el valor de las cosas aseguradas, ni para determinar la cuantía del daño sufrido, ni, por ende, el importe de la indemnización. Por el contrario, una vez ocurrido el siniestro, habrá que acreditar el valor de las cosas y la cuantía del daño mediante la oportuna prueba.

2.2. Seguro pleno, sobreseguro e infraseguro

En atención a las relaciones existentes entre valor asegurable y suma asegurada pueden presentarse tres hipótesis principales. El seguro pleno, el sobreseguro y el infraseguro. El *seguro pleno* supone la plena coincidencia entre la suma asegurada y el valor del interés. El *sobreseguro* surge cuando la suma asegurada es superior al valor asegurable; situación que ha sido vista siempre con recelo porque puede inci-

tar al asegurado a provocar intencionadamente el siniestro para obtener un beneficio. En razón del principio indemnitario, a pesar de la existencia de sobreseguro, la indemnización sólo puede comprender el daño efectivamente sufrido (art. 31 LCS). Si la suma asegurada supera notablemente el valor del interés y tal situación se debe a error del contratante o a otro motivo que no implique mala fe, cualquiera de las partes puede poner fin a la misma, exigiendo la reducción de la suma y de la prima, y debiendo el asegurador restituir el exceso de las primas recibidas. Pero si el sobreseguro se debe a dolo o mala fe del asegurado el contrato será ineficaz; si bien el asegurador de buena fe podrá retener las primas vencidas y las del período en curso (art. 31.2 LCS). Para que se produzca este efecto no es suficiente con que el asegurado conozca la divergencia, es preciso que desee enriquecerse injustamente con el seguro. El *infraseguro* supone la situación inversa, esto es, que la suma asegurada sea inferior al valor asegurable. En la práctica es más común que la anterior, pues permite a los tomadores del seguro el pago de primas más reducidas. Su disciplina se basa en la llamada *regla proporcional*, que será analizada más abajo.

2.3. Seguro múltiple

El *seguro múltiple* comprende las situaciones en que el asegurado concierte varios seguros relativos al mismo interés, contra los mismos riesgos y por el mismo tiempo. Este tipo de seguro admite dos modalidades principales: el seguro acumulativo y el coaseguro. El *seguro acumulativo* surge cuando se asegura el mismo interés contra el mismo riesgo y por el mismo tiempo con dos o más aseguradores de modo que los distintos seguros operen conjuntamente. No hay seguro acumulativo cuando están destinados a funcionar sólo donde otro seguro no lo haga en todo o en parte, sea por insolvencia del primer asegurador o por otras causas. Ni tampoco ante seguros complementarios, esto es, cuando los seguros sucesivos se destinen a cubrir la excedencia del riesgo no cubierta por un seguro precedente.

Contra este tipo de seguro ha existido siempre cierta prevención porque existe un peligro evidente de que la interacción de los varios seguros contradiga el principio básico del seguro de evitar a su costa el enriquecimiento del asegurado. Por eso la LCS lo regula partiendo en principio de su validez pero sujetándolo a ciertas reglas enraizadas a impedir esa consecuencia. Por un lado, las que se dirigen a preservar el conocimiento por parte de los aseguradores de tal situación. Por otro, aquellas cuya finalidad es directamente velar por la observancia del principio indemnitario. Conforme a ello, el tomador o el asegurado han de comunicar, salvo pacto en contrario, a cada asegurador los demás seguros que estipulen. Una vez producido el siniestro, deberán asimismo comunicarlo a cada asegurador con indicación del nombre de los demás (arts. 32 y 16 LCS). Los aseguradores contribuirán al abono de la indemnización en proporción a la propia suma asegurada,

pero no puede superarse la cuantía del daño. Dentro de este límite el asegurado puede pedir a cada asegurador la indemnización debida, según el límite del respectivo contrato. El asegurador que ha pagado una cantidad superior a la que proporcionalmente le corresponda podrá repetir contra el resto. Finalmente se aplica al supuesto la disciplina acerca del sobreseguro, si el total de las sumas aseguradas sobrepasa notablemente el valor del interés (art. 32 LCS).

Supuesto diverso es el del *coaseguro*, que en la práctica es frecuente para evitar los inconvenientes derivados de la cobertura de grandes riesgos por una sola entidad. Hay ahí también varios seguros con distintos aseguradores relativos al mismo interés, riesgo y tiempo; pero existe un acuerdo previo entre los aseguradores y el tomador de modo que se produce un reparto de cuotas determinadas entre ellos (art. 33.1 LCS). El coaseguro puede pactarse en un contrato único firmado por varios aseguradores o en diversos contratos separados concluidos con cada uno de ellos, previo acuerdo entre los mismos, que, a su vez, puede ser específico para un caso concreto o genérico para aplicar a un conjunto de contratos mediante la asunción de cuotas predeterminadas. En ambos casos, sin embargo, la doctrina parece inclinarse por considerar que el pacto de coaseguro es único, naciendo de él una sola relación jurídica, si bien integrada por un conjunto de obligaciones. En efecto, en el coaseguro no existe solidaridad entre los aseguradores, ya que cada uno de ellos resulta obligado solo por la cuota correspondiente al riesgo que asume, salvo pacto en contrario, pudiendo el asegurador que ha pagado una cantidad superior a la que le corresponde repetir contra el resto de los aseguradores. Esta situación se mantiene aunque se haya procedido al nombramiento de uno de ellos como *delegado* –llamado *abridor* de póliza–, siendo así que concierta el contrato de seguro en nombre propio por la cuota que le corresponde y en el de los demás por las asignadas a los mismos. En este caso se entiende que el o los aseguradores delegados están legitimados para ejercer todos los derechos y para recibir cuantas declaraciones y reclamaciones correspondan al asegurado durante la vigencia del contrato (art. 33.2 LCS).

3. Contenido

3.1. El cálculo de la indemnización

3.1.1. Elementos del cálculo

Como en todo seguro la única obligación que retiene el asegurador es la de abonar la indemnización cuando se den las circunstancias previstas en el contrato. Esta obligación está condicionada en cuanto a su exigibilidad y en cuanto a

su extensión o cuantía. En este último aspecto se producen las particularidades de este tipo de seguros. En efecto, la cuantía de la indemnización se determina en atención a tres elementos o variables: el valor del interés asegurable, la cuantía del daño real sufrido y la suma asegurada.

Como principio general hay que indicar que el valor indemnizable ha de coincidir con el valor del interés asegurable, llamado también valor real o valor de reposición. Dos son los criterios para determinar este valor: el del valor venal o el del valor en uso. El valor venal o valor en venta es el precio de venta de la cosa o el precio de su costo en la fabricación. Se aplica normalmente a las cosas destinadas a ser vendidas. El valor de uso, que se refiere a las destinadas no a la venta, sino al uso por el asegurado, se deduce de la suma que habrá que invertir para reemplazar la cosa, para reconstruirla o para comprar otra igual, hecha deducción de la depreciación por el uso. Esos valores pueden referirse al día de la adquisición del objeto siniestrado, al de la conclusión del contrato (valor inicial) o al momento inmediatamente precedente a la realización del siniestro (valor final). Al objeto tratado el valor del interés relevante es el último (art. 26 LCS). Ahora bien, hay que tener en cuenta, además, el valor de residuo, que es el valor del interés asegurable después del siniestro, pues la determinación del daño viene dada por la diferencia entre el valor final y el de residuo.

El daño puede ser total o parcial. Hay daño total de la cosa asegurada cuando esta ha dejado de existir para el asegurado, sea porque se ha destruido materialmente, sea porque su utilidad haya desaparecido por completo. Todo daño que no pueda ser incluido en esta hipótesis es parcial. La evaluación del daño es la tarea más difícil de la relación de seguro, dada la dificultad de hallar principios generales aplicables a la gran variedad de seguros y situaciones. En esta tarea aparecen, además, dos intereses contrapuestos: el del asegurado que quiere la más completa reparación del daño y el del asegurador que tiende a indemnizar lo menos posible dentro de los límites del contrato.

Por eso el criterio ha de ser de índole objetiva. En este contexto han de entenderse las previsiones del art. 38, párrafos 3 a 9, LCS que, en defecto de acuerdo entre las partes, deja la valoración de los daños, al dictamen de peritos previendo un procedimiento *ad hoc*. Este sistema pericial de valoración de los daños tiene carácter imperativo y es previo a cualquier reclamación judicial en el bien entendido de que se trate de un siniestro aceptado y la controversia se suscite sólo en relación con la entidad y cuantía de los daños. Cuando se haya acudido a este procedimiento pericial para la valoración de los daños, si el dictamen de los peritos no es impugnado el asegurador deberá pagar la indemnización fijada en el plazo de cinco días. Si se impugna por cualquiera de las dos partes ha de abonar de forma inmediata el importe mínimo de lo que pueda deber (art. 38.8 LCS).

3.1.2. *En particular la suma asegurada. La regla proporcional*

Además de los dos factores anteriores, en el cálculo final de la indemnización interviene el límite que supone la suma asegurada, que constituye, según se indicó, el límite máximo de la indemnización. Ahora bien en situaciones de infraseguro, cuando la suma asegurada es inferior al valor del interés asegurable, no resultaría justo que el asegurador tuviese que pagar la totalidad del daño sufrido, ya que las primas se calculan en función del riesgo y de la importancia media de los daños, de forma que la prima que se computa sobre una parte del valor del interés ha de llevar consigo solo una cobertura parcial y proporcional a la suma asegurada.

Por ese motivo se instituye la de denominada *regla proporcional*. Conforme a ella, si en el momento de la producción del siniestro la suma asegurada es inferior al valor del interés, el asegurador indemnizará el daño causado en la misma proporción en la que aquella cubre el interés asegurado (art. 30.1 LCS).

La regla proporcional es, sin embargo, de carácter dispositivo. Puede ser eliminada por una cláusula contractual. En la póliza o con posterioridad a la celebración del contrato (art. 30.2 LCS).

3.1.3. *Las pólizas estimadas*

Según se ha indicado la regla proporcional tiene carácter dispositivo. Puede ser eliminada por una cláusula contractual. En la póliza o con posterioridad a la celebración del contrato (art. 30.2 LCS). Sucede esto singularmente en el supuesto de *pólizas estimadas*, donde la regla proporcional no tiene razón de ser, ya que en tales casos los contratantes han determinado el valor del interés que ha de tenerse en cuenta para el cálculo de la indemnización, aceptando expresamente transformar la suma asegurada en una valoración anticipada y bilateral del daño (art. 28.1 y 2 LCS). Por consiguiente se modifica la función ordinaria que en los seguros de daños se asigna a la suma asegurada, en los que no sirve para demostrar el valor de las cosas aseguradas, ni para determinar la cuantía del daño sufrido, sino que, una vez ocurrido el siniestro, habrá que acreditar el valor de las cosas y la cuantía del daño mediante la oportuna prueba.

También se elimina la norma que exige tener en cuenta el valor del interés asegurado en el momento inmediatamente anterior a la realización del siniestro para la determinación del daño (art. 26 LCS). En sustitución de esa norma, para la determinación del daño y, en consecuencia, para el cálculo de la indemnización, se instituye como criterio relevante no el valor final del interés asegurado, sino el valor que las partes han querido asignar al interés.

3.2. El derecho de subrogación

El asegurador ostenta la facultad de subrogarse en los derechos que correspondan al asegurado contra las personas responsables del daño que él ha resarcido. La existencia de un contrato de seguro que proteja al asegurado contra el daño producido por un siniestro causado por dolo o culpa de un tercero no libera a este de su responsabilidad. Ahora bien, el asegurado que ha sido indemnizado de ese daño por el asegurador, no puede dirigirse contra el tercero causante del mismo en razón del principio indemnitario. Si se permitiera tal actuación el seguro se convertiría en motivo de ganancia para él. A fin de hacer efectiva la responsabilidad del tercero preservando la vigencia del principio indemnizatorio se prevé la subrogación del asegurador en los derechos que correspondan al asegurado contra las personas responsables del daño. Con esto además se permite al asegurador una fuente de financiación adicional que influye en la aplicación de las primas. Por esta razón no cabe estimar que exista enriquecimiento injusto de aquel, ya que estas se calculan teniendo en cuenta el volumen total de eventuales indemnizaciones a abonar descontando las estimaciones por recobros.

Con fundamento en ese mismo principio la subrogación no excluye en todo caso la acción del asegurado contra el tercero causante del daño. Si el asegurado sólo ha sido resarcido parcialmente del daño, como sucede en el infraseguro por aplicación de la regla proporcional, conserva su acción contra el tercero causante del daño por la parte no cubierta por el seguro.

Los presupuestos básicos para que se produzca la subrogación son tres: i) que se trate de un seguro de daños (cfr. art. 82 LCS); ii) que el asegurador haya cumplido con su obligación de abonar al asegurado la indemnización. Por su propio fundamento la subrogación es un efecto del pago de la indemnización; y iii) que exista un crédito de resarcimiento del asegurado frente al tercero como consecuencia del daño que ha dado lugar a la indemnización.

La subrogación, sin embargo, no se produce automáticamente, sino por voluntad del asegurador (cfr. 43.1 LCS). Pero la misma no procederá en perjuicio del asegurado (art. 43.2 LCS). Ni contra ninguna de las personas cuyos actos y omisiones den origen a responsabilidad del asegurado (art. 43.3 LCS). Se entiende porque la subrogación descansa en la existencia de una responsabilidad del causante del daño frente al asegurado, de modo que debe desaparecer cuando el propio asegurado ha incurrido en responsabilidad frente a las personas responsables del siniestro. El asegurador tampoco tendrá derecho a la subrogación contra el causante del siniestro que sea pariente del asegurado en los límites fijados en la Ley (art. 43.3 LCS). La razón consiste en que, dada la relación íntima de parentesco o de convivencia entre el asegurado y estas personas, debe presumirse que el asegurado no actuaría contra ellas para el resarcimiento del daño y por tanto

no puede concederse un derecho del cual él mismo no se habría valido. Por eso la prohibición cesa cuando la responsabilidad esté amparada mediante un contrato de seguro. Pero también cuando provenga de dolo. Sin embargo, puede tener lugar contra el propio tomador del seguro.

La subrogación produce el efecto de transferir al asegurador el mismo derecho que el asegurado tenía contra el tercero, lo que explica que este pueda oponer al asegurador idénticas excepciones a las que habría podido oponer al asegurado. De ahí que se considere al asegurado responsable frente al asegurador de todos los perjuicios que su conducta pueda ocasionarle en su derecho a subrogarse (art. 43.2 LCS).

4. Supuestos específicos

Los criterios clasificatorios más utilizados para agrupar los distintos supuestos de seguros de daños son los que atienden al objeto sobre el que recae el interés y al riesgo asegurado.

En atención al interés se distinguen dos tipos de seguro. Los denominados de cosas en sentido estricto, en que el interés asegurado recae directamente sobre cosas determinadas. Y los seguros de patrimonio, en que aquel se proyecta no sobre cosas concretas, sino sobre un patrimonio considerado en su generalidad, como sucede en el seguro de responsabilidad civil.

Considerando el riesgo asegurado, la LCS regula el seguro de incendios (arts. 45 a 49); el seguro contra robo (arts. 50 a 53), el seguro de transportes terrestres (arts. 54 a 62), el seguro de lucro cesante (arts. 63 a 67), el seguro de caución (art. 68), el seguro de crédito (arts. 69 a 72) y el seguro de responsabilidad civil (arts. 73 a 76). No obstante, existen otras y muy numerosas modalidades de seguro. Algunas de ellas están reguladas de modo específico en la legislación especial, como sucede, por ejemplo, con los seguros agrícolas o el de responsabilidad civil del cazador. Pero también es posible que se diseñen en las pólizas. En este ámbito son muy frecuentes los seguros combinados, como el del hogar o para actividades empresariales.

Lección 11

Contratos de seguro (II)

SUMARIO: 5. El seguro de responsabilidad civil. 5.1. Caracterización. 5.2. El riesgo. 5.3. Contenido. 5.4. El seguro de responsabilidad automovilística. 5.4.1. Caracterización y normativa aplicable. 5.4.2. El riesgo. 5.4.3. Contenido. 5.4.3.1. La obligación de pago de la indemnización. 5.4.3.2. El derecho de repetición. 5.4.3.3. La acción directa. IV. EL SEGURO SOBRE LA VIDA. 1. Caracterización. 2. Clases. 3. Particularidades en materia de elementos. 3.1. Elementos personales. 3.1.1. El asegurado. 3.1.2. Seguro sobre la propia vida y sobre la vida ajena. 3.1.3. Seguros de grupo. 3.1.4. El beneficiario. 3.1.4.1. Caracterización. 3.1.4.2. Designación. 3.1.4.3. Revocación. 3.2. El riesgo. 3.2.1. El principio de especialidad del riesgo. 3.2.2. El deber de declaración del riesgo. 3.2.3. Los deberes de no agravar el riesgo y de comunicar la agravación. 3.3. El interés. 4. Contenido. 4.1. La prima y la reserva matemática. 4.2. La reducción y el rescate. 4.2.1. La reducción. 4.2.2. El rescate. 4.2.3. Ámbito de aplicación. 4.3. El anticipo. 4.4. El derecho de arrepentimiento. V. SEGUROS DE ACCIDENTES. 1. Caracterización. 2. Normativa aplicable. VI. EL REASEGURO. VII. LOS PLANES Y FONDOS DE PENSIONES. 1. Caracterización. 2. Normativa aplicable.

5. El seguro de responsabilidad civil

5.1. Caracterización

Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho (art. 73.1 LCS).

Es, por tanto, un seguro de daños porque así ha de caracterizarse el gravamen que para el patrimonio del asegurado significa la deuda generada por la responsabilidad en que este pueda incurrir. Ahora bien, frente a lo que ocurre en otros seguros de esa índole, aquí el daño no se refiere a un objeto determinado del patrimonio, sino al patrimonio en su totalidad. Además, no se trata de un daño directo, sino que recae indirectamente sobre él como consecuencia de la obligación de reparar el daño que se produce directamente en el patrimonio de un tercero por la conducta del asegurado. Se trata, por tanto, de un seguro contra el daño patrimonial sufrido por el asegurado a consecuencia del nacimiento de una deuda.

5.2. El riesgo

El riesgo consiste en la posibilidad de que el patrimonio del asegurado se vea gravado por el nacimiento de una deuda de responsabilidad, esto es, de re-

sarcimiento de daños frente a terceros. De manera que sólo garantiza los daños causados a terceros por culpa del asegurado, pero no los sufridos por este. Ello no obstante, el carácter obligatorio de algunos de estos tipos de seguro y, sobre todo, la generalización de la acción directa, han propiciado la opinión de que su objeto principal es la protección de las víctimas. La deuda puede proceder de una responsabilidad contractual o extracontractual, y derivar de cualquier hecho ilícito, culposo o no, como sucede por ejemplo en la responsabilidad objetiva, siempre que esté previsto en el contrato. Sin embargo se excluye la responsabilidad penal, –no la civil derivada de delito–, la administrativa y la derivada de dolo del asegurado o de los actos ilícitos realizados por este (art. 19 LCS), aunque en ciertas hipótesis resulta posible la cobertura de esta última. Por consiguiente, la realización del riesgo se producirá en el momento mismo en que el asegurado ejecute la actuación generadora de responsabilidad civil. Sin embargo, la obligación de indemnizar solo surgirá cuando la víctima presente una reclamación judicial o extrajudicial, porque hasta ese momento no hay que reparar daño alguno. Si el tercero no reclama no surge la deuda de responsabilidad.

5.3. Contenido

En materia de contenido las peculiaridades de este seguro se comprenden teniendo en cuenta dos circunstancias. En primer lugar, que en la existencia y extensión de la deuda asegurada influye en gran medida el comportamiento del asegurado, particularmente respecto al grado de culpa que haya podido tener en el hecho dañoso, que puede dar lugar incluso a la eliminación de la responsabilidad. En segundo lugar, que el asegurador tiene un interés en la defensa del asegurado que se sobrepone al de este, porque es el asegurador, en definitiva, y no el asegurado, quien ha de indemnizar al perjudicado si su acción prospera. En atención a la primera particularidad, la LCS impone al asegurado un deber genérico de colaboración con el asegurador de contornos más amplio que el general de comunicar el siniestro. Comprende conductas positivas de gran alcance que se extienden a todas aquellas que sean útiles para esclarecer los hechos y permitir una defensa adecuada y, además, abstenciones, como no efectuar el pago al perjudicado, no realizar transacciones con él o no reconocer su responsabilidad. Como sanción al incumplimiento de estos deberes las pólizas suelen establecer la pérdida de los derechos derivados del contrato.

En punto a la segunda especialidad se advierte que, frente al resto de los seguros contra daños, en que el asegurador adopta una actitud pasiva, aquí es activa. De ahí que ostente, salvo pacto en contrario, el derecho de asumir la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado (art. 74.1 LCS) sien-

do de su cargo los gastos de defensa que se ocasionen. Frente a este derecho, el asegurado retiene no sólo el derecho, sino también el deber de colaborar con el asegurador en la defensa contra la reclamación del perjudicado en los amplios términos anteriores. No obstante, si hay conflicto de intereses, porque el reclamante esté asegurado por el mismo asegurador u otros motivos, este último debe comunicar al asegurado inmediatamente la existencia del mismo, pudiendo entonces optar entre el mantenimiento de la dirección jurídica por el asegurador o confiarla a otra persona, quedando obligado en todo caso el asegurador a abonar los gastos de tal dirección jurídica hasta el límite pactado en la póliza (art. 74.2 LCS).

Con todo, la particularidad más relevante de este tipo de seguros es la existencia de un derecho propio del perjudicado frente al asegurador de responsabilidad civil para exigirle la obligación de indemnizar a cargo del asegurado. Su reconocimiento se debe a que este ramo del seguro adquiere una función social de primer orden con la finalidad de proteger a los perjudicados por hechos dañosos. El derecho del perjudicado no deriva del contrato, puesto que no ha intervenido en él, sino de la Ley, que ordena su nacimiento en conexión con el hecho ilícito que origina la responsabilidad civil a cargo del asegurado previsto en el contrato. Se trata por eso de un derecho propio que es independiente y autónomo del derecho del asegurado frente al asegurador, *immune* dice la Ley a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. Por consiguiente el asegurador no puede oponer al perjudicado el incumplimiento de ninguna de las obligaciones y deberes que competen al tomador o al asegurado. Al tratarse de un derecho autónomo, el asegurador puede oponer *la culpa exclusiva del perjudicado* y las *excepciones personales* que tenga contra este (v. gr. la compensación).

A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido (art. 76 LCS).

5.4. El seguro de responsabilidad automovilística

5.4.1. Caracterización y normativa aplicable

El seguro de responsabilidad civil derivada del uso de vehículos de motor es aquel que está obligado a suscribir y mantener en vigor todo propietario de un vehículo a motor que tenga su estacionamiento habitual en España con el objeto de cubrir la responsabilidad civil derivada de un hecho de la circulación en que pueda incurrir el conductor de dicho vehículo, hasta la cuantía del ase-

guramiento determinada en la Ley. Es un seguro obligatorio en sentido estricto, de modo que su suscripción es obligatoria y su contenido está predeterminado legalmente. El incumplimiento de la obligación de concertarlo determina la prohibición de circular por el territorio nacional y se sanciona administrativamente con multa (arts. 2 y 3 LRSVM y art. 75 LCS). Es la modalidad más relevante de seguros de responsabilidad civil. Está regulado en la LCS y, en especial, en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (LRSVM).

5.4.2. *El riesgo*

El seguro cubre la responsabilidad del conductor de vehículos a motor, tanto por los daños que cause a las personas como a las cosas con motivo de la circulación. No cubre, por tanto, los daños propios. Son daños de esta índole los ocasionados por las lesiones o fallecimiento del conductor del vehículo causante del accidente, los sufridos por el vehículo asegurado, por las cosas en él transportadas y por los bienes de los que resulten titulares el tomador, el asegurado, el propietario o el conductor, así como los del cónyuge o los parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad de los anteriores (art. 5.1 y 2 LRSVM). Tampoco cubre los daños que no tengan origen en un *hecho de la circulación* o no hayan sido ocasionados por un *vehículo a motor* y los causados por un vehículo robado [art. 5.3 y 11.1 c) LRSVM]. En este último caso, así como cuando los daños hayan sido causados por un conductor desconocido, por un vehículo no asegurado o asegurado en una entidad declarada en concurso o sujeta a liquidación administrativa responderá el Consorcio de Compensación de Seguros en las condiciones determinadas legalmente (art. 11 LRSVM).

El asegurador no podrá oponer frente al perjudicado ninguna otra exclusión, pactada o no, de la cobertura distinta de las mencionadas (art. 6 LRSVM]. En particular, no podrá hacerlo respecto de aquellas cláusulas contractuales que excluyan de la cobertura la utilización o conducción del vehículo designado en la póliza por quienes carezcan de permiso de conducir, incumplan las obligaciones legales de orden técnico relativas al estado de seguridad del vehículo o, fuera de los supuestos de robo, utilicen ilegítimamente vehículos de motor ajenos o no estén autorizados expresa o tácitamente por su propietario, ni aquellas cláusulas contractuales que excluyan de la cobertura del seguro al ocupante sobre la base de que éste supiera o debiera haber sabido que el conductor del vehículo se encontraba bajo los efectos del alcohol o de otra sustancia tóxica en el momento del accidente (art. 6 LRSVM).

5.4.3. *Contenido*

5.4.3.1. La obligación de pago de la indemnización

Los daños que deben resarcirse pueden ser corporales, es decir, a personas, y materiales, a cosas. En el primer caso se trata de una responsabilidad cuasiobjetiva basada en el riesgo creado por conducción del vehículo, por lo que solo cabe la exoneración si prueba que los daños fueron debidos únicamente a la culpa exclusiva del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo. Por el contrario en los daños corporales, se responde conforme a las normas generales del Cciv sobre responsabilidad extracontractual. No obstante, en ambos supuestos, si concurre culpa del conductor y del perjudicado se procederá a la moderación de la responsabilidad y a la rebaja de la indemnización, atendida la respectiva entidad de las culpas concurrentes hasta un máximo del setenta y cinco por ciento. Se entiende que existe dicha contribución si el perjudicado, por falta de uso o por uso inadecuado de cinturones, casco u otros elementos protectores, incumple la normativa de seguridad y provoca la agravación del daño (art. 1.2 LRSVM).

La misma consecuencia se aplicará si el perjudicado incumple su deber de mitigar el daño. Se considera incumplido este deber si deja de llevar a cabo una conducta generalmente exigible que, sin comportar riesgo alguno para su salud o integridad física, habría evitado la agravación del daño producido y, en especial, si abandona de modo injustificado el proceso curativo. No obstante, este régimen se excepciona en los supuestos de secuelas y lesiones temporales de menores de catorce años o que sufran un menoscabo físico, intelectual, sensorial u orgánico que les prive de capacidad de culpa civil. En estos caso, no se suprimirá ni reducirá la indemnización y se excluirá la acción de repetición contra los padres, tutores y demás personas físicas que, en su caso, deban responder por ellas legalmente, salvo que dichas personas hayan contribuido dolosamente a la producción del daño (art. 1.2 LRSVM).

La cuantificación de los daños personales, que comprenden el lucro cesante y los daños morales, se efectúa con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios que fija de forma detallada la LRSVM (art. 1.4, Título IV y Anexo LRSVM). Pero tanto estos daños como los materiales, tienen una cobertura máxima, de forma que si la cuantía de las indemnizaciones resulta ser superior al importe de dicha cobertura el asegurador no responde (art. 4.2 LRSVM). Con el objeto de facilitar la liquidación de la indemnización, el perjudicado o sus herederos deberán comunicar el siniestro al asegurador, pidiendo la indemnización que corresponda. Esta reclamación extrajudicial contendrá la identificación y los datos relevantes de quien o quienes reclamen, una declaración sobre las circuns-

tancias del hecho, la identificación del vehículo y del conductor que hubiesen intervenido en la producción del mismo de ser conocidas, así como cuanta información médica asistencial o pericial o de cualquier otro tipo tengan en su poder que permita la cuantificación del daño.

Dentro del plazo legal, tanto si se trata de daños personales como en los bienes, el asegurador deberá presentar una oferta motivada de indemnización si entendiera acreditada la responsabilidad y cuantificado el daño, que cumpla los requisitos previstos en la LRSVM. En caso contrario, o si la reclamación hubiera sido rechazada, dará una respuesta motivada en la que justifique su negativa a hacerse cargo del siniestro. Trascurrido el plazo de tres meses sin que se haya presentado una oferta motivada de indemnización por una causa no justificada o que le fuera imputable al asegurador, se devengarán intereses de demora. Igualmente se devengarán intereses de demora en el caso de que, habiendo sido aceptada la oferta por el perjudicado, la indemnización no haya sido satisfecha en el plazo de cinco días, o no se haya consignado para pago la cantidad ofrecida (arts. 7 y 9 LRSVM).

5.4.3.2. El derecho de repetición

Una vez efectuado el pago, el asegurador podrá repetir contra el conductor, el propietario del vehículo causante y el asegurado, si el daño causado fuera debido a la conducta dolosa de cualquiera de ellos o a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, contra el tercero responsable de los daños y contra el tomador del seguro o asegurado, por causas derivadas del contrato de seguro, en especial en el caso de conducción del vehículo por quien carezca del permiso de conducir. La acción prescribe por el transcurso del plazo de un año, contado a partir de la fecha en que hizo el pago al perjudicado (art. 10 LRSVM).

5.4.3.3. La acción directa

El perjudicado y sus herederos tienen acción directa contra el asegurador para exigir la indemnización. La acción prescribe por el transcurso de un año (art. 7.1 LRSVM). No obstante, es importante destacar que no se admitirán a trámite las demandas en las que no se acompañen los documentos que acrediten la presentación de la reclamación al asegurador y la oferta o respuesta motivada, si se hubiera emitido por el asegurador (arts. 7.8 LRSVM y 403 LEC). También podrán acudir al procedimiento de mediación previsto en la propia LRSVM (arts. 7.8 y 14 LRSVM).

IV. EL SEGURO SOBRE LA VIDA

1. Caracterización

El seguro sobre la vida es aquel en que el asegurador, a cambio de una prima única o periódica, se obliga a satisfacer al asegurado o al beneficiario una suma, de una o varias veces, cuando se produzca un evento relativo a la duración de la vida humana. La incertidumbre sobre la duración de la vida humana es el riesgo asumido por el asegurador, tanto en un sentido positivo como supervivencia a una determinada edad, como negativo, la muerte (art. 83 LCS). Es el prototipo de seguro de personas o seguro de personas en sentido estricto, ya que el riesgo que asegura es la propia existencia de la persona (art. 80 LCS) y, sobre todo, es un puro seguro de sumas o de abstracta cobertura de la necesidad ya que, frente a lo que sucede en los seguros contra daños, la prestación del asegurador consiste en una suma dineraria discrecionalmente fijada en el contrato, sin que se precise probar la existencia y cuantía del daño. De ahí que la suma asegurada constituya en estos seguros no sólo el límite máximo de la indemnización del asegurador, sino la cuantía exacta de la prestación que ha de abonar el asegurador cuando se produzca el siniestro, salvo los supuestos en que se permita su reducción o aumento, en las circunstancias que más abajo se analizan.

2. Clases

Este tipo de seguros admite tres modalidades básicas:

- i) El seguro para caso de muerte, que se caracteriza porque la entrega del capital o suma asegurada se produce en caso de fallecimiento de la persona asegurada. Admite, a su vez, dos modalidades básicas: el seguro de vida entera, en que el asegurador ha de cumplir la prestación cualquiera que sea el momento en que se produzca el fallecimiento, siendo posible también que se pacte el pago de la prima sólo hasta determinada fecha; y el seguro de vida temporal, en el que la suma asegurada sólo es pagadera por el asegurador si el fallecimiento del asegurado se produce durante el tiempo fijado en el contrato.

Ambos seguros se pueden concertar *sobre una sola cabeza*, es decir, con relación a la vida de una sola persona asegurada, o *sobre dos o más cabezas*, esto es, para el caso de fallecimiento de dos o más personas, de manera que el asegurador tendrá que pagar la indemnización cuando fallezca cualquiera de ellas.

- ii) El seguro de supervivencia, en el que el riesgo radica en que el asegurado sobreviva al llegar una determinada fecha. Esta puede fijarse por medio de un plazo que se empieza a contar a partir del momento de celebración del contrato, o bien con relación a la edad del asegurado, de forma que la prestación del asegurador se pagará a partir del momento en que aquel cumpla determinada edad o transcurra el plazo determinado en el contrato. Se dice por eso que cubre la necesidad que surge por la existencia de determinados gastos, entre ellos el mismo de subsistencia, cuando la capacidad de rédito del asegurado disminuye a causa de la vejez. Entre las modalidades que admite cabe citar, en primer lugar, las relativas a las primas. Estas pueden ser reembolsables o no, según el asegurador se comprometa a rembolsar el importe de las primas sin intereses y descontando algunos gastos, si el asegurado muere antes de llegar a la edad pactada o no. Es posible también que la prima sea única o anual. En atención a la prestación del asegurador, esta puede consistir en un capital o una renta.
- iii) El seguro mixto, que asegura el riesgo de muerte del asegurado dentro de una determinada edad y el riesgo de supervivencia a partir de esa edad, de manera que el asegurador queda obligado a abonar una suma tanto si en una determinada fecha vive la persona asegurada como si falleciese antes de esa fecha. Revisten muy variadas modalidades relativas tanto a la prestación del asegurador (capital constante o creciente, capital o renta), como a la prima (única o anual, y esta a su vez, fija o creciente...)

Estos riesgos además pueden contratarse conjuntamente con otros complementarios como la invalidez o el enterramiento.

3. Particularidades en materia de elementos

3.1. Elementos personales

3.1.1. El asegurado

En principio, puede ser asegurado cualquier persona, salvo en los seguros para caso de muerte en que no podrán serlo los menores de catorce años y los incapacitados, con la excepción de los contratos en que la cobertura de muerte resulte inferior o igual a la prima satisfecha por la póliza o al valor de rescate (art. 83.7 LCS). Si se trata de un menor de edad será necesaria la autorización por escrito de sus representantes legales (art. 83.6 LCS). Con todo, la peculiaridad más significativa en materia de elementos personales reside en que en este tipo de seguros existe de ordinario una pluralidad de ellos, más amplia de la que se advierte en los seguros contra daños en sentido estricto, según se analiza en los epígrafes posteriores.

3.1.2. Seguro sobre la propia vida y sobre la vida ajena

El tomador puede suscribir el seguro por cuenta propia o por cuenta ajena. En el seguro por cuenta propia el tomador contrata sobre su misma vida. Por tanto coinciden las figuras del tomador del seguro, que asume el conjunto de derechos y obligaciones derivados del contrato (art. 7 LCS) y del asegurado, titular del interés, cuya vida se toma como referencia en orden a la prestación del asegurador, ya sea por fallecimiento, como por longevidad. En el contrato por cuenta ajena se contrata sobre la vida de un tercero. Puede hacerse por cuenta del tercero. En tal caso surge la figura del asegurado distinta de la del tomador en los términos ya estudiados en general (art. 7.1 LCS). Sin embargo también es posible que se contrate sobre la vida de un tercero en interés del tomador. En esta hipótesis existe un seguro sobre la vida ajena (art. 83.2 LCS).

En efecto, en el seguro sobre la vida ajena, el tomador y el asegurado son personas distintas. Este último es aquel cuya vida se toma como referencia en orden a la prestación del asegurador, es decir, la persona cuya muerte o sobrevivencia obliga al asegurador a satisfacer el capital o la renta asegurados; pero además es necesario que el tomador no actúe por cuenta del asegurado sino que lo haga en beneficio propio, de manera que puede ser él mismo el beneficiario o tener el derecho a su designación. Esta última circunstancia explica que se haya discutido la calificación del tercero a cuya vida se refiere el seguro como asegurado, puesto que no es el titular del interés, objeto del seguro, sino que, en el seguro para caso de su muerte, esta constituye el siniestro que desencadena la prestación del asegurador a favor del beneficiario designado por el tomador. Ya que la Ley lo califica como asegurado conviene tener en cuenta esta precisión a fin de comprender que, en todo caso, no es la figura del asegurado disciplinada con carácter general por la LCS. Se trata de una persona extraña al contrato que, por tanto, no adquiere en este derechos, ni obligaciones.

Acerca del seguro sobre la vida ajena ha existido siempre cierta desconfianza si es para el caso de muerte, de ahí la exigencia tradicional del interés en la vida del tercero, que quiere impedir no sólo la amenaza contra su vida, sino también que el seguro se convierta en un contrato de apuesta o juego. Por este motivo, la LCS ordena que en los seguros para caso de muerte, si son distintas las personas del tomador del seguro y el asegurado, se cuente con el consentimiento de este, dado por escrito, salvo que pueda presumirse de otra forma su interés por la existencia del seguro (art. 83.4 LCS). Por consiguiente, el interés no es el del sujeto que realiza el seguro, sino el del *tercero* sobre cuya vida se realiza el seguro.

3.1.3. Seguros de grupo

Junto a la contratación sobre la vida de un individuo es posible la existencia de contratos relativos a un grupo de ellos. La Ley disciplina esta modalidad de con-

tratación colectiva o de grupo con carácter general para los seguros de personas estableciendo que el contrato puede celebrarse con referencia a riesgos relativos a una persona o grupo de ellas (art. 81.1 LCS). Se trata de un contrato único que eso no obstante da lugar a un conjunto de relaciones aseguradoras con cada una de las personas del grupo en los términos que determine la póliza. Es imprescindible a tales efectos que el grupo esté delimitado por alguna característica común extraña al propósito de asegurarse (art. 81.2 LCS), v.gr. miembros de una asociación profesional, trabajadores de una determinada empresa.

Es, además, un contrato por cuenta ajena, ya que el tomador del seguro interviene en él no en interés propio, sino de las personas que forman parte del grupo, los asegurados. Conforme a ello es el tomador quien ha de notificar al asegurador en la forma prevista en el contrato la composición del grupo y sus altas y bajas, pero la notificación, ha de contar con el consentimiento de cada uno de los asegurados. Este puede ser expreso, lo que suele expresarse por medio del llamado *boletín de adhesión*, o tácito, si se presume un interés por su parte en el aseguramiento. La notificación hace nacer la relación de seguro entre el asegurador y el miembro del grupo. Asimismo la notificación de la baja del grupo es causa de extinción de esa relación.

3.1.4. *El beneficiario*

3.1.4.1. Caracterización

En el seguro de vida, además del tomador y del asegurado aparece la figura del beneficiario como la persona que tiene derecho a la indemnización pactada en el contrato. Es, pues, el único titular del derecho de crédito frente al asegurador, una vez que se ha producido el evento previsto en el contrato que da nacimiento al mismo. De modo que, aunque no es parte en el contrato adquiere derechos propios nacidos del contrato mismo, que originan una posición jurídica desvinculada, en cierta medida, de la voluntad del contratante que le designó. Por eso la prestación del asegurador deberá serle entregada aun contra las reclamaciones de los herederos legítimos y acreedores de cualquier clase del tomador, quienes sólo están facultados para exigirle el reembolso del importe de las primas abonadas por el tomador en fraude de sus derechos (art. 88.1 LCS).

3.1.4.2. Designación

Es factible que el beneficiario coincida con el asegurado, pero en ciertos supuestos, como el seguro de vida propia para caso de muerte, es necesario, por razones obvias, que se designe un beneficiario distinto de aquel. La designación

del beneficiario corresponde al tomador del seguro, sin que se exija el consentimiento de aquel, ni el del asegurador (art. 84.1 y 87.1 LCS). Puede ser designado en la póliza, en una declaración posterior escrita, que ha de comunicarse al asegurador, o en testamento (art. 84.2 LCS). Y puede serlo de forma individual, a favor de una o varias personas, o de manera genérica. Si la designación se realiza a favor de varios beneficiarios la prestación convenida se distribuirá, salvo estipulación en contrario, por partes iguales. Cuando se haga a favor de los herederos, la distribución tendrá lugar en proporción a la cuota hereditaria, salvo pacto en contrario. La parte no adquirida por un beneficiario acrecerá a los demás (art. 86 LCS).

De efectuarse de forma genérica, la Ley establece ciertas reglas para su determinación. Así si se ha designado a los hijos como beneficiarios, lo serán todos los descendientes con derecho a la herencia. Si se hace a favor de los herederos del tomador, del asegurado o de cualquier persona, se considerarán como tales los que tengan dicha condición en el momento del fallecimiento del asegurado. Si se hace a favor de los herederos sin otra indicación, se considerarán como tales los del tomador del seguro que tengan dicha condición en el momento del fallecimiento del asegurado. En todos los casos es preciso advertir que los beneficiarios que sean herederos conservarán dicha condición aunque renuncien a la herencia. Al fin, si se designa al cónyuge, se entenderá como beneficiario a quien ostente tal condición en el momento del fallecimiento del asegurado (art. 85 LCS). Si en el momento del fallecimiento del asegurado no hubiere designado beneficiario concretamente, ni reglas para su determinación, la indemnización corresponderá al tomador del seguro o a sus herederos (art. 84.3 LCS), ya que la Ley presume que ha sido aquel quien se ha hecho cargo del pago de las primas.

3.1.4.3. Revocación

Del mismo modo que la designación se hace por el tomador sin necesidad de consentimiento del asegurador, ni del propio beneficiario, puede también revocarla en cualquier momento, designando a otro sin autorización de ninguno de ellos (arts. 84.1 y 87.1 LCS). La revocación deberá hacerse en la misma forma en que se efectuó la designación (art. 87.1 LCS). Pero el tomador puede renunciar a esta facultad. A tal fin se exige que renuncie de forma expresa y por escrito (art. 87.1 LCS), entendiéndose que ha de comunicar su decisión tanto al asegurador como al propio beneficiario. La renuncia convierte en irrevocable la designación del beneficiario. Y además hace perder al tomador los derechos de rescate, anticipo, reducción y pignoración de la póliza (art. 87.2 LCS).

3.2. El riesgo

3.2.1. *El principio de especialidad del riesgo*

Las particularidades en este ámbito afectan, en primer lugar, al especial rigor con que se aplica el principio de la especialidad del riesgo en los seguros para caso de muerte. En los seguros para caso de sobrevivencia no caben delimitaciones, se vive o no en un determinado momento. Sin embargo, en el riesgo de muerte es preciso efectuar delimitaciones subjetivas, objetivas y causales detalladas ya que la explotación de este tipo de seguros se basa en cálculos muy pormenorizados sobre la vida humana y esta depende de los riesgos a que se someta la persona asegurada.

A este respecto se establece que han de indicarse expresamente en la póliza los supuestos de muerte excluidos de la cobertura del asegurador (art. 91 LCS), pues, en otro caso, se consideran todos incluidos. La LCS resuelve también las dudas suscitadas sobre la posibilidad de asegurar el suicidio, que define como la muerte causada consciente y voluntariamente por el propio asegurado. Dispone que, salvo pacto en contrario, queda cubierto a partir del transcurso de un año desde el momento de la conclusión del contrato (art. 93 LCS). Este plazo de *carencia*, tiende a evitar la cobertura de quienes tengan anticipadamente el firme propósito de suicidarse. Su admisión, en contra de la exclusión general de los daños causados por el propio asegurado, parece que se funda en suavizar las rigurosas consecuencias de aquella en consideración a los herederos del suicida. Asimismo la muerte del asegurado causada dolosamente por el beneficiario también está incluida. Lo único que sucede es que, por razones de orden público, el beneficiario pierde el derecho a la indemnización, que pasa al tomador del seguro o a sus herederos (art. 92 LCS).

3.2.2. *El deber de declaración del riesgo*

La segunda particularidad relevante se refiere al deber de declaración previa del riesgo por parte del tomador, de la máxima importancia aquí debido a que la entidad del riesgo está en relación directa con la edad, el estado de salud o enfermedad del asegurado. Con el objeto de encontrar un equilibrio en la protección del asegurador y del asegurado, la LCS adopta una decisión intermedia. Por una parte, declara aplicables las disposiciones generales de la LCS (art. 89.1 LCS y art. 10 LCS) en caso de reticencia o inexactitud en las declaraciones del tomador que influyan en la estimación del riesgo, autorizando, además, al asegurador a exigir al asegurado el deber de someterse un examen médico.

De otro lado, con la idea de proteger al asegurado, establece que el asegurador no podrá impugnar el contrato una vez transcurrido el plazo de un año a contar

desde la fecha de su conclusión, a no ser que las partes hayan fijado un término más breve en la póliza, y salvo que el tomador haya actuado con dolo. Se exceptúa, no obstante, de esta norma la declaración inexacta sobre la edad del asegurado (art. 89 LCS). En este caso el asegurador podrá impugnar el contrato si la edad excede de los límites de admisión en él establecidos (art. 90.1 LCS). Si la inexacta declaración de la edad no afecta a los límites, el contrato no podrá ser impugnado, pero se modifica en cuanto al importe de la indemnización o de la prima. Si la prima pagada es inferior a la que correspondería haber pagado, la prestación del asegurador se reducirá en proporción a la prima percibida. Si es superior, el asegurador está obligado a restituir el exceso de las primas percibidas sin intereses (art. 90.2 LCS).

3.2.3. Los deberes de no agravar el riesgo y de comunicar la agravación

La última particularidad relativa al riesgo se refiere al tratamiento de la agravación del mismo con posterioridad a la celebración del contrato. Las normas generales instituyen el deber del tomador y del asegurado de no agravar el riesgo previsto en el contrato por actos propios y el de comunicar la agravación de cierta entidad al asegurador a fin de que pueda restablecerse el equilibrio de las prestaciones (arts. 11 y 12 LCS). Sucede, sin embargo, que en el seguro de vida para caso de muerte, en que esta constituye el siniestro, la progresiva agravación del riesgo de manera proporcional al tiempo es un elemento consustancial al mismo. La edad aumenta con los años y la salud decrece. La LCS no contenía ninguna norma específica sobre esta cuestión, pero con razón se había entendido que era preciso salvar las agravaciones del riesgo que, siendo inherentes a la naturaleza del seguro, se entendieran fueron conocidas por el asegurador al tiempo de contratar, por ejemplo, la edad. De modo que resultaba pacíficamente admitido que solo debía aplicarse el régimen general cuando cambiaran circunstancias personales tenidas en cuenta como base para el seguro, que no fueran inherentes al riesgo cubierto por él. Por ejemplo, la profesión o el ejercicio de deportes peligrosos. La reforma efectuada por la LOSEAR en la LCS ha pretendido atender esas exigencias disponiendo que en los seguros de personas el tomador o el asegurado no tienen obligación de comunicar la variación de las circunstancias relativas al estado de salud del asegurado, que en ningún caso se considerarán agravación del riesgo (art. 11.2 LCS).

3.3. El interés

Dado el sistema de abstracta cobertura de la necesidad en que se inscriben estos seguros es posible concertar varios contratos sobre el mismo interés asegurado, sin sujeción a las normas sobre seguros cumulativos. Cuando se aplican a los seguros de daños en sentido estricto, ha existido siempre cierta prevención contra este tipo

de seguros porque existe un peligro evidente de que la interacción de los varios seguros contradiga el principio indemnitario, que pretende evitar que el seguro se utilice como medio de enriquecimiento del asegurado. Aquí, por el contrario, no rige ese principio. Y como la suma señalada no resarce por completo el daño real pueden concertarse varios contratos de seguros sobre el mismo interés asegurado, sin sujeción a aquellas reglas basadas en el principio indemnitario. Se exige únicamente que los conozcan todos los aseguradores (arg. *ex arts. 32 y 16 LCS*).

4. Contenido

4.1. La prima y la reserva matemática

Como en todo seguro, en el de vida la prima es la contraprestación del riesgo asumido por el asegurador. En atención a ello, su cuantía se determina en proporción a la entidad de aquel (*arts. 10 y 13 LCS*), lo que expresa el principio de equivalencia de las prestaciones de los contratantes. Ahora bien, las especiales características de los riesgos cubiertos por este seguro obligan a que esa proporcionalidad o equivalencia entre prima y entidad del riesgo se efectúe de modo particular, porque el riesgo aumenta paralela y progresivamente con la edad del asegurado, pero la prima no puede incrementarse en esa proporción ya que obligaría al pago de fuertes sumas a los asegurados de avanzada edad cuando ven precisamente disminuir sus ingresos, así como a unas revisiones médicas anuales.

Por estas razones la técnica actuarial ha establecido un sistema de prima nivelada en que el valor de la prima anual describe una curva respecto del riesgo: durante los primeros años del contrato se satisface una prima superior al riesgo efectivamente asumido por el asegurador y, en el curso de los últimos una inferior.

En consideración a la reserva se comprende que en los seguros de vida la prima se considere una prima de ahorro, a diferencia de lo que sucede en los seguros de daños en sentido estricto, en las primas son de riesgo. En este último tipo de seguros la prima funciona sobre el supuesto de riesgo de plazo breve, razón por la que ese fondo de primas se va empleando en el pago de indemnizaciones a los asegurados a medida en que se forma.

Pues bien, esta especial configuración de la prima en los seguros de vida impone particularidades relevantes en el régimen de los derechos y obligaciones contractuales, que derivan de la idea de no imponer al asegurado una política de ahorro que ya no desea y de protegerle contra la pérdida de las cantidades ya abonadas, que han ido, en parte, a integrar la reserva matemática a cuya formación ha contribuido, pagando, en los primeros años del seguro, cantidades superiores al riesgo realmente asumido por el asegurador. A estos propósitos responde la previsión de la reducción y la del rescate de la póliza.

4.2. La reducción y el rescate

4.2.1. La reducción

La reducción supone la subsistencia del contrato, pero modificado, por cuanto el tomador se libera del pago de las primas futuras y el asegurador ve reducida la cuantía de su prestación a la parte que corresponda en función de la reserva matemática constituida, conforme al cuadro de valores garantizados inserto en la póliza (arts. 94 y 95 LCS). Esta prestación reducida ha de pagarse en el momento de vencimiento de la póliza pactado originariamente. La reducción constituye una facultad del tomador del seguro, que le compete en todo caso, a excepción del supuesto en que haya renunciado a su derecho a revocar al beneficiario (art. 87 II LCS). Ahora bien, el ejercicio de dicha facultad está restringido temporalmente ya que es preciso que hayan transcurrido dos años naturales desde el pago de la primera prima, fecha en la que normalmente empiezan a desplegar efectos los contratos de seguro de vida. Cabe, sin embargo, que se adelante la fecha de reducción, mediante pacto inserto en las condiciones generales o particulares.

En cuanto al modo, la facultad puede ser ejercitada mediante solicitud del tomador o dejando de pagar la prima. En el último caso se habla de reducción automática pues, una vez transcurridos los dos años o el período inferior, si se produce el vencimiento de una prima y transcurre el período de gracia de un mes, este hecho produce automáticamente la reducción del capital asegurado, de manera que el impago se configura como un acto jurídico que supone el ejercicio del derecho de reducción (art. 95 1 y 2 LCS). Por consiguiente, antes del transcurso de ese plazo, se mantiene el derecho del asegurador a resolver el contrato según el régimen general (art. 15.2 LCS). A partir de dicho plazo, la falta de pago de la prima producirá la reducción del seguro (art. 95.1 LCS).

No obstante, el tomador tiene derecho a rehabilitar la póliza en cualquier momento antes del fallecimiento del asegurado (art. 95.3 LCS). Sin embargo, esta condición ha de concebirse ampliamente, entendiendo el inciso *fallecimiento del asegurado* como equivalente a la producción del siniestro contemplado en la póliza. Dicha interpretación es obligada considerando que la facultad de reducción y consiguiente rehabilitación no se limita a los seguros para caso de muerte. Y se justifica en que el inciso en cuestión constituye una mera aplicación del principio general contenido en el art. 4 LCS, conforme al cual el contrato es válido en la medida en que el siniestro no haya ocurrido en el momento de la rehabilitación. La rehabilitación ha de realizarse con sujeción a las condiciones establecidas en la póliza (art. 95.3 LCS), que suele requerir el pago de las primas atrasadas, aunque algunas entidades exigen además un interés de demora. No es habitual, sin embargo, pedir

un nuevo reconocimiento médico. Por otra parte, se entiende que esta rehabilitación es automática, de modo que no exige el concurso de la voluntad del asegurador.

4.2.2. *El rescate*

El rescate tiene lugar cuando el contrato se denuncia unilateralmente, de modo que deja de producir efecto en el futuro por voluntad del tomador del seguro, que ha de solicitarlo al asegurador (art. 96 LCS), salvo que se haya producido una designación irrevocable de beneficiario, en cuyo caso el tomador carecerá de derecho de rescate, que competirá al beneficiario (art. 87. 2 LCS). Este derecho está sujeto a dos requisitos. En primer término, que se hayan pagado dos anualidades de la prima, o la que corresponda al plazo inferior previsto en la póliza. En segundo lugar, que no se haya producido el fallecimiento del asegurado o, en general, que no se haya realizado el siniestro, pues, una vez acaecido, el derecho del tomador decae a favor del beneficiario, que adquiere la titularidad de la suma o capital asegurado (cfr. art. 88.1 LCS).

Como efecto del rescate, el tomador tiene el derecho a que el asegurador le entregue la cantidad que corresponda al tiempo transcurrido según la tabla de valores que figure en la póliza (art. 96 y 94 LCS), produciéndose entonces la extinción del contrato, que no podrá ser rehabilitado. Esta circunstancia diferencia el rescate de la reducción por voluntad del tomador, ya que esta última implica el pago de la prestación en el momento originariamente predeterminado.

4.2.3. *Ámbito de aplicación*

Tanto el rescate como la reducción se reconocen normalmente sólo en los seguros de vida para caso de muerte y sobre la vida entera.

En los seguros de sobrevivencia se justifica la exclusión de estas prestaciones alternativas en la posible anti-selección del seguro por parte del asegurado, que podría reclamar el rescate tan pronto como, por su estado de salud, presumiese que no llegaría con vida a la fecha prevista. Se trata de un criterio dirigido a mantener la aleatoriedad del riesgo asumido por el asegurador.

4.3. El anticipo

El anticipo sobre la póliza se configura como el derecho del tomador a movilizar inmediatamente parte de los recursos satisfechos al asegurador destinados al pago de la prestación futura, cuya determinación viene prevista en la póliza (art. 97 LCS). Presupone, igual que la reducción, y a diferencia del rescate, la subsisten-

cia del contrato, pero anticipando al asegurado todo o parte de las sumas debidas, ya garantizadas. Aquí no obstante, a diferencia de la reducción, no se disminuye la cuantía de la prestación, que se mantiene sin modificaciones, aunque se produzca la movilización actual de sumas monetarias, que sólo tendrá relevancia en la prestación futura si no es rembolsada conforme se pacte en el anticipo. Por consiguiente su finalidad económica es alternativa a la que desempeñan esas dos fórmulas, con ventajas para el beneficiario y para el asegurador. En efecto, frente a ellas, el anticipo permite el mantenimiento de la vigencia del contrato sin merma de la cartera de contratos del asegurador y, paralelamente, otorga una liquidez inmediata al tomador del seguro.

Este derecho ha de estar expresamente pactado y se concede sujeto a que el tomador haya pagado las dos primeras anualidades de la prima o la que corresponda al plazo inferior previsto en la póliza y lo solicite al asegurador (cfr. art. 97 y 96 LCS). Concurriendo ambos presupuestos este último tiene el deber de conceder en todo caso al tomador del seguro el anticipo en las condiciones establecidas en la póliza. Si el tomador rembolsa la suma anticipada con los intereses pactados, en la fecha prevista, recupera la prestación la plenitud de las expectativas patrimoniales. En otro caso, el asegurador puede rescatar de oficio deduciendo el importe de las sumas anticipadas más los intereses del valor del rescate. Si la cantidad es igual, el asegurador no satisface nada a título de rescate. Si el saldo es positivo para el tomador, el asegurador ha de satisfacer el remanente del título de rescate. Si es negativo, está legitimado para recuperar la cantidad que ha percibido en exceso el tomador más los intereses de demora desde el requerimiento de pago, pero también puede el tomador ejercitar el derecho de rescate para evitar el devengo de intereses.

4.4. El derecho de arrepentimiento

El derecho de arrepentimiento confiere la posibilidad de desistir del contrato de seguro de vida sin aducir causa alguna y sin penalización de cualquier clase [art. 83 a) LCS]. Compete al tomador del seguro, siempre que este último sea un contrato individual de duración superior a seis meses y que se ejercite en el plazo de treinta días a contar desde la recepción de la póliza o del documento de cobertura provisional. Su efectividad está sometida exclusivamente a un requisito de forma, ya que deberá ejercitarse mediante comunicación dirigida al asegurador a través de un soporte duradero, disponible y accesible para éste y que permita dejar constancia de la notificación, produciendo plenos efectos desde la fecha de expedición. A partir de ese momento cesará la cobertura del seguro, pudiendo reclamar el tomador la devolución de la prima pagada en la parte correspondiente al riesgo no asumido, es decir, excluida la parte relativa al tiempo durante el cual el contrato estuvo en vigor.

Este derecho tiene por objeto proteger al consumidor de seguros ante situaciones en que el consentimiento del tomador o del asegurado puede encontrarse viciado por las presiones sufridas en el momento de la contratación. Es una respuesta legislativa a los modernos métodos de *marketing* de la distribución del seguro, por lo que su fundamento es idéntico al que guía la protección del consumidor en los contratos de mercantiles especiales frente la agresividad con que se emplean los diferentes instrumentos comerciales, especialmente los contratos a domicilio y a distancia. Por eso no se entiende que la LCS limite la protección sólo a seguros de vida, y no a otros contratos de seguros de personas y a determinados contratos de seguros de daños en los que se pueden producir situaciones afines. La exclusión de los seguros de duración inferior a seis meses parece que obedece a que los seguros de vida suelen tener una duración de un año como mínimo. De todas formas hay que tener en cuenta el derecho de desistimiento que se reconoce al tomador del seguro en todos los contratos concluidos a distancia (art. 10 LSFD).

V. SEGUROS DE ACCIDENTES

1. *Caracterización*

Estos contratos pueden ser calificados como seguros de personas impuros o en sentido amplio puesto que, en ocasiones, la valoración de la prestación del asegurador puede no efectuarse de forma apriorística, sino que su cuantía depende de la valoración del daño en el momento del siniestro, como sucede en los seguros de concreta cobertura del daño.

El seguro de accidentes cubre al asegurado contra una lesión corporal que deriva de una causa violenta, súbita y externa, ajena a la intencionalidad de aquel, que produzca invalidez temporal o permanente o muerte (art. 100 LCS). El interés consiste en la relación económica entre el asegurado y su propio cuerpo, considerado tanto como bien material como por su aptitud para producir una ganancia mediante una actividad económica. Por tanto, la lesión del interés, esto es, el daño, afecta al que se produce en el propio cuerpo. Comprende el daño emergente en el que se incluye el dolor, la desfiguración del cuerpo, o los gastos de asistencia médica. Y la capacidad productiva (lucro cesante).

2. *Normativa aplicable*

La LCS incluye este seguro dentro de los seguros de personas lo que produce importantes consecuencias en su régimen jurídico. Sin embargo, la asimilación no es perfecta porque no todas las prescripciones relativas a estos seguros proceden

aquí. Por el contrario, su disciplina es, en ciertos aspectos, la prevista para los seguros de daños. La orientación legal se explica, en primer término, en razón de la particular configuración del interés. Y, en segundo lugar, por la composición de la prima. Considerando que el interés comprende el propio cuerpo y su capacidad de ganancia, la valoración del mismo no puede ser precisa. A consecuencia de ello se recurre a una estimación de ese valor, que se fija de común acuerdo en el contrato a un tanto alzado, asignando sumas determinadas en una tabla de aplicación general en proporción al grado de importancia del daño, esto es, la muerte y los distintos tipos de incapacidad sufrida, que están en relación con las funciones normales del miembro afectado. Por tanto la evaluación del daño se efectúa de forma anticipada y apriorística con independencia del sufrido en concreto, comprometiéndose las partes a no discutir la suma correspondiente a cada lesión en el momento de la producción del siniestro.

Por este motivo proporciona solo la cobertura de una necesidad estimada, con abstracción de cuales sean las consecuencias concretas en cada caso, esto es, sigue un sistema de cobertura abstracta de la necesidad, tal y como sucede en los seguros de personas. De modo que la indemnización no cubre el daño realmente sufrido por el asegurado. Trata de aliviar el daño producido por el accidente, pero sin llegar a su reparación completa, ya que el interés no es sólo la relación económica entre el sujeto y su cuerpo como soporte de su capacidad de ganancia, sino como cuerpo en sí mismo, cuya valoración es siempre relativa. Estas apreciaciones justifican la asimilación que efectúa la LCS a los seguros de personas.

VI. EL REASEGURO

El reaseguro tiene como finalidad obtener la prestación del seguro contra el riesgo de tener que realizar la prestación prometida en virtud de otro contrato de seguro. Es el seguro de otro seguro. Su importancia en el tráfico es enorme. Sin él no sería posible el funcionamiento de ninguna entidad aseguradora por muy grande que fuera su solvencia económica ya que constituye el instrumento por excelencia mediante el que se fraccionan y reparten los riesgos y obligaciones de pago al objeto de que su abono no comprometa la consistencia patrimonial de los aseguradores directos. El riesgo consiste en la posibilidad de que el patrimonio del asegurador reasegurado se vea gravado por el nacimiento de una deuda a consecuencia de la obligación asumida por él como asegurador en un contrato de seguro directo (art. 77 LCS. Por consiguiente, el seguro directo es el presupuesto del reaseguro, ya que si no se produce el siniestro previsto en él no surge la responsabilidad del reasegurador. Sin embargo, los riesgos cubiertos por ambos no coinciden. Cualquiera que sea el del primero, el del reaseguro consiste siempre en

la eventualidad de que surja la deuda. En definitiva, sea cual sea la naturaleza del seguro que le sirva de base, el reaseguro es siempre un seguro de daños, similar en cuanto a su funcionamiento al seguro de responsabilidad civil.

VII. LOS PLANES Y FONDOS DE PENSIONES

1. Caracterización

Los planes de pensiones son contratos promovidos por una entidad, denominada, promotor, y concertados por una pluralidad de personas, denominados constituyentes, mediante los que se define el derecho de las personas a cuyo favor se constituyen, denominados beneficiarios, a percibir rentas o capitales por jubilación, supervivencia, viudedad, orfandad o invalidez, las obligaciones de contribución a los mismos y las reglas de constitución y funcionamiento del patrimonio que ha de afectarse al cumplimiento de los derechos que reconoce ha de afectarse (art. 1 LPFP). El patrimonio recibe la denominación de fondo de pensiones (art. 2 LPFP). Por consiguiente, el plan de pensiones es un contrato asociativo, instrumentado financieramente mediante un fondo de pensiones, cuya causa esencial consiste en asegurar prestaciones económicas en favor de los partícipes o beneficiarios del mismo en el supuesto de que ocurra el riesgo cuyo evento es objeto de cobertura.

Su analogía con el seguro deriva de que comparte con él la finalidad de garantizar un desplazamiento patrimonial a favor del beneficiario cuando acontezca el evento en que consiste el riesgo, por lo que se aprecian en él los dos elementos causales propios del seguro, el riesgo y el interés, así como la pretensión de satisfacer una necesidad económica. En concreto su similitud con el seguro de vida en su modalidad de contrato de grupo es patente por cuanto el plan genera una relación jurídica entre las partes de la que deriva la obligación de efectuar aportaciones en los términos pactados y el derecho a recibir pensiones, bien a favor de los propios partícipes, bien de terceros beneficiarios, y ambos cumplen una función previsora y de ahorro a largo plazo.

No se trata, sin embargo, de un contrato de seguro en sentido estricto debido a la ausencia del asegurador, que es un elemento esencial del mismo por cuanto es quien garantiza el pago de la prestación. En los planes, el pago de la prestación se garantiza por los fondos de pensiones, administrados por la entidad gestora y depositaria, lo que da lugar a diferencias estructurales de calado entre ambas figuras. El hecho, no obstante de que la finalidad de ambas sea equiparable permite aplicar analógicamente la normativa del seguro a los planes en la medida en que el supuesto concreto se aprecie identidad de razón.

2. *Normativa aplicable*

Los planes y fondos de pensiones están regulados en el RDLeg. 1/2002 de 29 de noviembre por el que se aprueba el TR de la Ley de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (LPFP). Esta Ley somete a unos y otros a una normativa administrativa de supervisión y control semejante a la prevista para las entidades de seguro, aunque ninguno de los dos tenga esa consideración. Regula con precisión el contenido mínimo obligatorio del plan, sus modalidades, y los derechos y obligaciones de las partes, y exige, en especial, que se instrumente mediante sistemas financieros y actuariales de capitalización que permitan establecer una equivalencia entre las aportaciones y las prestaciones futuras a los beneficiarios. Dichos sistemas financieros y actuariales deberán implicar la formación de fondos de capitalización, provisiones matemáticas y otras provisiones técnicas suficientes para el conjunto de compromisos del plan de pensiones (art. 8.1 LPFP).

Los fondos de pensiones se constituirán, previa autorización administrativa del Ministerio de Economía, en escritura pública otorgada por la entidad promotora y se inscribirán en el Registro especial administrativo correspondiente y en el Registro Mercantil. Carecen de personalidad jurídica (arts. 11 y 11 *bis* LPFP). Las contribuciones o aportaciones se realizarán por el promotor o promotores y por los partícipes, respectivamente, en los casos y forma que, de conformidad con la LPFP, establezca el respectivo plan de pensiones, determinándose y efectuándose las prestaciones según las normas que el mismo contenga (art. 8.3 LPFP). Pero su titularidad corresponde a los partícipes y beneficiarios (art. 8.4 LPFP). Y su administración y representación se encomienda a una entidad gestora, que ha de actuar con sujeción a precisas reglas, con el concurso de un depositario, que asume funciones de custodia, y bajo la supervisión de una comisión de control (art. 13 LPFP).

Lección 12

Contratos de garantía

SUMARIO: I. CARACTERIZACIÓN. II. GARANTÍAS PERSONALES. 1. Caracterización. 2. La fianza. 2.1. Caracterización. 2.2. Clases. 2.3. Normativa aplicable. 3. Garantías a primer requerimiento. 3.1. Caracterización. 3.2. Las relaciones. 3.2.1. Las relaciones subyacentes. 3.2.2. La garantía. 3.2.2.1. Caracterización. 3.2.2.2. Contenido. 3.3. Las garantías documentarias. 4. Cartas de patrocinio. III. GARANTÍAS REALES. 1. Caracterización. 2. La prenda. 2.1. Caracterización. 2.2. La eliminación de la necesidad de entrega. 2.3. La prenda de derechos. 3. La hipoteca.

I. CARACTERIZACIÓN

Los contratos de garantía son aquellos cuya causa es exclusivamente asegurar la satisfacción de un derecho de crédito, en caso de incumplimiento por el deudor, mediante la creación de un nuevo derecho o facultad que se superpone a aquel con ese único propósito. No deben confundirse, por tanto, con los negocios cuya causa es distinta o más compleja, aunque se advierta en ellos una finalidad de garantía, como sucede, por ejemplo, con el contrato de seguro, en particular, con el seguro de crédito y el de caución. Ni tampoco con aquellos otros que aseguran no el riesgo de incumplimiento, sino el cumplimiento, como ocurre, por ejemplo, con el crédito documentario.

Las garantías convencionales pueden ser personales o reales.

II. GARANTÍAS PERSONALES

1. Caracterización

Las garantías personales se arbitran a través de un tercer sujeto no deudor, que asegura al acreedor con su propio patrimonio, el pago de la deuda contraída por el deudor en caso de incumplimiento de este. El modelo de garantía personal es la fianza. El tráfico mercantil ha creado no obstante otros instrumentos que se alejan en gran medida de ese modelo. En particular las garantías a primera demanda y las cartas de patrocinio. En todos los casos, sin embargo, suele intervenir una entidad de crédito, lo que dota a los contratos respectivos de carácter mercantil y suele conferirles el carácter de contratos de adhesión.

2. La fianza

2.1. Caracterización

La fianza es un contrato por el que una persona, denominada fiador, se obliga a pagar o cumplir por un tercero, en caso de no hacerlo este (art. 1822 Cciv). Es mercantil cuando tenga por objeto asegurar el cumplimiento de un contrato mercantil, aun cuando el fiador no sea empresario (art. 439 Ccom). Ahora bien, según he indicado, lo usual es que en este tipo de contratos intervenga una entidad de crédito, ya sea como garante, en cuyo caso suele denominarse aval, ya como beneficiaria de la garantía, lo que determinará la calificación mercantil por ese único motivo.

2.2. Clases

En el tráfico mercantil destacan dos clases de fianza. La relativa a deudas futuras y la suscrita por una pluralidad de fiadores.

Es posible el afianzamiento de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido (art. 1825 Cciv), lo que incluye deudas de carácter eventual. En este contexto son habituales las llamadas fianzas ómnibus o fianzas generales o flotantes cuyo objeto se extiende a cualquier obligación que exista o pueda existir entre el deudor principal y el acreedor. Este tipo de fianzas suele prestarse por sociedades *holdings* a favor de sus filiales. En ocasiones se exigen también por las entidades de crédito a sus clientes, en cuyo caso se conocen con la denominación de contratos de afianzamiento general.

Ahora bien, su validez depende de la sujeción a tres presupuestos: i) la identificación de las partes entre las que puede surgir la obligación principal, ii) que esté determinado, o sea determinable, el límite de responsabilidad del fiador; y iii) la descripción de las obligaciones garantizadas, comprendiéndose tanto su objeto (prestación), como los negocios de los que puedan surgir, que suelen delimitarse en atención a categorías específicas. Cuestión distinta es la exigibilidad de la prestación del fiador. Contra él se podrá reclamar sólo si la obligación principal está concretada en su *quantum*, es decir, ha de tratarse de una deuda líquida (art. 1825 Cciv).

En lo atinente a los fiadores, es muy frecuente también en el tráfico mercantil, en especial en el bancario, la existencia de una pluralidad de ellos. Aunque es posible que cada uno garantice de forma independiente la obligación principal, lo habitual es que se constituya una sola obligación de garantía asumida por el conjunto de los fiadores, lo que se conoce como cofianza. En esta hipótesis, a

diferencia de la anterior, cabe la repetición del que haya pagado más de lo que proporcionalmente le corresponde (art. 1844 Cciv), pero el deudor principal solo puede dirigirse por el total contra cualquiera de ellos si la cofianza es solidaria. Si es mancomunada, cada uno de ellos goza del beneficio de división, conforme al cual el acreedor solo puede reclamar a cada fiador la parte que le corresponda satisfacer (art. 1837 Cciv).

2.3. Normativa aplicable

El fiador añade su propio patrimonio al del deudor principal como garantía para el caso de incumplimiento por este de su obligación. Por tanto, el fiador se convierte en deudor de la misma obligación garantizada, lo que explica la accesoriedad de la fianza respecto de ella. La accesoriedad se traduce en variadas consecuencias jurídicas de indudable trascendencia. A causa de ella no se pueden afianzar obligaciones nulas de pleno derecho (art. 1824 Cciv). En cuanto a su objeto es lícito que el fiador se obligue a menos, o en condiciones menos onerosas, pero nunca a más que el deudor principal (art. 1826 Cciv).

Con todo, su característica principal es la subsidiariedad. En su razón el fiador solo responde cuando el deudor principal no lo hace y además no puede hacerlo. Exige, pues, en primer término, que se haya producido la constitución en mora o el incumplimiento por parte del deudor (arts. 1100 Cciv y 63 Ccom). Y, en segundo lugar, que se haya hecho excusión de todos sus bienes. En aplicación del llamado beneficio de excusión el fiador puede oponerse al pago señalando al acreedor bienes del deudor realizables dentro del territorio español que sean suficientes para cubrir el importe de su deuda (arts. 1830 y 1832 Cciv), por lo que se pierde cuando no lo haga, o en caso de declaración de concurso del deudor (art. 1831.3º Cciv). Sin embargo, este beneficio no es esencial a la fianza, de modo que puede ser eliminado por pacto en contrario, renunciando expresamente a él (art. 1831.1º Cciv) u obligándose solidariamente con el deudor principal (art. 1831.2º Cciv).

La renuncia al beneficio de excusión únicamente comprende este, pero la fianza no pierde su carácter subsidiario, por lo que el fiador solo podrá ser compelido al pago tras el incumplimiento del deudor principal. La fianza solidaria elimina el beneficio de excusión, y también la subsidiariedad, ya que permite reclamar indistintamente al fiador o al deudor principal, en los mismos términos y condiciones, por lo que no se requiere constituir en mora al deudor principal, ni el incumplimiento o la negativa de este al pago (art. 1822.2 Cciv). La fianza solidaria es la ordinaria en el tráfico mercantil, si bien no puede afirmarse con seguridad que se presuma en caso de falta de previsión expresa. El TS es vacilante a este respecto.

Finalmente cabe mencionar que, por expresa disposición legal, la fianza mercantil se separa de la civil en que debe constar por escrito, sin lo cual no tendrá valor ni efecto (art. 440 Ccom). Se trata, por tanto, de un contrato formal. La forma puede ser privada, pero lo usual es acudir a la forma pública, esto es, a la póliza o escritura pública intervenida o autorizada por Notario ya que así se consigue un título de ejecución. Por lo demás, a pesar de la extraña previsión del Ccom en torno a la gratuidad de la fianza (art. 441 Ccom), se presume que es onerosa cuando interviene una entidad de crédito, lo que, según he indicado, es habitual.

3. *Garantías a primer requerimiento*

3.1. Caracterización

Las garantías a primera demanda, a primer requerimiento, a primera solicitud, garantías puras, independientes, aval a primer requerimiento o aval como garantía, denominaciones todas con las que pueden ser reconocidas en el tráfico, tienen como principal característica el hecho de constituir garantías autónomas. Mediante ellas, el garante, normalmente una entidad de crédito, efectúa una promesa de pago unilateral y abstracta e independiente dirigida a una persona determinada (beneficiario), mediante la que se obliga a realizar el pago de la prestación cuando sea formalmente requerido por este. No obstante, económicamente el supuesto de hecho reviste más complejidad, debido a las relaciones subyacentes que originan la emisión de la garantía y que vienen a sumarse a la que genera esta. A nivel internacional están previstas en las Reglas Uniformes relativas a las Garantías a Primera Demanda elaboradas por la Cámara de Comercio Internacional, pero carecen de regulación en nuestro Derecho.

3.2. Las relaciones

3.2.1. *Las relaciones subyacentes*

Existe por un lado una relación subyacente según la que determinada persona –deudor– adquiere frente a otra –acreedor– un compromiso en el que se incluye una cláusula de garantía. En virtud de ella el deudor se obliga a asegurar el cumplimiento de la relación subyacente ordenando a un tercero-garante, normalmente una entidad de crédito, que preste una garantía a favor del beneficiario –acreedor de la relación subyacente– consistente en efectuar respecto de él la prestación –de pago– renunciando a utilizar excepciones que provengan de la relación principal y a su solo requerimiento, de modo que el acreedor ni siquiera está obligado a

probar que se ha producido el hecho garantizado, normalmente el incumplimiento del deudor principal.

A pesar de esta interconexión económica, no hay, sin embargo, unidad jurídica. Al contrario, se advierten al menos tres relaciones de esa naturaleza, funcionalmente independientes unas de las otras, aunque conectadas. En primer término, la relación subyacente que liga al ordenante y al beneficiario, que puede ser de índole contractual o incluso precontractual y de muy variado signo. Existe, en segundo lugar la relación que une al ordenante con el garante, que es un contrato de comisión (art. 244 Ccom) en virtud del cual la entidad de crédito se compromete, en nombre propio y por cuenta del deudor (comisión indirecta), a prestar la garantía a favor del beneficiario-acreedor, siguiendo las instrucciones del ordenante-deudor (arts. 254 a 256 Ccom), y recibiendo por ello, en contraprestación, una retribución.

3.2.2. *La garantía*

3.2.2.1. Caracterización

Las dos relaciones subyacentes anteriores no agotan el significado de la operación. Por el contrario, el contrato de comisión suscrito entre el ordenante-deudor y la entidad de crédito obliga, a su vez, a esta última a efectuar una nueva operación, la de garantía. Este tercer negocio consiste en una promesa de pago unilateral y abstracta o independiente, en virtud de la cual la entidad de crédito-promitente, dirigiéndose a una persona determinada (el acreedor-beneficiario), se obliga a realizar el pago de la prestación cuando sea formalmente requerido por este. Es unilateral puesto que no genera obligación alguna del acreedor frente a la entidad de crédito. Es abstracta porque se trata de una promesa de pago de una suma de dinero sin indicación relativa a ninguna de las relaciones subyacentes. La entidad de crédito asume una obligación propia y distinta, autónoma, de la garantizada comprometiéndose a pagar la suma de dinero determinada, y eso, no tanto cuando se produzca el incumplimiento de la obligación principal, sino cuando se realice el supuesto garantizado. A estos efectos basta la presentación de la reclamación y el consiguiente requerimiento de pago al garante en la forma establecida en el documento de garantía.

3.2.2.2. Contenido

La independencia y abstracción de la garantía eliminan el beneficio de excusión, propio de la fianza ordinaria, pero tampoco puede decirse que se trate de una fianza solidaria con obligaciones no homogéneas (arts. 1822 Cciv). Debido

al mismo motivo el garante no puede alegar frente al beneficiario excepciones derivadas de sus relaciones personales con el ordenante, ni las atinentes al contrato de comisión que le une con él para oponerse al pago. Se excluye en particular la aplicación del art. 256 Ccom., lo que explica que el garante no pueda dejar de pagar porque el ordenante lo prohíba. Tampoco está autorizado a oponer excepciones atinentes a las relaciones del ordenante con el beneficiario de la garantía. En consecuencia, el beneficiario no podrá ser obligado a acreditar el incumplimiento por el ordenante del contrato que une ambos, ni la falta de ejecución por parte del mismo de la prestación que le correspondía en ejecución de dicho contrato, ni el garante podrá aducir tal incumplimiento. En virtud de la abstracción funcional de la obligación que asume ha de pagar para luego dirigirse contra el ordenante en reclamación de lo abonado al beneficiario.

De modo que únicamente se admiten excepciones relativas al propio negocio de garantía, por ejemplo, la invalidez, o a relaciones personales que le unan con el beneficiario, por ejemplo, la compensación o el pago. Cierta sector doctrinal incluye la nulidad del contrato entre ordenante y beneficiario como determinante de la nulidad del negocio de garantía, o el de su extinción en supuestos tales como la condonación, compensación o pago, por aplicación del principio de buena fe en la ejecución de los contratos. Por su parte, aunque de forma vacilante, la jurisprudencia admite que el garante pueda oponerse al pago cuando la ejecución de la garantía por parte del acreedor-beneficiario se revele absolutamente injustificada, en casos de ejercicio abusivo o de mala fe de la misma, como puede suceder cuando debido a su propio comportamiento haya impedido el cumplimiento del deudor-ordenante. Con ello se trata de evitar que se obligue al deudor-ordenante a rembolsar al garante y después repetir contra el acreedor-beneficiario ante pagos no debidos, o que se obligue al garante a pagar y luego carezca de acción contra el ordenante. En definitiva un grupo heterogéneo de hipótesis que se suele encuadrar en el marco de una denominada *exceptio doli* o excepción de fraude.

Con todo, parece más conveniente tratar estos supuestos y otros análogos en el marco de los límites a la abstracción funcional de la obligación en razón de su origen convencional en términos semejantes a los analizados en el ámbito de los créditos documentarios. En efecto, no debe olvidarse que se trata de una abstracción funcional de base convencional, de modo que los límites a los que está sujeta son los que restringen el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 Cciv), por lo que hay que admitir la posibilidad de oponer excepciones derivadas del contrato subyacente cuando en otro caso se atente a la moral, o a la Ley (art. 1255 Cciv), se vulnere el principio de la buena fe o exista abuso del derecho (art. 57 Ccom, art. 7 Cciv).

El pago efectuado por el garante al beneficiario extingue su obligación, pudiendo reclamar frente al ordenante el reembolso en aplicación de la disciplina sobre la comisión que los une (cfr. art. 278 Ccom), si ha pagado debidamente. Si no lo ha hecho así sólo le queda frente al beneficiario la acción frente al cobro de lo indebido (arts. 1895 y ss. Cciv).

3.3. Las garantías documentarias

De las garantías a primera demanda hay distinguir las garantías documentarias, conocidas en el tráfico como *créditos documentarios de garantía*, o *contingentes* o *standby*. A ellas aluden los Usos Internacionales relativos a los créditos contingentes (ISP98) preparados por el Instituto de Derecho y Prácticas Bancarias Internacionales y revisados y adoptados por la Cámara de Comercio Internacional, y la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, aprobada por la Asamblea General el 11 de diciembre de 1995 (Resolución A/ RES/50758). A pesar de su denominación no se trata de créditos documentarios ya que falta la finalidad de mediación en el pago, que está sustituida por la de garantía de una suma dineraria debida por el ordenante del crédito documentario al beneficiario, normalmente ante el incumplimiento por aquel de un contrato internacional. De este modo, el beneficiario de la *standby* sólo puede disponer del crédito si el ordenante del mismo incumple las obligaciones que asumió en el contrato, siendo pagadero mediante la presentación de los documentos que prueban dicho incumplimiento, mientras que el crédito documentario se satisface contra documentos que prueban el cumplimiento del vendedor.

En consecuencia, su empleo no se limita a contratos sinalagmáticos, sino que se extiende a otras operaciones como la emisión de títulos-valores y pagarés de empresa. Se trata, por tanto, no de un medio de pago como el crédito documentario, sino de una garantía funcionalmente autónoma del contrato base. En esto se diferencia del aval, dotándole de una agilidad que a este le falta, y se asemeja a las garantías a primer requerimiento. No obstante, se diferencia de estas últimas en que aquí el pago por la entidad de crédito se condiciona a la entrega de los documentos que acrediten el incumplimiento por el ordenante de la relación subyacente. Por consiguiente, la entidad de crédito asume frente al ordenante de la garantía la obligación de examinar dichos documentos, respondiendo frente a él por su actuar negligente en los términos del contrato de comisión que los liga. Ahora bien, esa obligación no incluye la comprobación de la veracidad de los documentos, lo que es incompatible con la autonomía de la garantía respecto de la obligación principal. La entidad de crédito se limita a verificar si están todos los documentos y si presentan defectos, de modo que si considera que

son incorrectos o están incompletos está autorizado a rechazarlos y, por ende, a oponerse al pago.

Por otra parte, la reclamación de la garantía puede ser rehusada por la entidad de crédito cuando estime que, al margen de la aportación de documentos, no se ha acreditado suficientemente el supuesto garantizado en la forma que se estableció en la cláusula de garantía, es decir, no se le ha justificado la existencia del incumplimiento o del daño contractualmente previstos. Sigue tratándose, con todo, de un examen formal.

4. *Cartas de patrocinio*

Las cartas de patrocinio, conocidas también con la denominación de cartas de acreditación o apoyo, pero sobre todo como *comfort letters*, debido a su extracción anglosajona, son documentos en forma de carta mediante los que su emisor se propone facilitar la concesión de crédito o financiación al patrocinado que aparece en él por parte del destinatario del mismo. Este último suele ser una entidad de crédito. El emisor es de ordinario la sociedad dominante de un grupo de sociedades y el patrocinado suele ser una de sus sociedades dominadas. Su contenido es muy variado, oscilando entre la simple declaración por el emisor de la participación que ostenta en el patrocinado, hasta la asunción de la obligación de vigilarle y controlarle para que esté en condiciones de cumplir sus obligaciones o incluso el compromiso de reembolso del crédito. En atención a ello se distinguen las cartas débiles y las fuertes.

Las primeras contienen poco más que genéricas declaraciones en torno a la confianza en la capacidad de gestión de los administradores de la sociedad que aspira al crédito y de su viabilidad económica, por lo que no pasan de constituir meras recomendaciones que no sirven de fundamento para que la entidad crediticia pueda exigir el pago del crédito a la entidad patrocinadora. Por el contrario en las fuertes se advierte una suerte de incitación a la concesión del crédito debida a las declaraciones que efectúa el emisor, lo que induce a sostener que asume más o menos directamente el riesgo de la operación. En tales casos, cuando el destinatario atiende al requerimiento formulado en la carta, proveyendo a la financiación del patrocinado, la jurisprudencia tiende a estimar que el compromiso del emisor puede calificarse como un negocio atípico de garantía personal, constituido por una promesa atípica de garantía, susceptible de hacerse efectiva por cualquiera de las formas admitidas en el Código civil e implicando como principal consecuencia el reconocimiento de la responsabilidad del emisor. En consecuencia el destinatario de la carta está autorizado a dirigirse contra el emisor para reclamar la efectividad y el cumplimiento del contrato de crédito, cuando el acreditado incumpla.

Como base jurídica para fundamentar esa conclusión se suele acudir al mandato de crédito, aplicando, por consiguiente, los art. 1712, 1729 del Cciv y 287 del Ccom, al entender que la extensión de la responsabilidad se debe no tanto a que median contactos previos más o menos explicitados en acuerdos, sino a que el ordenamiento contempla y concede relevancia al hecho de haber obtenido la satisfacción del interés que el encargo expresaba. Todo ello al margen de la responsabilidad que, en cada caso concreto, pueda apreciarse en el emisor como verdadero interesado en la subsiguiente operación de crédito y beneficiado, en definitiva, por la misma, cual sucede a menudo, en los supuestos de sociedades participadas o integrantes de grupo.

III. GARANTÍAS REALES

1. *Caracterización*

En las garantías reales se afecta al pago de las deudas no otro patrimonio responsable, como en el caso de las personales, sino una cosa determinada, que puede ser propiedad del deudor o de un tercero, de modo que el incumplimiento del deudor permite al acreedor agredir la cosa, ejecutarla judicialmente en un procedimiento rápido y venderla en pública subasta, haciéndose pago con el producto de dicha venta. El modelo típico de garantía real, tratándose de bienes muebles es la prenda. Si los bienes son inmuebles es la hipoteca.

2. *La prenda*

2.1. *Caracterización*

La prenda es un derecho real, esto es, oponible frente a todos, que se caracteriza por recaer sobre bienes muebles. Otorga a su titular la facultad de realizar el bien en caso de incumplimiento de la deuda principal por el sujeto obligado. Se trata, por tanto, de un derecho accesorio de la obligación principal. Su característica principal consiste en que supone el desplazamiento posesorio del bien sobre el que recae, denominado bien pignorado. Ahora bien, el deudor pignorante sigue siendo dueño de la cosa, por lo que puede transmitirla a terceros, que, sin embargo, dado el carácter real de la carga, la adquieren con ella. Por su parte, el acreedor pignoraticio, a pesar de ser el poseedor, no puede usar la cosa pignorada, salvo autorización de su titular, aunque tiene la obligación de conservarla para poder restituírsela al dueño en caso de que este cumpla con su obligación princi-

pal. En otro supuesto, puede promover la ejecución de la cosa judicial o extrajudicialmente ante Notario (art. 1872 Ccom).

Esta configuración común de la prenda presenta, no obstante, dos obstáculos desde el punto de vista del Derecho Mercantil. Por un lado se refiere en exclusiva a bienes muebles, lo que excluye los derechos, de capital importancia, sin embargo, en el tráfico mercantil. Por otro lado, la desposesión que conlleva la prenda asegura el derecho del acreedor, pero impide al deudor contar con un activo productivo, lo que le resta capacidad de generar riqueza. A consecuencia de ello, el Derecho Mercantil no ha dejado de buscar expedientes que permitieran la pignoración de derechos y que eludieran la necesidad de entrega de la cosa, sin menoscabar el derecho del acreedor.

2.2. La eliminación de la necesidad de entrega

Con el propósito de conseguir la eliminación de la necesidad de entrega de la cosa para efectuar su pignoración se advierte la utilización de dos técnicas en el curso de la evolución del Derecho mercantil:

i) Por un lado, se separa la posesión física de las mercancías del derecho de disposición sobre ellas mediante la creación de títulos representativos de las mismas. Estos títulos confieren a su tenedor legítimo el derecho a su entrega y a disponer de ellas negociando el documento, sobre el que, por ende, recae la prenda. Es lo que sucede, como casos más significativos, con el conocimiento de embarque o con el resguardo de depósito en almacenes generales.

La constitución de la prenda difiere según la clase de título de que se trate. Si son al portador, hay que ponerlos en posesión del acreedor pignoraticio. En caso de títulos a la orden, se efectúa mediante un endoso a título de garantía, de forma similar al previsto para la letra de cambio. Cuando es nominativo, se notifica al emisor.

En el caso de mercancías depositadas en almacenes generales de depósito hay que tener en cuenta que el depositario emite y entrega al depositante dos documentos, el resguardo del depósito, que representa la propiedad de las mercancías y que sirve para su enajenación, y el resguardo de garantía o *warrant*, que es el equivalente de ellas si se pretende pignorarlas. En caso de incumplimiento por el deudor pignorante, el acreedor puede ejecutar la prenda instando la celebración de su venta en subasta notarial (art. 1872 Cciv) o, en caso de *warrant*, requiriendo a la compañía para que las enajene también en subasta notarial en cantidad bastante para el pago (arts. 196 y 197 Ccom).

ii) La segunda técnica destinada a eludir el requisito de la entrega material de la cosa, consiste en sustituirla por la inscripción en un registro especial. Sucede

esto con la prenda sin desplazamiento de la posesión. Está regulada en la Ley de 16 de diciembre de 1954, que la reserva para bienes productivos con un grado de identificación menor que aquellos sobre los que recae la hipoteca mobiliaria, tales como máquinas, mercancías, materias primas o derechos de crédito, incluso créditos futuros, siempre que no estén representados por valores y no tengan la consideración de instrumentos financieros. Sin embargo es inusual en la práctica.

2.3. La prenda de derechos

La segunda tendencia que caracteriza las prendas mercantiles es la relativa a facilitar la pignoración de derechos. Con ese propósito se vienen utilizando instrumentos jurídicos o técnicas similares a las ideadas para eludir el requisito de la entrega. En ocasiones, se incorpora el derecho al documento al objeto de hacer recaer sobre él la prenda, a través del expediente del título valor, como sucede en el caso de letras de cambio o de acciones representadas en títulos al portador. En otras, la sujeción al derecho del acreedor se consigue mediante la inscripción en un registro especial. Ocurre eso con las acciones nominativas no representadas o con las participaciones de sociedad de responsabilidad limitada, así como con los valores negociables representados mediante anotaciones en cuenta. En los dos primeros casos la prenda recae directamente sobre el derecho incorporal que es la acción no representada y también la participación. Se constituye mediante la anotación, respectivamente, en el libro registro de acciones nominativas o en el libro registro de socios. En el caso de participaciones ha de constar en documento público. Sin embargo, el alcance de ambas técnicas es bastante limitado, dado el carácter privado de estos libros.

Mucho más eficaz resulta la prenda sobre valores negociables representados mediante anotaciones en cuenta, muy usual en el tráfico mercantil ya que buena parte de los derechos que se dan en prenda, en especial las acciones admitidas a negociación en un mercado secundario oficial y la Deuda Pública, se representan ahora de esta manera. Es también una prenda registral pues ha de inscribirse en la cuenta correspondiente, siendo desde ese momento oponible a terceros. Por su parte, el acreedor pignoraticio goza del derecho de retención (art. 324 Ccom), de preferencia frente a los demás acreedores (art. 320 Ccom) y, sobre todo, de un procedimiento especialmente ágil de ejecución, pues se efectúa por el organismo rector del mercado en cuestión mediante la enajenación en su seno (art. 322 y 323 Ccom).

En un contexto semejante cabe mencionar las llamadas garantías financieras, cuyo objeto está constituido por efectivo o por valores negociables y otros instrumentos financieros y pueden adoptar la modalidad de garantía pignoraticia o arbitrarse mediante la transmisión de la propiedad del bien dado en garantía, como

sucede en particular con las operaciones dobles o simultáneas y las operaciones con pacto de recompra. Están destinadas a asegurar determinadas operaciones financieras realizadas por entidades públicas, organismos rectores de mercados y empresas financieras, normalmente vinculadas al funcionamiento de los mercados organizados o de los sistemas de pago y compensación. Están reguladas en el RD-L 5/2005 de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública, que prevé un reforzamiento de los derechos del acreedor, en especial en relación con la ejecución, que podrá realizarse mediante compensación o utilización del efectivo y simple venta o incluso apropiación de los valores o instrumentos financieros dados en garantía.

Finalmente, en el contexto de las prendas de créditos, cabe mencionar la prenda de saldos bancarios, muy utilizada en particular por las administraciones públicas y por las entidades de crédito ya que consiente afectar determinado depósito bancario al cumplimiento de una obligación, dotando a la figura de oponibilidad frente a terceros acreedores con el fin de obtener un cobro preferente del crédito. Por ese motivo suele constituirse sobre depósitos bancarios a plazo.

3. *La hipoteca*

La hipoteca es un derecho real, oponible, por tanto, frente a todos, igual que la prenda, de la que difiere en razón de su objeto, que aquí son bienes inmuebles. Es un derecho de constitución registral pues únicamente nace tras la inscripción en el Registro de la Propiedad, previo otorgamiento de escritura pública notarial. En virtud de ella el acreedor hipotecario, normalmente una entidad de crédito, está facultado para ejecutar el inmueble objeto de la hipoteca por los procedimientos judiciales previstos al efecto, cuando el deudor incumpla su obligación principal. Esta última es, de ordinario, un préstamo de dinero, pero el tráfico mercantil ha adicionado distintos derechos. En particular, los que derivan de títulos endosables y al portador. En estas hipótesis la hipoteca se constituye unilateralmente a favor de los tenedores de los títulos. Con todo, la especialidad más relevante en el ámbito mercantil es la hipoteca mobiliaria. Regulada en la Ley de 16 de diciembre de 1954, recae sobre bienes muebles que la Ley considera provistos de un grado de identificación similar a los inmuebles, en todo caso mayor que aquellos que pueden ser objeto de prenda sin desplazamiento. En particular, las aeronaves, la maquinaria industrial o el establecimiento mercantil en su conjunto.

El Derecho Digital de los mercados financieros

SUMARIO: I. LA INCIDENCIA DE LA INNOVACIÓN DIGITAL EN EL MERCADO FINANCIERO. II. LA APARICIÓN DE LAS DENOMINADAS EMPRESAS FINTECH/INSURTECH. 1. Consideraciones generales. 2. Régimen jurídico: problemas relacionados con el Derecho de la competencia y con la protección de los usuarios de servicios financieros. III. LA APARICIÓN DE NUEVOS PRODUCTOS Y SERVICIOS FINANCIEROS. 1. Nuevos sistemas y servicios de pago. 2. El dinero digital: las cripto-monedas. 3. Neobanks y challenger banks. 4. Financiación participativa (crowdfunding). ICOs. 5. Asesoramiento y gestión de carteras. 6. InsurTech.

I. LA INCIDENCIA DE LA INNOVACIÓN DIGITAL EN EL MERCADO FINANCIERO

Con la llamada digitalización podríamos estar a punto de asistir a una trascendental transformación del sistema financiero, puesto que supone un poderoso motor de cambio de los bancos, del propio dinero y de los mercados de valores, que da lugar a la aparición de nuevos tipos de empresas, productos y servicios financieros.

En su mayoría parten de la aplicación de la inteligencia artificial (*artificial intelligence*, AI) y la tecnología de registro distribuido (*Distributed Ledger Technologies*, DLTs). Como su nombre indica se trata de una tecnología que permite mantener un registro digital de operaciones gracias a la validación que van realizando los participantes (nodos) de la red. El registro tiene forma de una cadena de bloques, en los que se agregan datos, que son firmados y validados digitalmente y que pueden proporcionar información precisa y desagregada de todos los detalles de las transacciones realizadas (intervinientes, fecha, hora, condiciones, etc.). Pueden ser de dos tipos: las centralizadas, que solo permiten a sujetos autorizados validar el registro digital de actuaciones; y las descentralizadas, que es el caso de la tecnología de la cadena de bloques (*Blockchain*) que resulta accesible por múltiples usuarios.

Blockchain es por tanto una tecnología capaz de producir registros de información encriptados y encadenados —el contenido de un bloque solo puede descifrarse con la información del anterior— y que además quedan guardados en todos los nodos que componen la red. Así la información no se puede borrar ni modificar, es inalterable, porque cualquier cambio en un ordenador es detectado inmediatamente por el resto de partícipes. El registro centralizado se sustituye de este modo por uno descentralizado con un número ilimitado de ordenadores conectados al sistema que, valida los datos, dado que cada nodo de la red registra la operación.

Se sustituye así la figura tradicional del tercero de confianza, que venía usándose en las transacciones electrónicas para dar seguridad y que cuenta con un régimen jurídico claro, por evidencias criptográficas; sin que hasta el momento exista un régimen jurídico adecuado a este nuevo tipo de operatoria.

Estas redes, especialmente las descentralizadas, permiten reducir de forma notable los costes derivados de la intermediación financiera. No obstante, de forma paralela paralelamente son susceptibles de generar riesgos para la competencia en el mercado, sea por concentración de poder o prácticas concertadas en ciertos nodos; así como problemas para la supervisión del cumplimiento de la normativa que resulta aplicable en cada uno de los ámbitos del sector financiero (bancario, del mercado de valores y asegurativo), dirigida a procurar el buen funcionamiento del mercado y la protección de los usuarios de servicios financieros que se tornan objetivos prioritarios para el legislador, tanto en el ámbito de la Unión Europea como en el nacional.

Es evidente pues el impacto del fenómeno *Fintech* en las condiciones de competencia del sector financiero y por ende de toda la economía. Como lo es, el reto al que se enfrenta el Derecho para regular fenómenos desconocidos hasta el momento.

Esta tecnología ha sido la desencadenante de la aparición de nuevos productos y servicios y de nuevas empresas que los prestan, aspectos que se abordan a continuación.

II. LA APARICIÓN DE LAS DENOMINADAS EMPRESAS FINTECH/INSURTECH

1. *Consideraciones generales*

El desarrollo de las nuevas tecnologías aplicadas a los mercados financieros ha dado lugar a la aparición de gran número de empresas bajo la denominación genérica de *FinTech* –aunque también está extendida la denominación de *InsurTech*– cuando se trate de empresas en el ámbito de los seguros. No existe un concepto unívoco, si bien en la práctica viene a agrupar a las empresas que efectúan desarrollos tecnológicos innovadores para el diseño, la oferta y la prestación de productos y servicios financieros. Generalmente, se trata de empresas de nueva creación (*start-ups*), de dimensión reducida, pero con una base tecnológica muy importante.

Cierto es que también han entrado en el sector las grandes empresas de base tecnológica, las denominadas *Big-Tech*, entre las que se encuentran, sin duda, Google, Apple, Microsoft, Facebook, Amazon o Alibaba. Estas multinacionales unen el prestigio de su marca a la ingente información que disponen de sus clientes. Además de sus productos y servicios tradicionales actúan como canalizadores

de pagos; del mismo modo que su presencia es cada vez más acusada en el sector de los seguros, asociándose con start-ups innovadoras. Así Google, está actuando en las industrias automotriz y doméstica; Apple, en las empresas de salud, automóviles y domótica; Facebook y Amazon, recopilando datos y utilizándolos básicamente en el sector automotriz; y Alibaba ocupa una posición líder en la venta *online* de seguros.

Estas empresas *FinTech* en unos casos realizan actividades que ya se venían realizando, si bien lo hacen a través de nuevos canales. Así ocurre, por ejemplo, en los supuestos de captación de capital por parte del público inversor mediante la suscripción de valores; la particularidad es que se realiza a través de plataformas de financiación participativas que funcionan exclusivamente de forma telemática (*equity crowdfunding*); y en otros casos, este tipo de empresas realizan actividades que hasta tiempos recientes eran desconocidas, como podría ser, por ejemplo, el asesoramiento automatizado en inversiones (*roboadvisors*).

2. Régimen jurídico: problemas relacionados con el Derecho de la competencia y con la protección de los usuarios de servicios financieros

La cuestión que se plantea de inmediato es cuál es el régimen aplicable a este tipo de empresas *FinTech*. En el sector financiero, las empresas obtienen la autorización y están sujetas a un régimen de supervisión atendiendo al tipo de actividades, productos o servicios que desarrollan, con independencia de si utilizan métodos tradicionales o innovadores para prestar estos servicios. Y ello con el objetivo de garantizar por un lado, la estabilidad e integridad de los mercados; y por otro, la protección de los consumidores e inversores.

Por estas razones, desde los sectores tradicionales se señala que, tratándose de actividades propias de sectores regulados, como la banca, los mercados de valores y los seguros, a estas empresas les resulta de aplicación toda la normativa de supervisión mercantil y administrativa, puesto que, de otro modo, compiten en condiciones de desigualdad y por tanto provocan situaciones de competencia desleal. Desde el sector de las empresas *FinTech* se señala la necesidad de adoptar un marco jurídico propio y adaptado a estos nuevos modelos.

En este sentido, la Autoridad Bancaria Europea aboga por permitir a estas empresas contrastar o probar su modelo de negocio con carácter previo a la solicitud de autorización, sin que se les aplique o, se haga de forma muy laxa, el régimen ordinario de autorización administrativa. Se trata de la denominada “licencia *sandbox*”, que consiste en conceder un período de prueba controlado por las respectivas autoridades supervisoras en el que se les permite contrastar su modelo de negocio, tras el cual estarían sometidas al régimen de autorización propio del sector concreto

–banca, bolsa y seguros–. Esta es la idea que, por otra parte, se recoge en el Anteproyecto de Ley de Medidas para la Transformación Digital del sistema financiero.

También debe tenerse en cuenta el “Plan de Acción en materia de tecnología financiera: por un sector financiero europeo más competitivo e innovador” elaborado por la Comisión Europea y publicado el 8 de marzo de 2018, en el que se recoge que los marcos reglamentario y de supervisión de Europa deberían permitir a las empresas que operan en el mercado único de la UE sacar partido a la innovación financiera y ofrecer a sus clientes los productos más apropiados y accesibles. Estos marcos deberían garantizar un alto nivel de protección para los consumidores e inversores, así como la resiliencia y la integridad del sistema financiero. También deberían establecer medidas concretas para enfrentarse a los retos de estos nuevos modelos tales como el riesgo cibernético, las cuestiones relacionadas con la protección de datos, protección de inversores y problemas de integridad de los mercados.

Respecto a la existencia de mecanismos suficientes para proteger a los usuarios de estos nuevos productos y servicios financieros la entrada en vigor de la Directiva 2014/65/UE, de 15 de mayo de 2014 relativa a los mercados de instrumentos financieros (conocida como la MiFID II) y del Reglamento (UE) 600/2014 de 15 de mayo de 2014 relativo a los mercados de instrumentos financieros viene a paliar algunas de las deficiencias que presenta el actual modelo. En nuestro país solo se ha implantado parcialmente mediante la modificación del TRLMV por Real Decreto-ley 14/2018, de 28 de septiembre. En todo caso, se trata de una regulación general que requerirá de desarrollos normativos adecuados y más específicos.

En relación con la protección de datos de los clientes y usuarios de los servicios financieros, la a UE consciente de estos importantes cambios, a través de su Estrategia para el Mercado Único Digital, propuesta por la Comisión Europea en 2015, empezó a sentar las bases para la creación de Mercado Único Digital libre y seguro en el que los ciudadanos puedan comprar en línea a través de las fronteras y las empresas puedan vender en línea en toda la UE. El objetivo de esa estrategia es lograr que la economía, la industria y la sociedad europeas aprovechen plenamente la nueva era digital. Junto a las innumerables ventajas que supone para las empresas poder disponer de esa ingente información que proporciona la tecnología referida, también aparecen riesgos importantes a los que el Derecho debe dar solución y que vienen referidos básicamente a otorgar la debida protección a los titulares de los datos personales que se obtienen y tratan.

En esta línea desde la Unión Europea se ha acometido un profundo proceso de revisión de la normativa existente, que ha dado lugar a dos importantes normas que componen lo que se conoce como el nuevo marco europeo de protección de datos y que deben ser de especial aplicación respecto de las empresas que usan tecnología Big data: el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo

que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD) y la Directiva 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos. El RGPD unifica y moderniza la normativa europea sobre protección de datos, estableciendo mecanismos para que por un lado, los ciudadanos puedan tener un mejor control de sus datos personales y por otro, las empresas puedan aprovechar al máximo las oportunidades de un mercado único digital, reduciendo la burocracia y beneficiándose de una mayor confianza de los consumidores. La Directiva de Protección de Datos, por su parte, está destinada a la protección de los datos de víctimas, testigos y sospechosos de la comisión de delitos en los ámbitos policiales y de la Justicia.

Siguiendo esa estela, se ha aprobado la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD). Teniendo que cuenta que el RGPD es de aplicación directa, cabría hablar de desarrollo o complemento del Derecho de la Unión Europea, tal y como establece la Exposición de Motivos de la LOPD. El campo para nuestra norma será organizativo y de completar aquellos elementos que no hayan sido desarrollados en la norma comunitaria. En ese sentido, la ley matiza y completa el régimen del RGPD en cuanto a los principios básicos de tratamiento de datos. Exactitud, confidencialidad, consentimiento son los que han de seguirse por parte de los encargados y responsables. Estas reglas, que son las que abren la puerta a los derechos que reconoce la ley en relación con los datos, están modulados en una serie de supuestos específicos que atañen directamente al ámbito mercantil: tratamiento de datos de contacto de empresarios individuales y de profesionales liberales (art. 19), sistemas de información crediticia, (art.20), tratamientos relacionados con la realización de determinadas operaciones mercantiles (art. 21) y sistemas de exclusión publicitaria (art. 23).

III. LA APARICIÓN DE NUEVOS PRODUCTOS Y SERVICIOS FINANCIEROS

1. Nuevos sistemas y servicios de pago

Entre los sistemas y servicios de pago encontramos nuevos agentes que compiten con las entidades financieras tradicionales y que permiten incrementar la competencia y ofrecer servicios más personalizados o complementarios. La primera

gran innovación es el monedero digital (*Digital Wallet, DW*), que puede funcionar como monedero *on line* (Online Wallet, OW) o como monedero móvil (*Mobile Wallet, MW*). Consiste en una herramienta de hardware y software que permite el almacenamiento de todos los datos necesarios para realizar el pago. Estos últimos están aportando nuevas funcionalidades puesto que permiten las transferencias de empresas a consumidores (b2c) pero también entre empresas (p2p) y de consumidor a consumidor (c2c). La aparición de estos monederos digitales igualmente ha facilitado la irrupción de nuevos proveedores de servicios de pago entre consumidores (*Third Party Providers* o TPPs), que siempre que cuenten con el consentimiento de estos podrán realizar “Servicios de iniciación de pagos” (*Payment Initiation Services* o PIS) a los proveedores del consumidor, y también realizar “Servicios de información sobre cuentas, (*Account Information Services, AIS*), accediendo a toda la información del titular de la cuenta y actuando sin necesidad de contraseñas para mejorar el conocimiento de la situación financiera del consumidor y de sus necesidades. Con este sistema en general los usuarios pueden controlar sus gastos de forma más directa y las empresas también podrán conocer mejor las transacciones que realizan los usuarios con los que trabajan, lo que les permitirá mejorar tanto su gestión interna (*back-office*), como su relación con terceros (*front-office*), a través de una oferta especializada y más personalizada.

2. El dinero digital: las cripto-monedas

Junto con estos nuevos instrumentos de pago, que parten de la existencia de dinero físico que circula por medios electrónicos, al que puede denominarse dinero electrónico, y que ha sido objeto de regulación por el legislador comunitario, debe mencionarse como gran innovación el dinero digital, que parte de la tecnología *Blockchain* y que no tiene la consideración de moneda de curso legal. El Banco Central Europeo considera que se trata de la representación digital de valor, que pueden ser intercambiadas por medios telemáticos y que sirven como instrumentos de cambio y unidad de valor o de almacenamiento de un valor, si bien esas funciones las cumple por el acuerdo de la comunidad de usuarios que utilizan el sistema. Dentro de estas criptomonedas el ejemplo típico son los *bitcoin*, que siguiendo lo indicado, es una moneda digital que parte de la tecnología *Blockchain* y cuyo valor de cambio viene dado por la aceptación de los que se asocian al sistema contable *bitcoin*.

Es obvio que este sistema descentralizado puede reportar ventajas, pero también que siguen siendo muy importantes los problemas jurídicos pendientes de resolver como el acceso a datos de cuentas bancarias, aspectos de protección de los usuarios de los servicios, posibles problemas de competencia, incluso posibles riesgos sistémicos si se detectaran fallos en la tecnología.

Aspectos que, entre otros, están siendo tenidos en cuenta en la revisión de la *Directiva (UE) 2015/2366* del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior en lo que ya se conoce como Segunda Directiva de Servicios de Pago (*Revised Directive on Payment Services 2*, PSD2). Uno de los principales aspectos a tener en cuenta y que puede suponer un cambio trascendental para el sector bancario es la consagración de la figura de los proveedores de servicios de pago a terceros o TPPs (*Third Party Payment Service Providers*) al otorgarles acceso a la infraestructura de los bancos bajo la supervisión, igual que los bancos, de la Autoridad Bancaria Europea (ABE).

3. *Neobanks y challenger banks*

Otra innovación son los denominados “neobancos” (neobanks) y los *challenger banks*, que son plataformas de nueva creación que ofrecen un abanico integral de productos bancarios en competencia directa con los bancos clásicos. Los denominados *challenger banks*, son entidades de crédito con funciones similares a las tradicionales pero con un funcionamiento completamente digital. Los neobancos, por su parte, ofrecen, junto a las funciones básicas de los bancos, otras funciones, pudiéndose centrar únicamente en la realización de actividades complementarias o aspectos concretos del sector. Y ello lo hacen asociándose con las entidades de crédito que no tienen un funcionamiento digital, generalmente mediante aplicaciones móviles. Aunque hasta el momento vienen desarrollando servicios similares a los de esa banca tradicional, se espera que sean las impulsoras de la operativa con cripto-monedas.

4. *Financiación participativa (crowdfunding). ICOs*

La financiación participativa (*crowdfunding*) a grandes rasgos es un sistema que se basa en una llamada abierta al público para obtener financiación para un proyecto específico a través de internet. Supone por tanto una desintermediación en la financiación de los agentes, ya sea en forma de capital (*Equity crowdfunding*, ECF) o de préstamos (*P2P lending*). Estos tipos de financiación se regularon en la Ley 2/2015, de 27 de abril, dirigida a dar carta de naturaleza a estos sistemas a la para que estableciendo unas normas básicas de protección a los inversores.

La cuestión es que el cambio tecnológico ha hecho que se evolucione hacia un sistema de financiación en masa, las llamadas *Initial Coin Offerings* (ICOs) por analogía con las ofertas públicas de venta de acciones (*Initial Public Offerings*).

ring, IPO). No obstante, las ICOs presentan diferencias importantes, puesto que lo que adquieren los financiadores no es una acción o participación, sino una criptomoneda, y en particular, un *cripto-token*. Todos los usuarios del sistema tienen acceso al registro de las titularidades de esos *token*, y su titularidad se acredita en un sistema de clave pública y privada basado en la criptografía. Desaparece por tanto la figura del intermediario (no solo de la banca, sino también de la plataforma).

Este sistema es el mismo en el que se basan un tipo de criptomoneda como el *bitcoin*. La diferencia estriba en que mientras que el *bitcoin* viene a ser el equivalente a una moneda –puesto que trata de servir como medio de pago o como forma de almacenar un valor–, el *token* representa un derecho o un bien determinado. El siguiente paso es el de equiparar el *token* a un valor negociable (*security*), hablando entonces de *security tokens*.

Este sistema que comienza a desarrollarse presenta junto a sus ventajas también importantes riesgos relacionados con la protección de los inversores. La cuestión de fondo es si deben ser objeto de regulación y supervisión por parte de las autoridades de los mercados de valores y en caso afirmativo, con qué especialidades. En nuestro país, la CNMV ha señalado en una nota informativa que las ICOs quedarán sometidas a la normativa del mercado de valores cuando los “*tokens*” atribuyan derecho o expectativas de participación en la potencial revalorización o rentabilidad de negocios o proyectos ... u otorguen derechos equivalentes o parecidos a los propios de las acciones, obligaciones u otros instrumentos financieros incluidos en el artículo 2 TRLMV”. No obstante, no se ha registrado ninguna ICO y no existe ningún mecanismo de control, por lo que deberá plantearse a buen seguro que no basta con extender la legislación general sino que es preciso buscar soluciones jurídicas *ad hoc* que concilien los diferentes intereses en juego.

5. Asesoramiento y gestión de carteras

En el asesoramiento y gestión de carteras, también se están produciendo cambios motivados por las innovaciones tecnológicas: desde los comparadores financieros, pasando por agregadores financieros, plataformas de *networking* y percepción (*sentiment*) en los mercados financieros, social trading, plataformas de negociación electrónica y *roboadvisors*. Entre sus ventajas, el hecho de que facilita el acceso a este tipo de productos a un público mucho más amplio que el tradicional, y además a unos precios más reducidos, al producirse una importante desintermediación. Los problemas como en otros casos de innovaciones tecnológicas es la inexistencia de controles y de supervisión, y por tanto, de protección a inversores inexpertos.

6. *InsurTech*

También en el ámbito de los seguros, las innovaciones tecnológicas están suponiendo la aparición de nuevos productos más especializados, que permiten que el consumidor se involucre más y tenga acceso más fácil a la información (*Insurtech*). Tener información acerca del cliente ha resultado siempre fundamental para las compañías aseguradoras para medir el riesgo en los productos asegurativos que ofrecen. En la actualidad, la tecnología Big Data, permite el acceso y recopilación de múltiples datos –piénsese en temas relacionados con las multas que tenemos, nuestras preferencias para viajar, nuestro estado de salud, etc.–. Ante mayor y mejor información, las compañías aseguradoras ofrecer soluciones mucho más personalizadas, y mejorar su gestión interna, lo que incide en un cálculo más ajustado del riesgo, y por ende, de la prima.

Además, las compañías pueden utilizar esas innovaciones tecnológicas para combatir el fraude, puesto que pueden cruzar datos obtenidos de diversas fuentes que les pueden permitir comprobar si el siniestro ha sucedido realmente o el momento en el que ha sucedido. Y, además, en un contexto en el que las TICs han dado lugar a objetos inteligentes (el internet de las cosas, IoT), se plantean nuevos tipos de seguros para cubrir las eventualidades que surjan de ese nuevo modo de funcionar –baste con pensar en los seguros de los coches autónomos–. Se abre, por tanto, un nuevo espectro de necesidades asegurativas derivadas de la incidencia de la digitalización de la actividad económica.

Lección 14

Contrato de transporte. Contrato de viajes combinados y servicios de viaje vinculados

SUMARIO: I. CUESTIONES GENERALES. 1. Caracterización. 2. Clases. II. TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCANCÍAS. 1. Disciplina aplicable. 2. Elementos. 2.1. Elementos personales. 2.1.1. Elementos principales. 2.1.1.1. Caracterización. 2.1.1.2. El cargador. 2.1.1.3. El porteador. 2.1.1.4. El destinatario. 2.1.2. Intermediarios. 2.2. Elementos reales. 2.2.1. Caracterización. 2.2.2. El transporte continuado. 2.2.3. El contrato de mudanza. 2.3. Elementos formales. La carta de porte. 3. Contenido. 3.1. El cargador. 3.1.1. Obligaciones del cargador. 3.1.1.1. La obligación de entrega de las mercancías. 3.1.1.2. La entrega de la documentación. 3.1.1.3. La carga y la estiba. 3.1.2. El derecho de disposición. 3.2. El porteador. 3.2.1. Obligaciones del porteador. 3.2.1.1. El traslado de la mercancía. 3.2.1.2. La entrega de las mercancías. 3.2.1.3. Obligaciones accesorias. 3.2.2. La responsabilidad del porteador. 3.2.2.1. Caracterización. 3.2.2.2. Presupuestos. 3.2.2.3. Presunción de culpa y causas de exoneración. 3.2.2.4. Limitación de la responsabilidad. a) Caracterización. 3.2.2.5. Plazos y reservas. 3.2.3. Derechos del porteador. 3.2.3.1. El cobro del precio. 3.2.3.2. El privilegio del porteador. 3.3. El destinatario. El deje de cuenta. III. TRANSPORTE DE PERSONAS. 1. Disciplina aplicable. 2. Concepto. 3. Elementos. 3.1. Elementos personales. 3.1.1. Elementos principales. 3.1.2. Agencias de viaje. 3.1.2.1. Caracterización y normativa aplicable. 3.1.2.2. Actividades y formas de actuación. 3.1.2.3. Clases. 3.2. Elementos reales. 3.3. Elementos formales. 4. Contenido. 4.1. Determinación del contenido y contratos-tipo. 4.2. Obligaciones del viajero. 4.3. Obligaciones del transportista. 4.4. La responsabilidad del transportista. 4.4.1. Transporte terrestre. 4.4.1.1. Transporte ferroviario. 4.4.1.2. Transporte por carretera. 4.4.2. Transporte aéreo. 4.4.2.1. Normativa aplicable. 4.4.2.2. Presupuestos y limitaciones. IV. VIAJES COMBINADOS Y SERVICIOS DE VIAJE VINCULADOS. 1. Concepto y disciplina aplicable. 2. Elementos. 2.1. Elementos personales. 2.2. Elementos formales. 3. Régimen del viaje combinado. 3.1. Obligaciones del empresario. 3.1.1. Prestación del servicio en los términos convenidos. 3.1.2. Deberes de información. 3.1.3. Constitución de garantía frente al incumplimiento de obligaciones e insolvencia. 3.1.4. Prestación de asistencia adecuada al viajero. 3.2. Derechos del viajero. 3.3. Responsabilidad del empresario 4. Régimen de los servicios de viaje vinculados.

I. CUESTIONES GENERALES

1. Caracterización

El transporte es un contrato por el que una persona, denominada porteador o transportista, se obliga frente a otra, denominada cargador, a trasladar de un lugar a otro a una persona o cosa determinada, o a ambos, a cambio de una contraprestación dineraria (art 2.1 LCTTM). Es un contrato sinalagmático y oneroso. Es también un contrato de adhesión ya que su contenido está predeterminado por condiciones generales de la contratación y contratos tipo, cuya peculiaridad reside en que pueden estar establecidos por la Administración. En tal caso, su utilización

es imperativa, salvo que, legal o reglamentariamente, se disponga su aplicación en forma subsidiaria o supletoria a las condiciones que libremente pacten las partes en los correspondientes contratos singulares, o que el porteador ofrezca al adherente condiciones más favorables a las establecidas en los contratos-tipo, teniendo en este caso, estas últimas, el carácter de condiciones mínimas (art. 3 y DF 3ª LCTTM). Se trata de una modalidad del arrendamiento de obra por cuanto no se pacta la mera prestación de servicios por parte del porteador, sino que este obtenga el concreto resultado de ejecutar el traslado. Finalmente, este contrato es mercantil cuando tenga por objeto mercaderías o cualesquiera efectos del comercio o cuando, siendo cualquiera su objeto, sea empresario el porteador, o se dedique habitualmente a verificar transportes para el público (arg. *ex* derogado art. 349 Ccom y art. 2.2 LCTTM).

2. Clases

Atendiendo al objeto del contrato, se distingue el transporte de cosas y el de personas. Considerando el medio o vehículo empleado para realizarlo el transporte es naval, aéreo o terrestre. En este último caso puede ser ferroviario y por carretera. Cuando en un mismo contrato se pacta la utilización de una diversidad sucesiva de medios, el transporte es multimodal. Se denomina multimodal el contrato de transporte celebrado por el cargador y el porteador para trasladar mercancías por más de un modo de transporte, siendo uno de ellos terrestre, con independencia del número de porteadores que intervengan en su ejecución (art. 67 LCTTM). La LCTTM sienta el principio de que el contrato se regirá por la normativa propia de cada modo, como si el porteador y el cargador hubieran celebrado un contrato de transporte diferente para cada fase del trayecto. En particular dispone que la protesta por pérdidas, averías o retraso, se regirá por las normas aplicables al modo de transporte en que se realice o deba realizarse la entrega (art. 68.1 y 2 LCTTM). De conformidad con ello incluye un conjunto de normas destinadas a identificar la normativa del modo que debe aplicarse en supuestos dudosos (arts. 69 y 70 LCTTM) y, sobre todo, sienta la regla de que la responsabilidad del porteador se regirá por la LCTTM cuando no pueda determinarse la fase del trayecto en que sobrevinieron los daños (art. 68.3 LCTTM).

II. TRANSPORTE TERRESTRE DE MERCANCÍAS

1. Disciplina aplicable

A consecuencia del interés general que se advierte en la realización de esta actividad, la peculiaridad más destacada de estos contratos desde el punto de vista de las fuentes ha residido, tradicionalmente, en que se hallan sujetos a normas de carácter

administrativo que, eso no obstante, disciplinan aspectos esenciales de su régimen jurídico privado. Esta característica se mantiene en la actualidad, aunque está siendo paulatinamente limitada debido al proceso de liberalización que se está imponiendo. Muestra de ello es la Ley 15/2009 de 11 de noviembre, que regula el contrato de transporte terrestre de mercancías, tanto por carretera, como por ferrocarril (LCTTM). Con todo, hay que continuar teniendo en cuenta la normativa administrativa. Básicamente, la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) y su Reglamento aprobado por RD 1211/1990, de 28 de septiembre (ROTT); así como la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario (LSF) y su Reglamento, aprobado por RD 2387/2004 de 30 de diciembre (RSF).

Por otra parte, junto a las disposiciones de carácter interno, revisten una extraordinaria importancia las de carácter internacional. Destacan a este respecto el Convenio de Ginebra sobre transporte internacional de mercancías por carretera (CMR), el Convenio de Berna relativo al transporte internacional por ferrocarril (COTIF) y las Reglas Uniformes COTIF-CIM/1999. La LCTTM dispone que el contrato de transporte terrestre de mercancías se regirá por los Tratados internacionales vigentes en España de acuerdo con su ámbito respectivo, las normas de la Unión Europea y las disposiciones de la propia LCTTM. En lo no previsto serán de aplicación las normas relativas a la contratación mercantil (art. 2.2 LCTTM).

2. Elementos

2.1. Elementos personales

2.1.1. Elementos principales

2.1.1.1. Caracterización

El transporte es un contrato bilateral, por lo que las partes del mismo son dos: el cargador y el portador. Sin embargo, en el transporte de mercancías lo usual es que, junto a ellos, intervengan terceras personas. En particular, el destinatario o consignatario y el expedidor, que no son parte en el contrato, pero ostentan ciertos derechos y obligaciones derivados de él.

2.1.1.2. El cargador

El cargador o remitente es quien contrata en nombre propio la realización de un transporte y frente al cual el porteador se obliga a efectuarlo (art. 4.1 LCTTM). La condición de cargador no exige que se ocupe de entregar la mercancía al porteador.

La LCTTM alude al expedidor como una tercera persona de la que puede servirse el cargador para que, por cuenta de este último, haga entrega de las mercancías al

transportista en el lugar de recepción de las mismas (art. 4.4 LCTTM). Asume la ejecución de las operaciones de carga de las mercancías a bordo de los vehículos y las de estiba, salvo que expresamente se asuman estas operaciones por el porteador antes de la efectiva presentación del vehículo para su carga. Pero tampoco es preciso que las efectúe por sí mismo. Pueden realizarse por su cuenta por una tercera persona, que en la legislación sectorial se denomina también cargador (art. 20.1 LCTTM).

2.1.1.3. El porteador

Porteador es quien asume frente al cargador la obligación de realizar el transporte en nombre propio (art. 4.2 LCTTM). Puede ejecutarlo con sus propios medios, pero la Ley no le obliga a ello, de forma que, salvo que se pacte otra cosa expresamente, no forma parte de sus obligaciones contractuales. Por consiguiente está autorizado a subcontratar la realización efectiva de la totalidad o una parte del transporte con otro u otros porteadores, denominados porteadores efectivos (art. 4.2 LCTTM). Por tanto, el porteador efectivo es la persona, física o jurídica, que, contratado por el porteador, llamado entonces primer porteador, realiza el transporte efectivamente, en todo o en parte, por sus propios medios. En estos casos, el primer porteador, actúa como intermediario. Aun así, cuando se trate de empresarios o de personas que contraten habitualmente transportes o intermedien habitualmente en su contratación, sólo pueden contratar en nombre propio (art. 5 LCTTM). Esta previsión legal aclara la posición contractual de los sujetos que intermedian en el transporte, obligándoles a contratar el transporte siempre en nombre propio y, por ende, a asumir la posición de porteador frente al cargador. De manera que responderán frente a éste de la realización íntegra del transporte, aun cuando no la lleven a cabo por sí mismos en todo o en parte (art. 6 LCTTM).

Por otro lado, sin embargo, frente al tercer porteador o porteador efectivo con quien contraten la realización efectiva de la totalidad o una parte del transporte, quedarán obligados como cargadores (art. 6 LCTTM). La relación contractual que media entre el porteador o primer porteador y el porteador efectivo ha de ser calificada como de transporte en la que, en efecto, el porteador o primer porteador asume la posición de cargador, con las obligaciones y responsabilidades derivadas de ello, y el porteador efectivo la posición de porteador. De modo que este último solo queda obligado frente al primero y frente al destinatario a quien el porteador efectivo entregue la mercancía junto con la carta de porte que la acompaña. No existe, en consecuencia, relación contractual alguna entre el cargador, que contrató con el porteador o primer porteador, y el porteador efectivo. Por este motivo, nada pueden requerirse el uno frente al otro al amparo del contrato de transporte que el cargador concertó con el porteador, siendo cualquier reclamación entre ambos de naturaleza extracontractual o, en su caso, legal, pero no contractual.

En atención al número de porteadores cabe que se pacte un transporte sucesivo, también llamado combinado o acumulativo. Sucede eso cuando diversos porteadores se obligan simultáneamente, en virtud de un único contrato documentado en una sola carta de porte, a ejecutar sucesivos trayectos parciales de un mismo transporte (arts. 64 a 66 LCTTM). En ese supuesto todos ellos responderán de la ejecución íntegra de éste, de acuerdo con las disposiciones de la carta de porte, quedando el segundo y los subsiguientes obligados a partir del momento en que el porteador precedente les haga entrega material de las mercancías y de la carta de porte (art. 64.1 y 2 LCTTM). Sin embargo, en caso de pérdida, avería o retraso en la entrega, la acción de resarcimiento solamente podrá ser dirigida contra el primer porteador, contra el último o contra el que efectuó la parte del transporte en que se produjo el hecho determinante que fundamente la reclamación. Además, este derecho de opción se extinguirá desde el momento en que el demandante ejercite su acción contra uno de ellos (art. 65 LCTTM). No obstante, el porteador que se haya visto obligado a pagar una indemnización tiene derecho a repetir por el principal, intereses y gastos contra el resto de los porteadores que hayan participado en la ejecución del contrato, imputándose el coste de la indemnización conforme a las reglas previstas en la LCTTM (art. 66 LCTTM).

2.1.1.4. El destinatario

Destinatario o consignatario es la persona a quien el porteador ha de entregar las mercancías en el lugar de destino (art. 4.3 LCTTM). Deviene titular de los derechos y obligaciones derivados del contrato de transporte desde el momento en que, habiendo llegado las mercancías a destino, o transcurrido el plazo en que deberían haber llegado, solicite al porteador la entrega. Es, por tanto, el acreedor de la entrega de la carga desde ese momento. El mismo en que decae el derecho del cargador y nace el del destinatario, que podrá ejercitar frente al porteador los derechos derivados del contrato de transporte (art. 35.1 LCTT), siempre que pague el precio del transporte y los gastos causados o, en caso de disputa sobre estos conceptos, preste la caución suficiente (art. 35.2 LCTT).

Contrae las obligaciones de descarga y desestiba, salvo que expresamente se asuman por el porteador antes de la efectiva presentación del vehículo para su descarga (art. 20.1 LCTTM) o se trate de servicios de paquetería y cualesquiera otros similares que impliquen la recogida o reparto de envíos de mercancías consistentes en un reducido número de bultos que puedan ser fácilmente manipulados por una persona sin otra ayuda que las máquinas o herramientas que lleve a bordo el vehículo utilizado, en cuyo caso las operaciones de descarga, salvo que se pacte otra cosa, serán por cuenta del porteador (art. 20.3 LCTTM). Puede asimismo ostentar el derecho de disposición de las mercancías y posee el llamado

derecho de abandono o deje de cuenta, en los términos que luego se verán. A pesar de ello no es parte en el contrato de transporte. Su naturaleza jurídica es muy discutida barajándose principalmente las hipótesis de que el transporte sea un contrato a favor de tercero, el destinatario, o que se trate de un supuesto de sucesión contractual previsto en el momento de concertar el transporte (art. 1.162 Cciv).

2.1.2. *Intermediarios*

Los principales intermediarios del transporte de mercancías son los siguientes:

- i) Las agencias de transporte, conocidas tradicionalmente como comisionistas del transporte, son las personas físicas o jurídicas cuya función consiste en intermediar en la contratación de transportes de mercancías, como organización auxiliar interpuesta entre los usuarios y los transportistas. En el ejercicio de su actividad las agencias podrán desarrollar todas las actuaciones previas de gestión, información, oferta y organización de cargas y servicios necesarios para llevar a cabo la contratación de los transportes (art. 120 LOTT).
- ii) Los transitarios son 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 (art. 121 LOTT).
- iii) Los almacenistas-distribuidores reciben en depósito en sus almacenes o locales mercancías o bienes ajenos, realizan en relación con los mismos las funciones de almacenaje, ruptura de cargas, u otras complementarias que resulten necesarias, y llevan a cabo o gestionan la distribución de los mismos, de acuerdo con las instrucciones de los depositantes. Pueden llevar a cabo la distribución de las mercancías con medios propios o contratando la realización del transporte con terceros porteadores en nombre propio (art. 123 LOTT).
- iv) Los operadores logísticos, que son empresas especializadas en organizar, gestionar y controlar, por cuenta ajena, las operaciones de aprovisionamiento, transporte, almacenaje o distribución de mercancías que precisan sus clientes en el desarrollo de su actividad empresarial. En el ejercicio de su función, el operador logístico podrá utilizar infraestructuras, tecnología y medios propios o ajenos (art. 122 LOTT).

Todos ellos deberán obtener una autorización administrativa de operador de transporte, que estará condicionada a que se acredite el cumplimiento de análogos

requisitos a los exigidos para la de transporte público de mercancías, con las adaptaciones que reglamentariamente se determinen. Esta autorización les habilitará para intermediar en la contratación de transportes tanto interiores como internacionales. Si bien, deberán contratar en nombre propio tanto con el demandante del servicio como con el transportista que vaya a realizarlo (art. 119 LOTT).

2.2. Elementos reales

2.2.1. *Caracterización*

El elemento real del contrato, que constituye su objeto, son cosas materiales, lo que excluye los bienes inmateriales. Puede tratarse de mercaderías concebidas en sentido amplio, por ejemplo, materias primas, productos manufacturados o semovientes y de efectos mercantiles, como títulos de crédito. Las mercancías pueden estar agrupadas en bultos y han de estar dispuestas en remesas. Se entiende por bulto cada unidad material de carga diferenciada que forman las mercancías objeto de transporte, con independencia de su volumen, dimensiones y contenido. Se considera un envío o remesa la mercancía que el cargador entregue simultáneamente al porteador para su transporte y entrega a un único destinatario, desde un único lugar de carga a un único lugar de destino.

2.2.2. *El transporte continuado*

El contrato de transporte puede tener por objeto un solo envío o una serie de ellos (art. 7 LCTTM). Cuando el porteador se obliga frente a un mismo cargador a realizar una pluralidad de envíos de forma sucesiva en el tiempo, el contrato de transporte es continuado. El número, frecuencia, características y destino de los envíos podrán determinarse en el momento de contratar o antes de su inicio (art. 8 LCTTM). Este contrato servirá de marco a las cartas de porte que hayan de emitirse para concretar los términos y condiciones de cada uno de los envíos a que diera lugar (art. 16.2 LCTTM).

Si las partes hubiesen acordado el pago periódico del precio del transporte y de los gastos relativos a los sucesivos envíos, dicho pago no será exigible hasta el vencimiento del plazo convenido (art. 39.2 LCTTM). Los contratos de transporte continuado que tengan un plazo de duración determinado se extinguirán por el transcurso del mismo, salvo prórroga o renovación. Si no se hubiera determinado plazo se entenderá que han sido pactados por tiempo indefinido. En este último caso, el contrato se extinguirá mediante la denuncia hecha de buena fe por cualquiera de las partes, que se notificará a la otra por escrito, o por cualquier otro medio que

permita acreditar la constancia de su recepción, con un plazo de antelación razonable, que en ningún caso podrá ser inferior a treinta días naturales (art. 43 LCTTM).

2.2.3. *El contrato de mudanza*

En atención a la especialidad de su objeto cabe destacar, como tipo específico de transporte, el contrato de mudanza. Por el contrato de mudanza el porteador se obliga a transportar mobiliario, ajuar doméstico, enseres y sus complementos procedentes o con destino a viviendas, locales de negocios o centros de trabajo, además de realizar las operaciones de carga, descarga y traslado de los objetos a transportar desde donde se encuentren hasta situarlos en la vivienda, local o centro de trabajo de destino. El resto de las operaciones, como la preparación, armado o desarmado, embalaje, desembalaje y otras complementarias quedarán comprendidas en el contrato, salvo que expresamente se pacte lo contrario (arts. 71 y 74 LCTTM). La LCTTM disciplina esta modalidad de transporte adaptando a sus especiales características las presunciones de exoneración y de limitación de la responsabilidad del porteador, así como el régimen de reservas. Este último no se aplicará cuando el destinatario sea un consumidor y el porteador no le haya informado por escrito, de forma clara y destacada, antes de la entrega, acerca de la forma y plazos en que deberá manifestar las reservas así como de las consecuencias de su ausencia (art. 77.2 LCTTM).

2.3. Elementos formales. La carta de porte

El transporte terrestre de mercancías es un contrato consensual, de manera que se perfecciona mediante el consentimiento de las partes, sin que requiera forma especial para su validez. La LCTTM prevé su formalización en un documento, que puede ser electrónico (art. 15 LCTTM), que recibe la denominación de carta de porte. La carta debe contener las menciones mínimas relacionadas en la LCTTM y en la legislación especial aplicable por razón de la naturaleza de la mercancía o por otras circunstancias (art. 10.1 y 5 LCTTM). Y puede incluir las cláusulas que las partes estimen conveniente (art. 10.2 LCTTM). La LCTTM prevé la emisión de una carta de porte para cada envío. Cuando el envío se distribuya en varios vehículos, el porteador o el cargador podrá exigir la emisión de una carta de porte por cada vehículo (art. 10. 3 y 4 LCTTM). En todo caso, se emitirá en tres ejemplares originales, que firmarán el cargador y el porteador. El primer ejemplar será entregado al cargador, el segundo viajará con las mercancías transportadas y el tercero quedará en poder del porteador (art. 11 LCTTM). El destinatario podrá exigir que la mercancía le sea entregada junto con el segundo ejemplar de la carta de porte. El porteador podrá compeler al destinatario a que le extienda en su ejemplar de la carta de porte, o en documento separado firmado por ambos, un recibo sobre las mercancías entregadas (art. 12 LCTTM).

Este documento desempeña una importante función probatoria no solo de la conclusión y del contenido del contrato, sino también de la recepción de las mercancías por el porteador y de su estado y embalaje, ya que se presume que lo especificado en ella coincide con la realidad, salvo prueba en contrario. De ahí la conveniencia de que el porteador incluya en la misma las reservas que considere oportunas (art. 14 LCTTM). Al tiempo, las indicaciones no especificados en ella se presumen no efectuadas (art. 24 LCTTM). A consecuencia de ello reviste una gran importancia, por lo que la LCTTM faculta a ambas partes para exigirse recíprocamente su formalización, autoriza a la parte requirente de esta a desistir del contrato en caso de que la otra no se avenga a efectuarla (arts. 10.6 LCTTM) y faculta al porteador a condicionar la realización del transporte a la aceptación por el cargador de las reservas que aquél formule en la carta de porte. La carta es además un título de tradición o representativo de las mercancías transportadas, por lo que es posible disponer de ellas transmitiendo todos los derechos sobre las mismas mediante la circulación del documento.

3. *Contenido*

3.1. El cargador

3.1.1. *Obligaciones del cargador*

3.1.1.1. La obligación de entrega de las mercancías

El cargador está obligado, en primer término, a entregar las mercancías al porteador en el lugar y en el tiempo pactados. Si no lo hace, indemnizará al porteador en cuantía equivalente al precio del transporte previsto, o bien le ofrecerá la realización de un transporte de similares características que se encuentre inmediatamente disponible. Si el cargador sólo entrega al porteador una parte de las mercancías deberá abonarle una indemnización igual al precio del transporte de la mercancía no entregada, o bien ofrecerle la inmediata realización de otro transporte de similares características al inicialmente convenido, sin perjuicio del pago del precio del transporte de esa parte, (art. 19 LCTTM).

Salvo que se haya pactado otra cosa, las mercancías deberán ser entregadas al porteador convenientemente acondicionadas para su transporte y embaladas. Los bultos que componen cada envío deberán estar claramente identificados y señalizados mediante los correspondientes signos, coincidiendo con la descripción de los mismos contenida en la carta de porte. En particular, deberán identificarse y señalizarse mediante las oportunas marcas o inscripciones que avisen del riesgo que la manipulación de las mercancías pueda entrañar para las personas o para

las propias mercancías. Si el cargador entrega al porteador mercancías peligrosas, habrá de especificar la naturaleza exacta del peligro que representan, indicándole las precauciones a tomar (art. 24 LCTTM).

Por consiguiente el cargador responde ante el porteador de los daños a personas, al material de transporte o a otras mercancías, así como de los gastos ocasionados por defectos en el embalaje de las mercancías, a menos que tales defectos sean manifiestos o ya conocidos por el porteador en el momento de hacerse cargo de las mercancías y no haya hecho las oportunas reservas (art. 21 LCTTM). Sin perjuicio de ello, el porteador podrá rechazar aquellos bultos que no estuvieren debidamente acondicionados, negándose, por ende, a realizar el transporte.

3.1.1.2. La entrega de la documentación

El cargador deberá poner a disposición del porteador la documentación relativa a la mercancía que sea necesaria para la realización del transporte y para la ejecución de todos aquellos trámites que el porteador haya de efectuar antes de proceder a la entrega en el punto de destino. A estos efectos, deberá suministrarle la información necesaria sobre la mercancía y los indicados trámites.

El porteador no está obligado a verificar si estos documentos o informaciones son exactos o suficientes (art. 23 LCTTM). Por tanto, el cargador responde ante el porteador de todos los daños que pudieran resultar de la ausencia, insuficiencia o irregularidad de los documentos e informaciones que debe suministrarle, salvo culpa de pérdida o mala utilización de la documentación por parte del porteador en que responderá este último. Sin embargo la indemnización a su cargo no excederá de la que correspondería en caso de pérdida de la mercancía (art. 23 LCTTM). En cualquier caso, el porteador podrá negarse a realizar el transporte de los bultos que no estuvieren acompañados de la documentación necesaria. Tampoco estará obligado a aceptar los bultos cuya naturaleza o características no coincida con la declarada por el porteador.

3.1.1.3. La carga y la estiba

Es también obligación del cargador realizar las operaciones de carga de las mercancías a bordo de los vehículos y las de estiba, salvo que expresamente se asuman estas operaciones por el porteador antes de la efectiva presentación del vehículo para su carga o descarga. En este caso soportará las consecuencias de los daños derivados de esas operaciones. Sin embargo, el porteador responderá de los daños sufridos por las mercancías debidos a una estiba inadecuada cuando tal operación se haya llevado a cabo por el cargador siguiendo las instrucciones del porteador.

Como excepción rige el principio contrario en los servicios de paquetería y cualesquiera otros similares que impliquen la recogida o reparto de envíos de mercancías consistentes en un reducido número de bultos que puedan ser fácilmente manipulados por una persona sin otra ayuda que las máquinas o herramientas que lleve a bordo el vehículo utilizado. En estas hipótesis las operaciones de carga y estiba, salvo que se pacte otra cosa, serán por cuenta del porteador (art. 20 LC-TTM). En cualquier caso, cuando el vehículo haya de esperar un plazo superior a dos horas hasta que se concluya su carga y estiba o desestiba y descarga, el porteador podrá exigir al cargador una indemnización en concepto de paralización, cuya cuantía mínima está prevista en la LCTTM (art. 22 LCTTM).

3.1.2. El derecho de disposición

El cargador ostenta el derecho de disposición o contraorden que consiste en la facultad de ordenar al porteador que detenga el transporte, que devuelva la mercancía a su origen o que la entregue en un lugar o a un destinatario diferente de los indicados en la carta de porte (art. 29.1 LCTTM). El ejercicio del derecho de disposición está subordinado a tres condiciones:

- i) El cargador debe presentar al porteador el primer ejemplar de la carta de porte, en el que constarán las nuevas instrucciones, y resarcirle de los gastos y daños que se ocasionen por la ejecución de tales instrucciones.
- ii) La ejecución de las nuevas instrucciones debe ser posible en el momento en que se comuniquen al porteador, sin dificultar la explotación normal de su empresa, ni perjudicar a cargadores o destinatarios de otros envíos. En caso contrario, el porteador deberá comunicar inmediatamente la imposibilidad de cumplir tales instrucciones a quien se las dio.
- iii) Las instrucciones no podrán tener como efecto la división del envío (art. 30.1 LCTTM).

El porteador que no ejecute las instrucciones que se le hayan dado en las condiciones anteriormente señaladas, o que las haya ejecutado sin haber exigido la presentación del primer ejemplar de la carta de porte, responderá de los perjuicios causados por este hecho (art. 30.2 LCTTM). El derecho del cargador se extingue cuando el segundo ejemplar de la carta de porte se entregue al destinatario o cuando éste reclame la entrega de la mercancía o haga uso de los derechos que le corresponden en caso de pérdida o retraso en la entrega. A partir de ese momento el porteador deberá someterse a las instrucciones del destinatario (art. 30.3 LCTTM). Además, el derecho puede atribuirse al destinatario si se pacta expresamente, pero si este lo ejercita ordenando entregar la mercancía a otra persona, ésta, a su vez, no puede designar un nuevo destinatario (art. 29.2 LCTTM).

3.2. El porteador

3.2.1. *Obligaciones del porteador*

3.2.1.1. El traslado de la mercancía

La primera obligación fundamental del porteador es la de conducir a destino las mercancías objeto de transporte (art. 28.2 LCTT). Como presupuesto para el cumplimiento de esta obligación, la LCTTM impone al porteador la obligación de poner a disposición del cargador el vehículo que se considerase adecuado atendiendo al tipo y circunstancias del transporte que haya de realizarse, de acuerdo con la información que le suministre el cargador (art. 17 LCTTM). Por tanto, es responsabilidad del porteador asegurar la idoneidad del vehículo. El porteador ha de poner el vehículo a disposición del cargador en el lugar y tiempo pactados. Si nada se pacta respecto a la hora, el porteador cumplirá su obligación poniendo el vehículo a disposición del cargador con antelación suficiente para que pueda ser cargado el día señalado. Se prevé no obstante en la ley las situaciones en las que no se ha fijado un plazo art. (18 LCTTM) así, como las consecuencias de haber puesto a disposición del cargador el vehículo, y sin mediar culpa del porteador, se hubiera demorado la carga o la descarga.

En cuanto al itinerario, salvo que se hubiese pactado uno concreto, el porteador habrá de conducir las mercancías por la ruta más adecuada atendiendo a las circunstancias de la operación y a las características de las mercancías (art. 28.2 LCTTM).

Como primera excepción al régimen anterior, el porteador no está obligado a continuar el transporte cuando no haya sido informado de la peligrosidad de las mercancías (art. 24.2 LCTTM). Asimismo el porteador dispone de particulares derechos cuando existan impedimentos al transporte (art. 31.1 LCTTM).

3.2.1.2. La entrega de las mercancías

La segunda obligación fundamental del porteador es la de entregar las mercancías al destinatario (art. 28.2 LCTT). Las mercancías deben ser entregadas al destinatario en el mismo estado en que se recibieron, sin pérdida ni menoscabo alguno, atendiendo a las condiciones y a la descripción de las mismas que resultan de la carta de porte (art. 34.1 LCTTM). Si el porteador y el destinatario no consiguen ponerse de acuerdo en torno al estado de las mercancías entregadas o a las causas que hayan motivado los daños, podrán disponer su reconocimiento por un perito designado a tal efecto por ellos mismos o por el órgano judicial o la Junta Arbitral del Transporte que corresponda (art. 34.2 LCTTM).

Las mercancías han de entregarse en el lugar y en el plazo previstos en el contrato. El plazo de entrega empieza a computarse en el momento de la recepción de las mercancías para su transporte (art. 33.4 LCTTM). En defecto de pacto, deberán ser entregadas dentro del término que razonablemente emplearía un porteador diligente en realizar el transporte, atendiendo a las circunstancias del caso (art. 33.1 LCTTM), pero siempre dentro del plazo de 30 días desde que el porteador hubiere recibido las mercancías ya que, transcurrido éste, se presumirán perdidas. En el transporte ferroviario, a falta de acuerdo, el plazo es el fijado en la LCTTM (art. 33.2 LCTTM).

No obstante, el plazo se prorrogará por el tiempo en que las mercancías estén paradas por causa no imputables al porteador, suspendiéndose el cómputo de dicho plazo los días festivos y los inhábiles para la circulación (art. 33.4 LCTTM).

Como en la compraventa, la obligación de entrega se cumple con la puesta a disposición. Por consiguiente, cuando no se realice la entrega debido a impedimentos imputables al destinatario, la LCTTM prevé un régimen especialmente contundente en beneficio del porteador. Concurriendo alguna de esas circunstancias, el porteador lo comunicará al cargador solicitándole instrucciones. A falta de instrucciones, o si dichas instrucciones no fueran impartidas por aquel en el plazo acordado por las partes, el porteador podrá proceder a la descarga de las mercancías. Con ese objeto goza de tres opciones (arts. 31.2 y 44.1 LCTTM): i) hacerse cargo de su custodia, en cuyo caso se mantendrá el régimen de responsabilidad del porteador; ii) entregar las mercancías en depósito a un tercero, supuesto en el que sólo responderá por negligente elección del depositario; o iii) solicitar la constitución del depósito ante el órgano judicial lo ante la Junta Arbitral de Transporte. En esta hipótesis el depósito surtirá los mismos efectos que la entrega, por lo que el transporte se considera terminado (art. 44.1 LCTTM).

Junto a estos derechos el porteador ostenta la facultad de solicitar ante el órgano judicial o la Junta Arbitral de Transporte competente la enajenación de las mercancías, sin esperar instrucciones del que tiene derecho sobre aquéllas, si así lo justifican su naturaleza perecedera o el estado en que se encuentren, o si los gastos de custodia son excesivos en relación con su valor. Cuando no se den tales circunstancias, el porteador sólo podrá solicitar la enajenación de las mercancías si, en un plazo razonable, no ha recibido de quien tiene el poder de disposición sobre aquéllas instrucciones en otro sentido cuya ejecución resulte proporcionada a las circunstancias del caso (arts. 44.2 LCTTM). El producto de su venta deberá ser puesto a disposición del que tiene derecho sobre ellas, una vez descontados los gastos causados y las obligaciones que deriven del contrato de transporte, incluyendo el pago del precio del transporte. Si estas cantidades fueran superiores al producto de la venta, el porteador podrá reclamar la diferencia (arts. 44.4 y 45 LCTTM).

En el supuesto de transporte de paquetería o similar en que no se haya realizado declaración de valor, el porteador que haya optado por descargar la mercancía

podrá entender abandonado el correspondiente envío si, transcurridos tres meses desde la fecha en que por primera vez intentó su entrega al destinatario, no ha recibido de quien tuviera el poder de disposición sobre aquél instrucciones al respecto. El abandono le autoriza a abrir e inspeccionar los bultos, ocuparlos y a proceder a la enajenación de las mercancías, aplicando el producto de la venta a cubrir el precio y los gastos del transporte y los gastos de almacenaje que se hubieran generado hasta ese momento. Si el valor venal de la mercancía fuera ínfimo, podrá destruirla y reclamar al cargador el importe total de lo debido por razón del transporte y del almacenaje. El abandono del envío por parte de quien tuviera el poder de disposición sobre el mismo no perjudicará al porteador quien, tanto en el caso de ocupación y enajenación, como en el de destrucción del envío, quedará libre de cualquier reclamación formulada por terceros que sostengan algún derecho sobre la mercancía (art. 44.3 LCTTM).

3.2.1.3. Obligaciones accesorias

El porteador únicamente debe recibir las mercancías que sean de recibo. No son de recibo y, por tanto, podrá rechazar, los bultos que se presenten mañ acondicionados o identificados para el transporte, que no vayan acompañados de la documentación necesaria o cuya naturaleza o características no coincidan con las declaradas por el cargador. Únicamente asume un deber de comprobación del estado aparente de las mercancías y de su embalaje, así como de la exactitud de las menciones de la carta de porte relativas al número y señales de los bultos, salvo, en este último supuesto, que carezca de medios adecuados para verificar la coincidencia, en cuyo caso lo hará constar justificadamente en la carta de porte (art. 25 LCTTM).

Se trata de un mero examen externo, pero tiene derecho a efectuar un examen de fondo, verificando el peso y las medidas de las mercancías, así como procediendo al registro de los bultos, cuando existan fundadas sospechas de falsedad en torno a la declaración del cargador. Si la declaración del cargador resulta cierta, los gastos derivados de estas actuaciones serán por cuenta del porteador y, en caso contrario, del cargador.

La segunda obligación accesoria es la de custodia. El porteador está obligado a guardar y conservar las mercancías objeto de transporte desde que las recibe en origen hasta que las entrega en destino (arts. 28 LCTT y 108 LNA), respondiendo, como veremos, de las pérdidas y averías que deriven del incumplimiento de dicha obligación. Si existiere un riesgo de pérdida o avería grave de la mercancía, el porteador deberá proceder inmediatamente a recabar instrucciones de aquél que ostente el derecho de disposición sobre ella. No obstante, podrá solicitar la venta de la mercancía ante el órgano judicial o la Junta Arbitral de Transporte, sin esperar instrucciones, cuando así lo justifique la naturaleza o el estado de la mercancía. El

producto de dicha venta quedará a disposición de quien corresponda, previa deducción del precio del transporte y de los gastos ocasionados (art. 32 LCTTM).

3.2.2. *La responsabilidad del porteador*

3.2.2.1. Caracterización

El porteador está sometido a un particular régimen de responsabilidad ante el incumplimiento de algunas de sus obligaciones. Dicho régimen tiene carácter imperativo, de modo que las cláusulas contractuales que pretendan reducirle o amoninarle serán ineficaces y se tendrán por no puestas (art. 46 LCTTM). Subjetivamente comprende no solo al porteador, sino también a los auxiliares a los que recurra para la ejecución del contrato de transporte, aunque no fueren sus dependientes (art. 47.3 LCTTM). El administrador de las infraestructuras ferroviarias se considera, a tales efectos, como auxiliar del porteador ferroviario (art. 47.4 LCTTM).

El régimen comprende tres estadios. En primer lugar, los presupuestos que generan la responsabilidad. En segundo lugar, la presunción de culpa y las causas de exoneración. Finalmente, la limitación de responsabilidad. No obstante, no se aplicará ninguna de las normas que excluyen, atenúan o limitan la responsabilidad del porteador o invierten la carga de la prueba, cuando el daño o perjuicio haya sido causado por él o por sus auxiliares, dependientes o independientes, con dolo o dolo eventual, esto es, con una infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido que produzca daños que, sin ser directamente queridos, sean consecuencia necesaria de la acción (art. 62 LCTTM).

3.2.2.2. Presupuestos

En lo atinente a los presupuestos, el porteador responde en tres hipótesis, bien frente al cargador, o bien frente al destinatario en cuanto beneficiario, en función de que éste haya reclamado las mercancías, una vez llegadas a su destino. Responde por la pérdida total o parcial de las mercancías y por las averías que sufran, desde el momento de su recepción para el transporte hasta el de su entrega en destino (art. 47.1 LCTTM). Se consideran también como mercancías los contenedores, bandejas de carga u otros medios similares de agrupación de mercancías utilizados en el transporte cuando hubiesen sido aportados por el cargador (art. 47.1 LCTTM). Por ello, el régimen de responsabilidad del porteador es igualmente aplicable respecto de estos elementos. Responde asimismo por los daños derivados del retraso en la ejecución del transporte (art. 47.1 LCTTM).

La LCTTM equipara a la pérdida total de la mercancía los siguientes hechos (art. 54 LCTTM):

- i) La falta de entrega de parte de las mercancías, cuando se acredite que las entregadas no pueden ser usadas sin las pérdidas.
- ii) La avería de las mercancías, cuando a consecuencia de éstas las mercancías resulten inútiles para su venta o consumo, atendiendo a la naturaleza y uso corriente de los objetos de que se trate.
- iii) La falta de entrega de la mercancía cuando hubiere transcurrido un plazo de 20 días desde la fecha establecida para ello o, en defecto de plazo para la entrega, a los 30 días desde que el porteador se hizo cargo de la mercancía.

No obstante, aquél que tuviere derecho sobre las mercancías y haya sido indemnizado por la pérdida, podrá pedir al porteador que le avise si las mercancías aparecen en el plazo de un año. De esta forma, si reaparecieren, el porteador habrá de avisarle y dispondrá, desde entonces, de un plazo de 30 días para exigir la entrega, previa restitución de la indemnización recibida y de las cantidades que debiere abonar al porteador, pero sin perjuicio de la responsabilidad que, por retraso, incumba al porteador. De no concurrir alguna de esas circunstancias, esto es, en defecto de petición de aviso o de instrucciones para la entrega o cuando la mercancía reaparezca después de un año contado desde el pago de la indemnización, el porteador dispondrá libremente de la mercancía (art. 59 LCTTM). Cualesquiera otros hechos que pudieren generar la responsabilidad del porteador por incumplimiento del contrato de transporte, no quedan sujetos a la regulación de la LCTTM, sino a las normas generales de la responsabilidad contractual (art. 47.2 LCTTM).

3.2.2.3. Presunción de culpa y causas de exoneración

La responsabilidad que instaura la LCTTM tiene carácter subjetivo, de modo que se basa en la culpa del porteador. Sin embargo, la LCTTM presume la concurrencia de dicha culpa. Por tanto, ante el acaecimiento de un hecho generador de responsabilidad se presume que sucedió por culpa del porteador.

En consecuencia, para eludir la responsabilidad ha de probar la inexistencia de culpa, lo que la LCTTM facilita al permitirle que acredite la concurrencia de las causas de exoneración que menciona. En concreto, la exoneración exige la prueba por el porteador de que la pérdida, la avería o el retraso en la entrega han sido ocasionados por los siguientes motivos (art. 48 LCTTM):

- i) Por culpa del cargador o del destinatario.
- ii) Por una instrucción de éstos no motivada por una acción negligente del porteador.
- iii) Por vicio propio de las mercancías.
- iv) Por circunstancias que el porteador no pudo evitar y cuyas consecuencias no pudo impedir, esto es, por hechos constitutivos de caso fortuito o

fuerza mayor. Entre ellos, sin embargo, no se incluyen los defectos de los vehículos empleados para el transporte.

Además, en los supuestos de pérdida o de avería, quedará asimismo exento si acredita que aquéllas son verosíblemente atribuibles a uno o varios de los riesgos señalados en la LCTTM, tales como el empleo de vehículos abiertos y no entoldados, cuando tal empleo haya sido convenido o sea acorde con la costumbre; la ausencia o deficiencia en el embalaje de mercancías; la manipulación, carga, estiba, desestiba o descarga realizadas, respectivamente, por el cargador o por el destinatario, o personas que actúen por cuenta de uno u otro; o la naturaleza de ciertas mercancías expuestas por causas inherentes a la misma a pérdida total o parcial o averías, debidas especialmente a rotura, moho, herrumbre, deterioro interno y espontáneo, merma, derrame, desecación o acción de la polilla y roedores (art. 49.1 LCTTM). Si el porteador alega y demuestra la concurrencia de alguno de estos riesgos particulares se presumirá que la pérdida o avería devinieron por efecto de dicho riesgo. De esta forma se invierte otra vez la carga de la prueba, esta vez a su favor, pues corresponde al reclamante acreditar que el daño no fue causado, en todo o en parte, por ninguno de tales riesgos (art. 49.1 LCTTM). Se acoge, pues, la clásica distinción entre causas privilegiadas y ordinarias de exoneración en atención a la existencia o no de facilidades probatorias.

3.2.2.4. Limitación de la responsabilidad

a) Caracterización

El porteador que deviene responsable de la pérdida o la avería, habrá de proceder a abonar al reclamante el importe de la correspondiente indemnización. La particularidad en este ámbito consiste en que su responsabilidad y, por ende, la indemnización, está limitada en dos aspectos. Por un lado, queda constreñida a los conceptos expresamente señalados en la LCTTM, en las cuantías igualmente determinadas en ella. Por otro, su importe no puede exceder de los límites previstos asimismo en la LCTTM. En efecto, la responsabilidad solo alcanza a los conceptos especificados en la LCTTM. No se resarcirá ningún otro daño o perjuicio (art. 58.3 LCTTM). En primer lugar, en caso de pérdida, total o parcial, la indemnización comprende, en primer término, el valor de la mercancía no entregada, es decir, el daño emergente, de modo que se excluye el lucro cesante. Por tanto, el porteador no ha de resarcir todo el daño causado, sino única y exclusivamente el daño directo sufrido en las mercancías. El valor que ha de tenerse en cuenta es el que tuvieran las mercancías no entregadas en el momento y lugar en que el porteador las recibió para su transporte –valor en origen– (art. 52 LCTTM). Dicho valor se determinará atendiendo al precio de mercado o, en su defecto, al valor de mercancías de su

misma naturaleza y calidad. En caso de que las mercancías hayan sido vendidas inmediatamente antes del transporte, se presumirá, salvo pacto en contrario, que su valor de mercado es el precio que aparece en la factura de venta, deducidos el precio y los demás costes del transporte que, en su caso, figuren en dicha factura (art. 55 LCTTM). El porteador deberá reintegrar también el precio del transporte y los demás gastos devengados con ocasión de éste, si le hubieran sido abonados previamente. Si la pérdida es parcial, se reintegrarán a prorrata. Reintegrará también los gastos de salvamento en que haya incurrido el cargador o destinatario, siempre que hayan sido razonables y proporcionados (art. 58.1 y 2 LCTTM).

En segundo término, en caso de avería, el porteador está obligado a indemnizar la pérdida de valor que experimenten las mercancías. La indemnización equivaldrá a la diferencia entre el valor de las mercancías en el momento y lugar en que el porteador las recibió para su transporte y el valor que esas mismas mercancías habrían tenido con las averías en idéntico tiempo y lugar (art. 53.1 LCTTM). Pero, en todo caso, la indemnización no podrá ser superior a la suma que correspondiere en caso de pérdida total, si las averías afectan a la totalidad de las mercancías (art. 53.2 LCTTM), o a la cantidad que correspondería en caso de pérdida de la parte depreciada, cuando las averías afecten sólo a una parte de las mercancías (art. 53.3 LCTTM). Además, habrá de proceder a reintegrar, proporcionalmente, el precio del transporte y los demás gastos devengados con ocasión del transporte, así como los gastos de salvamento en que haya incurrido el cargador o destinatario, siempre que hayan sido razonables y proporcionados (art. 58.1 y 2 LCTTM). Finalmente, en los supuestos de retraso en la entrega de la mercancía, la indemnización ascenderá al perjuicio causado por dicha demora que habrá de ser debidamente acreditado por el reclamante (art. 56 LCTTM).

Existe también una relevante limitación en lo atinente a la cuantía de la indemnización (art. 57 LCTTM), que no obstante, también presenta excepciones en una serie de casos tasados en la ley (art. 61 LCTTM).

Además, las partes del contrato de transporte podrán acordar el aumento del límite de indemnización previsto para pérdidas o averías.

3.2.2.5. Plazos y reservas

El destinatario asume la carga de denunciar los supuestos de responsabilidad en brevísimos plazos, formulando las oportunas reservas por escrito al porteador, al porteador efectivo o a sus auxiliares. En el caso de pérdidas o averías deberá oponerlas en el momento de la entrega, si son manifiestas, describiéndolas de forma general. En la hipótesis de averías y pérdidas no manifiestas, las reservas se formularán dentro de los siguientes siete días naturales a la entrega. Cuando no se formulen reservas se presumirá, salvo prueba en contrario, que las mercancías se entregaron

en el estado descrito en la carta de porte (art. 60.1 LCTTM). Por tanto, la ausencia de reservas no ocasiona la decadencia de la acción contra el porteador, sino simplemente la presunción de que las mercancías se entregaron en el estado descrito en la carta de porte, salvo prueba en contrario. Los plazos de prescripción de la acción se establecen con carácter imperativo en la LCTTM (arts. 78 y 79 LCTTM).

De otro lado, la reserva no será necesaria cuando el porteador y el destinatario hayan examinado la mercancía conjuntamente y estuvieran de acuerdo sobre su estado y las causas que lo motivan o, a falta de acuerdo, procedan al reconocimiento de las mercancías conforme a lo dispuesto para el derecho de examen del porteador (arts. 60.2 y 26.3 LCTTM).

Finalmente, el retraso tan sólo dará lugar a indemnización cuando se hayan dirigido reservas escritas al porteador en el plazo de veintiún días desde el siguiente al de la entrega de las mercancías al destinatario (art. 60.3 LCTTM).

3.2.3. *Derechos del porteador*

3.2.3.1. El cobro del precio

El principal derecho del porteador es percibir el precio del transporte. En defecto de pacto entre las partes sobre su fijación, el precio será el que resulte usual para el tipo de servicio de que se trate en el momento y lugar en el que el porteador haya de recibir las mercancías. En ningún caso se presumirá que el transporte es gratuito (art. 39 LCTTM). Si bien, la LCTTM ha dispuesto un sistema de revisión del precio del transporte por carretera en función de la variación del precio del gasóleo (art. 38 LCTTM). Cuando nada se haya pactado expresamente se entenderá que la obligación del pago del precio del transporte y demás gastos corresponde al cargador (art. 37.1 LCTTM), en cuyo caso el transporte es a portes pagados. Cuando se haya pactado que el pago del precio del transporte y de los gastos debe ser efectuado por el destinatario, el transporte es a portes debidos. En este supuesto, el destinatario asumirá dicha obligación al aceptar la entrega de las mercancías (art. 37.2 LCTTM). No obstante, el cargador responderá subsidiariamente si el destinatario no paga (art. 37.3 LCTTM). Con ello se busca poner fin a ciertos abusos cometidos en la práctica en perjuicio de los legítimos intereses del porteador.

De cualquier modo, salvo pacto expreso en otro sentido, el precio del transporte y los gastos exigibles en virtud de una operación de transporte deberán ser abonados una vez cumplida la obligación de transportar y puestas las mercancías a disposición del destinatario (art. 39.1 LCTTM). En la hipótesis de ejecución parcial del transporte, el porteador sólo podrá exigir el pago del precio y los gastos en proporción a la parte ejecutada, siempre que ésta reporte algún beneficio al deudor. No obstante, el porteador conservará su derecho al cobro íntegro cuando

la inejecución se haya debido a causas imputables al cargador o al destinatario (art. 39.2 LCTTM). Por otro lado, en los contratos de transporte continuado, si las partes hubiesen acordado el pago periódico del precio del transporte y de los gastos relativos a los sucesivos envíos, dicho pago no será exigible hasta el vencimiento del plazo convenido (art. 39.3 LCTTM).

3.2.3.2. El privilegio del porteador

En garantía del pago del precio y de los gastos el porteador tiene reconocidos determinados derechos que, por su particular relevancia, son calificados como privilegios. En efecto, si llegadas las mercancías a destino, el obligado no pague el precio u otros gastos ocasionados por el transporte, el porteador podrá negarse a entregar las mercancías a no ser que se le garantice el pago mediante caución suficiente (art. 40.1 LCTTM). Cuando el porteador retenga las mercancías, deberá solicitar al órgano judicial o a la Junta Arbitral de Transporte competente el depósito de aquéllas y la enajenación de las necesarias para cubrir el precio del transporte y los gastos causados, en el plazo máximo de diez días desde que se produjo el impago (art. 40.2 LCTTM). El producto de la venta de las mercancías enajenadas deberá ser puesto a disposición del que tiene derecho sobre ellas, una vez descontados los gastos causados y las obligaciones que deriven del contrato de transporte. Si esas cantidades fueran superiores al producto de la venta, el porteador podrá reclamar la diferencia (art. 45 LCTTM). En todo caso, el obligado al pago del transporte incurrirá en mora en el plazo de treinta días, en los términos previstos en la Ley 3/2004 de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (art. 41.1 LCTTM).

3.3. El destinatario. El deje de cuenta

El destinatario dispone adicionalmente del llamado deje de cuenta, que le permite rehusar fundadamente el recibo de las mercancías que pretende entregarle el porteador en los supuestos de pérdidas, averías o retraso en la entrega equiparables, según la LCTTM, a supuestos de pérdida total. En concreto, podrá rehusar hacerse cargo de las mercancías cuando le sea entregada tan sólo una parte de las que componen el envío y pruebe que no puede usarlas sin las no entregadas, cuando las averías provoquen la inutilidad de las mercancías para su venta o consumo, atendiendo a la naturaleza y uso corriente de los objetos de que se trate y cuando hayan transcurrido veinte días desde la fecha convenida para la entrega sin que ésta se haya efectuado o, a falta de plazo, cuando hubiesen transcurrido treinta días desde que el porteador se hizo cargo de las mercancías (art. 54 LCTTM). En estos casos, se aplicará el régimen indemnizatorio previsto para pérdidas totales.

III. TRANSPORTE DE PERSONAS

1. *Disciplina aplicable*

A pesar de su enorme importancia, el transporte de personas no está regulado de forma sistemática en normas de carácter jurídico privado, por lo que su régimen debe encontrarse en las puntuales referencias que hacen a él o al porteador las normas administrativas. En particular la LOTT y el ROTT, y la LSF y el RSF, para los transportes terrestres, y la LNA, para el aéreo. Es de destacar, además, que, aunque, los órganos administrativos en materia de transporte pueden ordenar, controlar, y en su caso sancionar, las actuaciones que, en relación con el transporte, realicen las agencias de viaje, el ejercicio de la actividad de agencia de viaje se rige por la normativa específica de turismo, lo que confiere a este sector normativo una adicional complejidad. No solo porque confluyen en su regulación normas de diferente extracción, sino porque las Comunidades Autónomas han venido asumiendo las competencias exclusivas en materia de ordenación del turismo en su ámbito territorial, aprobando, en consecuencia, sus respectivas normas sectoriales reguladoras de los diferentes servicios turísticos. En consecuencia este sector está regido en gran parte por disposiciones autonómicas, de aplicación territorial limitada. A ello debe añadirse la normativa sobre consumo, que incide a nivel general cuando el viajero sea consumidor, y, en particular, cuando se trate de los viajes combinados a que alude el TRLCU.

Ha de tenerse muy en cuenta la normativa comunitaria y la internacional. En el ámbito de la primera cabe reseñar el Reglamento (CE) núm 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera. Asimismo el Reglamento (CE) n° 1073/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen normas comunes de acceso al mercado internacional de los servicios de autocares y autobuses y el Reglamento UE 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2011 sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar. Asimismo, la Directiva 2012/34/UE del Parlamento y del Consejo, de 21 de noviembre de 2012, por la que se establece un espacio ferroviario europeo único, modificada por la Directiva 2016/2370, de 14 de diciembre.

La transposición de la Directiva (UE) 2016/2370, de 14 de diciembre de 2016, del Parlamento europeo y del Consejo, exigía algunas modificaciones inmediatas de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario que se han llevado a cabo a través del Real Decreto-Ley 33/2018, de 21 de diciembre de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados.

Sin embargo, es el transporte aéreo donde dicha normativa reviste mayor alcance. En especial, tratándose de la responsabilidad del porteador, cuestión a la

que aluden el Reglamento (CE) n° 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen 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. Destacan asimismo el Reglamento (CE) 785/2004 relativo a los requisitos de seguro de las compañías aéreas y operadores aéreos o el Reglamento (CE) 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.

2. *Concepto*

El transporte de personas puede definirse como el contrato por el que una de las partes, denominada transportista, se obliga a trasladar a la otra, denominada viajero, de un lugar a otro, en las condiciones previamente pactadas, incólume y de forma segura, a cambio de un precio.

3. *Elementos*

3.1. Elementos personales

3.1.1. *Elementos principales*

En comparación con el transporte de cosas, en el de personas, se produce una simplificación de los elementos personales del contrato, que son, de un lado, el viajero, y, de otro, el porteador. El viajero es quien contrata en nombre propio con el porteador su traslado de un lugar a otro y, al tiempo, la persona trasladada en ejecución del contrato de transporte. En el transporte aéreo se le denomina pasajero en razón del contrato de pasaje que le une con el porteador en este tipo de transporte.

El porteador o transportista es quien asume frente al viajero la obligación de realizar el transporte en nombre propio. Como regla general, el ejercicio de esta actividad exige la posesión de una licencia o autorización para la realización de la clase de transporte de que se trate, expedida por el órgano competente (arts. 42 LOTT, 49 LSF, 3 Reglamento (CE) 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 obstante, la prestación de aquellas modalidades de transporte de viajeros por carretera que tengan atribuido el carácter de servicio público de titularidad de la Administración sólo podrá ser contratada en concepto de porteador por el contratista a quien el órgano competente hubiese adjudicado su gestión o, en su caso, por el ente, organismo o entidad que la Administración competente haya

creado para la gestión o coordinación de esa clase de servicios (art. 22.2 LOTT). Por consiguiente, excepto cuando la Administración opte por la gestión directa, la prestación se realizará por la empresa, titular de una autorización de transporte público de viajeros, a la que se adjudique el correspondiente contrato de gestión. Tienen el carácter de servicios públicos de titularidad de la Administración los transportes públicos regulares de viajeros de uso general (art. 71 LOTT). Se consideran transportes regulares los que se efectúan dentro de itinerarios preestablecidos, y con sujeción a calendarios y horarios prefijados (art. 64.1 LOTT). Son transportes públicos regulares de uso general los que van dirigidos a satisfacer una demanda general, siendo utilizables por cualquier interesado (art. 67 LOTT). Son transportes públicos regulares de uso especial los que están destinados a servir, exclusivamente, a un grupo específico de usuarios tales como escolares, trabajadores, militares, o grupos homogéneos similares (art. 67 LOTT). Frente a los transportes regulares, los discrecionales son los que se llevan a cabo sin sujeción a itinerario, calendario ni horario preestablecido (art. 64.1 LOTT).

El servicio de transporte ferroviario de viajeros interior de ámbito nacional se presta por la entidad pública empresarial Renfe-Operadora. Al respecto debe tenerse en cuenta que el articulado de la LSF se encuentra matizado por la normativa transitoria. La LSF prevé que el servicio de transporte se prestará por empresas ferroviarias, que habrán de obtener una previa licencia, única para toda la Red Ferroviaria de Interés General, otorgada por la Agencia Estatal de Seguridad Ferroviaria (arts. 48 y ss. LSF). Sin embargo la DT 1ª LSF, que estará en vigor hasta que, de conformidad con la legislación comunitaria, se acuerde la plena apertura del mercado del transporte ferroviario interior de viajeros, dibuja un panorama algo distinto. La DT señala que el proceso de liberalización de estos servicios se realizará de manera paulatina, con el fin de garantizar la prestación de los servicios, la seguridad y la ordenación del sector. Durante este régimen transitorio, los servicios en cuestión serán prestados por aquellas empresas ferroviarias establecidas en España que obtengan el título habilitante.

Con todo, estas normas transitorias no se aplican al transporte de viajeros con finalidad turística ni al transporte internacional de viajeros, que ya se encontraban liberalizados, ni a los servicios de transporte sujetos a obligaciones de servicio público.

Tampoco se aplica a los transportes internacionales (DA 4ª LSF). Por servicio internacional de transporte de viajeros, el servicio de transporte de viajeros en el que el tren cruce al menos una vez la frontera de España y cuyo principal objeto sea transportar viajeros entre estaciones de transporte de viajeros situadas en Estados miembros distintos. Ni se aplica a los servicios prestados en régimen de obligación de servicio público, abiertos a la competencia en el mercado según un régimen *sui generis* (DT 1ª y art. 59 LSF).

Finalmente, están autorizadas a prestar servicios de transporte aéreo las compañías aéreas que hayan obtenido la correspondiente licencia de explotación por la autoridad competente de cualquiera de los Estados de la Unión Europea [art. 3 Reglamento (CE) 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].

3.1.2. *Agencias de viaje*

3.1.2.1. Caracterización y normativa aplicable

Las agencias de viaje pueden ser personas físicas o jurídicas, sin que se requiera ningún tipo de licencia previa de instalaciones, de funcionamiento o de actividad, ni otras de clase similar o análogas que sujeten a previa autorización el ejercicio de la actividad comercial a desarrollar o la posibilidad misma de la apertura del establecimiento correspondiente (Ley 2/2011 de Economía Sostenible y Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios). Dichas licencias son sustituidas por declaraciones responsables o por comunicaciones previas a la administración autonómica competente del ejercicio de la actividad, cese o modificación de la misma (art. 69 LPAC). La declaración responsable y la comunicación previa se diferencian por su contenido. La comunicación es una mera aportación de datos, mientras que en la declaración responsable se suple la entrega de documentos que acrediten determinados requisitos o condiciones por la declaración de que los mismos se cumplen y, quien así lo hace, asume la responsabilidad de la veracidad de su declaración. La opción por una u otra técnica dependerá del tipo de actividad, pero ambos sistemas pueden aplicarse conjuntamente. No obstante, se mantiene la necesidad de su inscripción en el Registro Administrativo correspondiente, el control público posterior del ejercicio de las actividades y la obligación de prestar fianza.

Aunque ciertos preceptos empleen en ocasiones el término intermediación, las agencias de viaje no son mediadores en sentido jurídico. Con carácter general tampoco pueden ser consideradas estrictamente agentes, ni, por ende, les resulta de aplicación la Ley de agencia. En realidad las agencias suelen actuar como comisionistas, bien en nombre del proveedor del servicio, bien en nombre propio. Están mencionadas en la LOTT y en el ROTT. Pero la regulación de las mismas se encuentra en disposiciones específicas regidas por la normativa de turismo de índole autonómica. La Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifican la LOTT y la Ley de Seguridad Aérea establece que la intervención de agencias de viajes y otros intermediarios en la contratación de cualesquiera modalidades de transporte de viajeros se regirá por la legislación específica de turismo (art. 22.2 LOTT). Al tiempo que priva a las agencias de viaje de la exclusividad, que disfrutaban con anterioridad, en la prestación de este tipo de servicios, liberalizando plenamente la intermediación en la contrata-

ción de transportes de viajeros. La LOTT, en efecto, habilita a todos los titulares de una autorización de transporte público de viajeros para intermediar libremente en la contratación de esta modalidad de transporte (art. 99 LOTT). En consecuencia este sector está regido en su mayor parte por disposiciones autonómicas, de aplicación territorial limitada. A ello debe añadirse la normativa sobre consumo, que incide a nivel general cuando el viajero sea consumidor, y, en particular, cuando se trate de los viajes combinados a que alude el TRLCU.

3.1.2.2. Actividades y formas de actuación

Salvando, el sector de los viajes combinados, las actividades encomendadas a las agencias de viaje varían según la normativa autonómica de la que se trate. En general, suelen referirse a las siguientes:

- i) Organización y contratación de viajes combinados y otros transportes turísticos. El TRLCU y los diferentes textos autonómicos confieren en exclusiva a las agencias de viaje la organización y venta de los viajes combinados regulados en el TRLCU, reservando incluso la denominación de agencia de viaje para quien desempeñe tales actividades. La disciplina que contiene el TRLCU excluye de la relación a los transportistas y al resto de proveedores de servicios, contra quienes podrá dirigirse únicamente la agencia, lo que presupone que esta actúa en nombre propio. De otro lado, la LOTT entiende por transporte turísticos, además de aquellos que se realicen en el marco de la ejecución de un viaje combinado ofertado y contratado de conformidad con la legislación sobre defensa de los consumidores y usuarios en relación con esta clase de viajes, aquellos otros que, sin tener una duración superior a las 24 horas y sin incluir una pernoctación, se oferten a través de agencias de viajes, u otros intermediarios reconocidos por la legislación específica de turismo, y se presten conjuntamente con otros servicios complementarios de naturaleza turística, tales como los de manutención, guía turístico o similar (art. 110 LOTT). A este tipo de servicios suelen referirse las normas autonómicas con la denominación de «Programas o excursiones de un Día».
- ii) Servicios sueltos. Con esta particular denominación las normas autonómicas se refieren a la prestación por parte de la agencia de viajes de algún servicio aislado de un viaje o estancia. En particular aluden a la mediación en la venta de billetes o reserva de plazas en toda clase de medios de transporte, así como a la reserva de habitaciones y servicios en las empresas turísticas y, particularmente, en los establecimientos de alojamiento turístico. Aunque de la normativa autonómica parece deducirse otra cosa, en estos supuestos las agencias suelen actuar como comisionistas

por cuenta ajena, contratando en nombre del transportista o empresario hotelero a cambio de una comisión. Pueden también añadir un recargo por gastos de gestión derivados de la operación a abonar por el cliente.

3.1.2.3. Clases

Las agencias pueden ser de dos clases. Mayoristas, que son aquellas que proyectan, elaboran y organizan toda clase de servicios turísticos para su ofrecimiento a las agencias minoristas, no estando habilitadas para ofrecer sus productos directamente al usuario o consumidor. Y minoristas, que, o bien comercializan el producto de las agencias mayoristas vendiéndolo directamente al usuario o consumidor, o bien proyectan, elaboran, organizan y/o venden toda clase de servicios turísticos directamente al usuario, no pudiendo ofrecer sus productos a otras agencias de viajes. Pero no se entienden incluidas en esta limitación las funciones de las agencias de viajes minoristas en su calidad de representantes de las agencias de viajes extranjeras, así como tampoco la posibilidad de practicar en su plenitud la función receptiva. Pueden ser también mayoristas-minoristas, que son aquellas que simultanean las actividades de los dos grupos anteriores.

3.2. Elementos reales

El objeto del contrato se identifica, en cierta medida, con el sujeto ya que, normalmente, es la persona que contrata la que debe ser transportada de un lugar a otro. Junto al viajero o pasajero, puede constituir también objeto del contrato el equipaje. En atención a la custodia y responsabilidad sobre el mismo suele distinguirse entre el equipaje de mano y el equipaje facturado. En sentido estricto se entiende por equipaje únicamente el facturado, esto es, cualquier objeto o conjunto de objetos que, a petición del viajero, acompañen a éste durante el viaje a bordo de la bodega, la baca o remolque del mismo vehículo. Por equipaje o bulto de mano se entiende todo objeto que el viajero lleve consigo durante el viaje a bordo del habitáculo del vehículo, incluyendo los objetos destinados al abrigo, adorno o uso personal (arts. 23 III y IV LOTT y 97 LNA).

3.3. Elementos formales

El transporte de personas es un contrato consensual, de modo que se perfecciona por el simple consentimiento. No obstante, suele expedirse un documento denominado billete, que constituye el elemento formal del contrato, sustituyendo por tanto a la carta de porte, propia del transporte de cosas (art. 87 RSF). En el transporte terrestre el billete puede emitirse al portador, de tal forma que se considerará como persona

que ha contratado el transporte aquella que se presente con el billete en el momento de comenzar el viaje o que lo adquiera al acceder al mismo. Se trata de un título de legitimación puesto que su posesión confiere el derecho a exigir el cumplimiento de la prestación. Por el contrario, el billete de pasaje aéreo es un documento nominativo e intransferible, cuyo contenido está determinado en la LNA (arts. 92 y 93 LNA).

4. Contenido

4.1. Determinación del contenido y contratos-tipo

El contenido de este tipo de contratos está determinado en contratos tipo y condiciones generales de la contratación. En el caso del transporte terrestre, se establecen por el Ministerio de Fomento (arts. 40.2 y 41.1 LOTT y 58.3 62.2 LSF).

Estos contratos serán aplicables en forma subsidiaria o supletoria a lo que libremente pacten las partes en los correspondientes contratos singulares cuando se refieran a contratos de transportes de viajeros en ferrocarril o autobús contratados por coche completo, pero se aplicarán con carácter imperativo en los transportes de viajeros por carretera en vehículos de turismo, así como en los transportes en autobús o por ferrocarril con contratación por asiento. Además los portadores podrán ofrecer a los usuarios condiciones más favorables a las establecidas en los contratos-tipo, teniendo en este caso, estas últimas, el carácter de condiciones mínimas (DF 3ª LCTTM).

En el transporte aéreo se utilizan las condiciones generales aprobadas por la Asociación Internacional de Transporte Aéreo (IATA), que es la asociación comercial mundial de las líneas aéreas, que están sometidas al control general, incluyendo, en su caso, el relativo a las cláusulas abusivas.

4.2. Obligaciones del viajero

La obligación esencial del viajero es pagar el precio del transporte. De modo general, los distintos precios se establecen mediante tarifas determinadas por el transportista con sujeción al Derecho privado. No obstante, ciertos tipos de transporte están sujetos a tarifas fijas o máximas determinadas por la Administración competente (arts. 18 LOTT, 62.1 LSF). Sucede esto, por ejemplo, en los transportes públicos regulares de viajeros de uso general por carretera (art. 28 ROTT) o en los transportes por ferrocarril sometidos a obligaciones de servicio público (art. 62.1 LSF).

Junto a esta obligación esencial, el viajero asume dos deberes:

- i) Ha de presentarse en el lugar y el momento pactados para la realización del viaje. Se trata de un deber de colaboración necesario para que pueda

- cumplirse el contrato por el transportista, por lo que su incumplimiento exonerará de responsabilidad a este y le dará derecho a reclamar los daños y perjuicios en la cuantía correspondiente al importe del billete. Las condiciones generales de los contratos suelen contener, por otra parte, una referencia expresa a los supuestos de cancelación del viaje por parte del viajero, lo que le hace perder un porcentaje del precio del billete variable en función de la antelación con la que se solicite la anulación, llegando, en su caso, a la pérdida total del importe. Esta consecuencia está prevista expresamente para los transportes aéreos (art. 95 LNA y RD 2047/1981 de 20 de agosto, por el que se establecen normas a seguir en caso de cancelación de plazas y reembolso de billetes en el transporte aéreo) y en los viajes combinados.
- ii) Está obligado también a ocupar la plaza que le corresponda en función de su billete y a comportarse en atención a unas normas mínimas de educación, salubridad y seguridad, por lo que no puede realizar actividades susceptibles de perturbar a los demás usuarios o al medio de transporte, o actividades peligrosas o insalubres, debiendo, además, cuidar de su propia seguridad. En los transportes terrestres por ferrocarril, el incumplimiento de estas obligaciones autoriza al transportista a excluir al viajero del vehículo, reteniendo el importe del billete (art. 90 RSF).

4.3. Obligaciones del transportista

La obligación fundamental que asume el transportista es la de trasladar al viajero incólume hasta el lugar de destino, en las condiciones de seguridad, confort y rapidez pactadas o que resulten usuales, lo que incluye, entre otros, los deberes de asignarle un asiento, ofrecerle la manutención pactada, no hacer escalas fuera de lo anunciado, etc.. Esta obligación comprende la de proporcionar seguridad al viajero, por lo que no es suficiente con que este llegue a su destino, sino que habrá de llegar sin haber sufrido ninguna lesión ni menoscabo a su integridad. En otro caso se desata su responsabilidad en los términos que veremos más adelante.

Obligación accesoria de esta es la de admitir al pasajero. No obstante, en determinados casos relacionados en general con el cumplimiento por el pasajero de las normas de educación, seguridad y salubridad, el porteador podrá no admitirle sin que de ello derive responsabilidad alguna [arts. 76.2 ROTT, 90 RSF y 96 LNA]. En caso de navegación aérea, si se deniega el embarque a los pasajeros contra la voluntad de éstos, el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo deberá compensarles inmediatamente y prestarles asistencia en los términos previstos en el Reglamento (CE) n° 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero, por el que se establecen 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.

De modo usual, el transportista contrae la obligación adicional de trasladar el equipaje en la misma expedición, en cuyo caso ha de entregar el facturado por el viajero una vez llegados al lugar de destino, normalmente contra la entrega del talón de equipaje. Aunque la LNA consagra la obligación del transportista de transportar, juntamente con los viajeros y dentro del precio del billete, el equipaje, con los límites de peso y volumen que fijen los Reglamentos, pudiendo ser objeto de estipulación especial solo el exceso (art. 97 LNA), tal disposición debe entenderse derogada por el Reglamento (CE) 1008/2008 (art. 22.1) de conformidad con la STJUE de 18 septiembre 2014. El artículo 22.1 del Reglamento dispone que, salvo que se trate de transportes sometidos a la obligación de servicio público, las compañías aéreas de la Unión y, sobre la base del principio de reciprocidad, las de terceros países, fijarán libremente las tarifas y fletes de los servicios aéreos intracomunitarios.

En cualquier caso, los viajeros que se desplacen en aeronaves, transportes públicos por carretera, por ferrocarril o por cable deberán estar cubiertos por el seguro obligatorio de viajeros, de manera que el transportista asume la obligación legal de suscribir dicho seguro. Además, deberá concertar un seguro de responsabilidad civil adicional para los daños sufridos por los viajeros en los transportes públicos que no se encuentren cubiertos por el seguro obligatorio, cuando así se establezca para ese tipo específico de transporte o en la legislación sobre seguros (arts. 21 LOTT, 53 LSF y 127 LNA). En el ámbito de la navegación aérea ha de tenerse en cuenta el Reglamento (CE) 785/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los requisitos de seguro de las compañías aéreas y operadores aéreos.

4.4. La responsabilidad del transportista

4.4.1. *Transporte terrestre*

4.4.1.1. Transporte ferroviario

Tratándose del transporte ferroviario, la responsabilidad del transportista se determina de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento CE 1371/2007 del Parlamento Europeo y de Consejo de 23 de octubre de 2007, sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril (art. 23.6 LOTT). La norma contempla los presupuestos que generan la responsabilidad y la limitación de la misma en ciertos casos. Entre los presupuestos objetivos destaca la restricción de las conductas generadoras de la responsabilidad. En particular, el transportista responde cuando no efectúa el transporte en las condiciones pactadas en lo relativo al plazo, bien porque cancele o interrumpa el viaje, o se retrase este; bien porque se ocasionen daños al viajero o al equipaje.

Subjetivamente insta una responsabilidad por culpa. No obstante, la disciplina de este presupuesto difiere según se trate de incumplimientos relativos al plazo de ejecución del transporte, a daños ocasionados en la integridad física o mental del viajero o en el equipaje facturado y a los producidos en el equipaje de mano. En los tres primeros supuestos, la normativa presume la concurrencia de culpa en el transportista. Por tanto, ante el acaecimiento del hecho generador de responsabilidad se presume que sucedió por culpa del porteador. En consecuencia, para eludir la responsabilidad ha de probar la inexistencia de culpa, lo que únicamente puede hacer acreditando la concurrencia de alguna de las causas de exoneración relacionadas en la normativa. En concreto, por lo que respecta a incumplimientos relativos al plazo de ejecución o a daños a la integridad de los viajeros, la exoneración exige la prueba por el porteador de que ambos sucesos acaecieron por: i) circunstancias ajenas a la explotación ferroviaria que el transportista, a pesar de la diligencia requerida por las particularidades del caso, no haya podido evitar y cuyas consecuencias no haya podido obviar; ii) culpa del viajero, o iii) el comportamiento de terceros que el transportista, a pesar de la diligencia requerida por las particularidades del caso, no haya podido evitar y cuyas consecuencias no haya podido obviar.

Si la responsabilidad deriva de daños ocasionados en el equipaje facturado, el sistema es similar al que rige en materia de transporte de mercaderías. Se distinguen los supuestos de exoneración cuya concurrencia debe acreditar el porteador, consistentes en la culpa del viajero, una orden dada por este que no sea resultado de una falta del transportista, un vicio propio de los equipajes facturados o circunstancias que el transportista no haya podido evitar y cuyas consecuencias no haya podido obviar. Y junto a ellos los supuestos de exoneración derivados de riesgos particulares inherentes a cualquiera de los hechos señalados en la norma (falta o defecto de embalaje, naturaleza especial de los equipajes o expedición como equipajes de objetos excluidos del transporte). Si el porteador alega y demuestra la concurrencia de alguno de estos riesgos particulares se presumirá que la pérdida o avería devinieron por efecto de dicho riesgo. De esta forma se invierte otra vez la carga de la prueba, esta vez a su favor, pues corresponde al reclamante acreditar que el daño no fue causado, en todo o en parte, por ninguno de tales riesgos. El sistema cambia tratándose de daños ocasionados al equipaje de mano. En estos casos, salvo muerte o lesiones del viajero, el transportista sólo será responsable del daño resultante de la pérdida total o parcial o de la avería o daños que pudieran sufrir estos objetos cuando se acredite que el daño ha sido causado por culpa del transportista.

La responsabilidad del transportista está limitada en las hipótesis de incumplimientos del plazo de ejecución y en las de daños ocasionados en el equipaje. En lo relativo al incumplimiento del plazo de ejecución, la cancelación del viaje obliga al transportista a devolver el precio pagado por el servicio y, según el lapso de tiempo en que se produzca esta, si es inmediatamente anterior a la salida, también a abonar

una indemnización consistente en el doble del importe del título de transporte. El retraso en los tiempos fijados en la normativa obliga al transportista a devolver los porcentajes del precio del billete allí fijados en relación con el tiempo del retraso [arts. 89.2 a) a c) RSF y 16 Reglamento CE 1371/2007]. La limitación de la responsabilidad en materia de daños, pérdidas o averías que sufran los equipajes que hubieran sido facturados, se fija en atención una cuantía fija por kilogramo bruto que falte o se dañe, hasta la cantidad máxima de 600 euros por viajero [art. 89.2 d) RSF].

4.4.1.2. Transporte por carretera

La disciplina relativa a los transportes por carretera es menos exhaustiva y sistemática que la anterior. La responsabilidad por cancelaciones o retrasos está prevista en el Reglamento UE 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2011 sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar que, como regla general, se aplica a los viajeros que utilicen servicios regulares para viajeros de categoría indeterminada cuyo punto de embarque o desembarque esté situado en el territorio de un Estado miembro y cuya distancia programada sea igual o superior a 250 kilómetros. El Reglamento equipara la responsabilidad por cancelaciones y retrasos superiores al tiempo que fija, limitándola al reintegro del precio del billete, a lo que puede añadirse una indemnización adicional que ascenderá al 50% del precio del billete si el transportista no ofrece al viajero la posibilidad de elegir entre el reembolso, un servicio de vuelta gratuito al punto de partida o la continuación o recorrido alternativo hasta el destino final sin coste adicional (art. 19 RUE 181/2011). Este mismo Reglamento señala que el límite máximo establecido por el Derecho nacional a la indemnización por fallecimiento o lesiones personales para cada ocasión no será inferior a 220.000 EUR por viajero (arts. 7 y 8 RUE 181/2011).

De otro lado, la responsabilidad por los daños ocasionados en el equipaje facturado está limitada a 1.200 euros por pieza de equipaje, en el caso de transportes incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento UE 181/2011. En cualquier otro supuesto, la responsabilidad por los daños o pérdidas que sufran los equipajes estará limitada a 450 euros por pieza (art. 23 I y II LOTT). Por el contrario, la vigilancia de los bultos de mano corresponderá al viajero al que acompañan y, en consecuencia, serán de su cuenta los daños que éstos puedan sufrir mientras se encuentren a bordo del vehículo, salvo que pruebe la responsabilidad de la empresa transportista, en cuyo caso serán de aplicación las limitaciones anteriormente previstas en relación con los equipajes. En todo caso, se considerará responsable a la empresa transportista de la posible pérdida o deterioro de los bultos de mano ocurrida en algún momento en que, con ocasión de una parada, todos los ocupantes hubieran abandonado el vehículo sin que, inmediatamente después, el conductor hubiera cerrado las puertas de acceso al mismo (arts. 23 IV LOTT, 3.2 ROTT).

Con todo, hay datos para afirmar que los presupuestos de la responsabilidad en este tipo de transporte no difieren en esencia de los señalados al tratar del transporte ferroviario.

4.4.2. *Transporte aéreo*

4.4.2.1. Normativa aplicable

En el ámbito de la navegación aérea se produce una situación bastante particular. Por un lado, rige formalmente la LNA. Por otro, sin embargo, sus normas tienen una incidencia meramente secundaria ya que la normativa comunitaria ordena la aplicación del Convenio de Montreal a todo transporte aéreo de pasajeros y equipajes siempre que, aun no siendo internacional en los términos definidos por el propio Convenio, se lleve a cabo por compañías aéreas comunitarias. Dicha normativa está constituida fundamentalmente por el Reglamento (CE) n° 2027/1997, sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, haciendo extensiva la aplicación de dichas disposiciones al transporte aéreo en el interior de un Estado miembro. Por tanto, en el ámbito concreto de la responsabilidad del transportista, no hay distinción entre el transporte nacional y el transporte internacional, ya que el régimen jurídico de ambos es, sustancialmente, común.

4.4.2.2. Presupuestos y limitaciones

El sistema distingue entre la responsabilidad por daños corporales, la que deriva de los daños ocasionados en el equipaje y la ocasionada por el retraso.

En los daños corporales existe un doble nivel. En el primero la responsabilidad de la Compañía es objetiva, de modo que surge aún en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, por la sola razón de que el accidente que causó la muerte o lesión se haya producido a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque. Esta responsabilidad se limita en los términos determinados normativamente. Por encima de esos límites, la responsabilidad es por culpa presunta, de modo que la Compañía podrá exonerarse si demuestra que el daño no se debió su negligencia o a otra acción u omisión indebida, de ella o sus dependientes o agentes, o que se debió únicamente a la negligencia o a otra acción u omisión indebida de un tercero.

Por la destrucción, pérdida o avería del equipaje facturado, la Compañía responde en virtud del sistema de la culpa presunta, por la sola razón de que el hecho que causó la destrucción, pérdida o avería se haya producido a bordo de la aeronave o durante cualquier período en que el equipaje facturado se hallase bajo la custodia

del transportista. Solo podrá exonerarse acreditando que el daño es consecuencia de la naturaleza, o de un defecto o vicio propio del equipaje o de la negligencia u otra acción u omisión indebida de la persona que pide indemnización. El recibo del equipaje facturado constituirá presunción de que el mismo ha sido entregado en buen estado y de conformidad con el documento de transporte, salvo prueba en contrario.

La cuantía de la indemnización se limita normativamente, a menos que el pasajero haya hecho al transportista una declaración especial del valor de la entrega de éste en el lugar de destino al entregarle el equipaje facturado y haya pagado una suma suplementaria, si hay lugar a ello. En este caso, el transportista estará obligado a pagar una suma que no excederá del importe de la suma declarada, a menos que pruebe que este importe es superior al valor real de la entrega en el lugar de destino para el pasajero. Se excluye asimismo la limitación de la responsabilidad si se prueba que el daño es el resultado de una acción u omisión del transportista o de sus dependientes o agentes, que actúen en el ejercicio de sus funciones, con dolo o dolo eventual, esto es, con intención de causar daño, o con temeridad y sabiendo que probablemente causaría daño. En el caso de equipaje no facturado, incluyendo los objetos personales, el transportista es responsable si el daño se debe a su culpa o a la de sus dependientes o agentes. No obstante, la subsistencia de estas acciones frente al transportista está condicionada a que el pasajero presente una protesta por escrito en los plazos normativamente previstos. La falta de protesta dentro de los plazos establecidos excluye todas las acciones contra el transportista, salvo en el caso de fraude. Por otra parte, el derecho a indemnización se extingue por el transcurso del plazo de dos años, contados a partir de la fecha de llegada a destino, del día en que la aeronave debería haber llegado o del de la detención del transporte.

Finalmente, la Compañía responde del daño ocasionado en razón de retrasos por culpa presunta, de modo que puede exonerarse acreditando que ella y sus dependientes y agentes adoptaron todas las medidas que eran razonablemente necesarias para evitar el daño o que les fue imposible, a uno y a otros, adoptar dichas medidas. Se trata también de una responsabilidad cuya cuantía está limitada. No obstante, si el retraso excede del tiempo fijado en el Reglamento 261/2004, el pasajero puede optar entre la conducción hasta el destino final en condiciones de transporte comparables o el reembolso del precio del billete en la proporción que corresponda y un vuelo de vuelta al punto de partida lo más rápidamente posible (arts. 6 y 8 RCE 261/2004). Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que las medidas prevista en el RCE 261/2004 tratan de compensar la pérdida de tiempo inherente al retraso de un vuelo concebida como una «molestia» y no como un «daño» que exija indemnización de conformidad con el Convenio de Montreal. Este razonamiento se basa en la conclusión de que un retraso excesivo causará en primer lugar una molestia que es casi idéntica para cada pasajero, y el RCE 261/2004 prevé una compensación uniforme e

inmediata, mientras que el Convenio de Montreal prevé una indemnización que exige una evaluación del daño causado en cada caso y que, por tanto, solamente puede dar lugar a una compensación otorgada posteriormente en cada caso concreto. En consecuencia, el RCE 261/2004 interviene en una fase anterior a la del Convenio de Montreal. La obligación de conformidad con el RCE 261/2004 de compensar a los pasajeros cuyos vuelos sufren un retraso queda por ende fuera del ámbito del Convenio, pero es adicional al régimen de indemnización establecido en el mismo (Directrices 2016/C 214/04 de 15 de junio, interpretativas del Reglamento (CE) n° 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero).

Conforme a ese mismo texto legal, en el supuesto de cancelación, la Compañía responde en atención a la antelación con la que haya informado de la cancelación y a si ha ofrecido un transporte alternativo, salvo que pruebe que la cancelación se debe a circunstancias extraordinarias que no podrían haberse evitado incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables (art. 5 RCE 261/2004). La cuantía de la indemnización está limitada en función de la distancia que fuera a cubrir el vuelo (art. 7 RCE 261/2004). El cualquier caso, el transportista podrá estipular que el contrato de transporte estará sujeto a límites de responsabilidad más elevados que los anteriores o que no estará sujeto a ningún límite, pero las cláusulas que tiendan a exonerarle de su responsabilidad, o a fijar un límite inferior al establecido, serán nulas, de modo que no producirán efecto alguno. Si bien la nulidad de dichas cláusulas no implica la nulidad del contrato.

IV. VIAJES COMBINADOS Y SERVICIOS DE VIAJE VINCULADOS

1. *Concepto y disciplina aplicable*

El contrato de viaje combinado cuenta con una regulación específica en el libro IV del TRLCU. Su régimen ha sufrido una profunda transformación con el objeto de transponer al derecho interno la 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. Esta adaptación se ha realizado a través del RD- 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, dado el considerable retraso del legislador español en incorporar la citada Directiva. Con esta reforma se moderniza nuestro Derecho adaptándolo al entorno digital y se regula además del tradicional contrato de viaje combinado, el de servicios de viaje vinculados, asegurando en ambos casos la adecuada protección al viajero.

El concepto de viaje combinado viene recogido en el artículo 151 1.b.) TRLCU señalando que es aquel en el que se produce la combinación de al menos dos tipos de servicios de viaje a efectos del mismo viaje o vacación, si esos servicios:

- i) Son combinados por un solo empresario, incluso a petición o según la selección del viajero, antes de que se celebre un contrato único por la totalidad de los servicios (*prearranged packages*)
- ii) Con independencia de que se celebren contratos con diferentes prestadores de servicios de viaje, los servicios:
 - 1ª Posibilidad: son contratados en un único punto de venta y han sido seleccionados antes de que el viajero acepte pagar (*customised packages*).
 - 2ª Posibilidad: son ofrecidos o facturados a un precio a tanto alzado o global.
 - 3ª Posibilidad: son anunciados o vendidos como “viaje combinado” o bajo una denominación similar.
 - 4ª Posibilidad: son combinados después de la celebración de un contrato en virtud del cual el empresario permite al viajero elegir entre una selección de distintos tipos de servicios de viaje.
 - 5ª Posibilidad: son contratados con distintos empresarios a través de procesos de reserva en líneas conectados en los que el nombre del viajero, sus datos de pago y su dirección de correo electrónico son transmitidos por el empresario con el que se celebra el primer contrato a otro u otros empresarios, con el o los que se celebra un contrato como máximo 24 horas después de la confirmación de la reserva del primer servicio de viaje (*click-through packages*).

Se acoge de este modo un concepto amplio en el que, junto con los paquetes cerrados, es decir, aquellos que han sido previamente diseñados por el empresario –y que eran los únicos que contemplaba nuestro Derecho–, se incluyen también los paquetes dinámicos o a la carta esto es, aquellos que en los que el viajero diseña su propio viaje o vacación; y además, se contempla la posibilidad, por otra parte cada vez más habitual, de que se contraten *on line*.

Los servicios de viaje vinculados se definen en el art. 151 1. e) como aquellos en los que hay al menos dos tipos de servicios de viaje adquiridos con objeto del mismo viaje o vacación, que den lugar a la celebración de contratos distintos con cada uno de los prestadores individuales de servicios de viaje, siempre que un empresario facilite:

- 1.º con ocasión de una única visita o contacto con su punto de venta, la selección y el pago separado de cada servicio de viaje por parte de los viajeros, o
- 2.º de manera específica, la contratación de al menos un servicio de viaje adicional con otro empresario, siempre que tenga lugar a más tardar veinticuatro horas después de la confirmación de la reserva del primer servicio de viaje.

Tanto en el caso de los viajes combinados como en el de los servicios de viaje vinculados, se exige la combinación de determinados servicios de viaje para que se puedan considerar como tales. Se trata de los servicios de alojamiento, transporte de pasajeros en autobús, tren, barco o avión, así como el alquiler de vehículos de motor o de determinadas motocicletas [art. 151.1.a)]. Por tanto, los servicios de viaje que formen parte integrante de otros, como por ejemplo el transporte de equipaje realizado como parte del transporte de viajeros o los traslados entre un hotel y un aeropuerto o estación de ferrocarril, no deben considerarse servicios de viaje en sí mismos.

Del mismo modo, cuando determinados servicios, como puede ser el ejemplo característico de las entradas para visitas guiadas, acontecimientos deportivos o conciertos, se combinan con un solo servicio de viaje de otro tipo, únicamente se considerarán que dan lugar a un viaje combinado o a unos servicios de viaje vinculados si representan una proporción igual o superior al veinticinco por ciento del valor del viaje combinado o de los servicios de viaje vinculados, o si se han publicitado como un elemento esencial del viaje o vacación o constituyen, por alguna otra razón, una característica esencial de los mismos [art. 151.b.) TRLCU].

Están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2015/2302 y también, por tanto, del TRLCU (art.150):

- i) Viajes combinados y servicios de viaje vinculados de menos de 24 horas, salvo que se incluya alojamiento.
- ii) Viajes combinados y servicios de viaje vinculados que se ofrezcan o faciliten de forma ocasional y sin ánimo de lucro a un número limitado de viajeros.
- iii) Viajes combinados y servicios de viaje vinculados contratados sobre la base de un convenio general para la organización de viajes de negocios (viajes de negocio gestionados o *managed business travel*).

2. Elementos

2.1. Elementos personales

Los elementos personales en ambos contratos son el viajero y el empresario o empresarios que prestan los servicios de viaje. Por viajero se entiende toda per-

sona que tiene la intención de celebrar un contrato o tiene derecho a viajar en virtud de un contrato celebrado con arreglo a lo dispuesto en la ley [art. 151.1.f) TRLCU]. Se trata pues, de un concepto más amplio que el de consumidor que recogía la anterior regulación. Por empresario, se entiende todo aquel que atiende a los viajeros de manera presencial o en línea, tanto si actúa como organizador, minorista, empresario que facilita servicios de viaje vinculados o como prestador de servicios de viaje [151.2 TRLCU]. A su vez, el organizador se define como el empresario que combina y vende u oferta viajes combinados directamente, a través de o junto con otro empresario, o el empresario que transmite los datos del viajero a otro empresario a efectos de los denominados *click-through packages* [art. 151.1.g) TRLCU]. Y, el minorista, el empresario distinto del organizador que vende u oferta viajes combinados por un organizador [art. 151.1.h) TRLCU].

Mientras en el contrato de viaje combinado, el empresario es el que asume la obligación de prestar los servicios y responde directamente ante el viajero; en los servicios vinculados el papel que desempeñan los empresarios consiste en facilitar a los viajeros, de manera presencial o en línea, la contratación de servicios de viaje, llevándoles a celebrar contratos con distintos prestadores, inclusive mediante procesos de reserva conectados. La consecuencia es que cada prestador responde de su servicio, y el viajero no tiene los mismos derechos que en un viaje combinado.

2.2. Elementos formales

El contrato deberá formalizarse por escrito, entregándose al consumidor bien una copia o bien una confirmación del contrato en soporte duradero; posibilidad esta última introducida tras la adaptación de nuestro Derecho a la Directiva 2015/2302. Solo si el contrato se ha celebrado en la presencia física de ambas partes, se reconoce al viajero el derecho a reclamar una copia del contrato en papel (art. 155.1 TRLCU). Por tanto, desaparece la obligación de entregar en todo caso una copia en papel que se había quedado obsoleta en los casos, cada vez más frecuentes, en los que la contratación se realiza *on line*.

3. Régimen del viaje combinado

3.1. Obligaciones del empresario

3.1.1. Prestación del servicio en los términos convenidos

La principal obligación del empresario consiste no solo en la mera prestación de los servicios pactados, sino en la obtención del resultado contratado en las condiciones convenidas. Se contempla, no obstante, la posibilidad de que los or-

ganizadores puedan modificar unilateralmente el contrato siempre que se haya reservado este derecho en el contrato, que los cambios sean insignificantes, y que se haya informado al viajero de forma clara, comprensible y destacada en un soporte duradero (art. 159 TRLCU). En el caso particular del precio del viaje combinado, únicamente podrá incrementarse si en el contrato se recoge expresamente esta posibilidad y se justifica una serie de cambios concretos que recoge la ley (art. 158 TRLCU), como por ejemplo el incremento del coste del combustible o de los impuestos o tasas que graven los servicios. Además, el incremento se condiciona igualmente a que se haya cumplido con la obligación de informar al viajero sobre su derecho a una reducción del precio por las mismas causas. Si el aumento de precio excede del ocho por ciento, el viajero podrá resolver el contrato en un plazo razonable especificado por el organizador.

Asimismo, en relación con los problemas que se puedan dar por falta de conformidad del contrato, entendiendo por tal la no ejecución o la ejecución incorrecta de los servicios de viaje incluidos en un viaje combinado se arbitran distintas soluciones (art. 161.6 TRLCU). Cuando una proporción significativa de los servicios de viaje no pueda prestarse según lo convenido, el organizador o en su caso el minorista, está obligado a ofrecer al viajero, sin ningún coste adicional, alternativas adecuadas, de ser posible de calidad equivalente o superior a las pactadas. El viajero solo podrá rechazar esas fórmulas alternativas si no son comparables a las estipuladas en el contrato o si la reducción del precio que se le ofrece no es adecuada. En el caso de que la falta de conformidad afecte sustancialmente la ejecución del viaje y el empresario no pueda ofrecer una solución adecuada al viajero, se establece la posibilidad de que este último pueda resolver el contrato sin penalización y solicitar, si procede, una reducción del precio del viaje combinado y una indemnización por los daños causados. En el caso de que el viaje combinado contemple el transporte de pasajeros, el empresario estará obligado en los casos señalados anteriormente a repatriar al viajero en un transporte equivalente, sin dilaciones indebidas y sin coste adicional.

Por otra parte, se prevé que, cuando sea imposible garantizar el retorno puntual de los viajeros debido a circunstancias inevitables y extraordinarias, el organizador o, en su caso, el minorista asumirá el coste del alojamiento continuado por un período que no supere tres noches por viajero, salvo que se trate de los colectivos especialmente protegidos que recoge la ley (art. 161.7 TRLCU).

3.1.2. Deberes de información

La tutela del viajero que persigue esta normativa se manifiesta en particular en la imposición al empresario de específicos deberes de información, pre y post contractuales.

En cuanto a la información precontractual, tras la reforma operada para la adaptación a la Directiva 2015/2302 se ha ampliado el contenido de la información a suministrar al viajero (art. 153 TRLCU). Básicamente se trata de identificar el tipo de contrato, esto es, si es un viaje combinado o es un viaje vinculado, así como los derechos que le asisten en cada caso; la posibilidad de poner fin al contrato antes del inicio del viaje y sus consecuencias; las características de los servicios (medios de transporte, comidas previstas, categorías de los alojamientos, excursiones, etc); el contenido recogido en el contrato (la responsabilidad del empresario); la posibilidad de ceder el contrato a terceros y los procedimientos de resolución de litigios.

Los contratos deberán estar redactados en un lenguaje claro y comprensible. Además de la información precontractual ya indicada, en el contrato se ha de incluir información adicional (art. 155.2 TRLGDCU). Entre otros extremos, las necesidades especiales del viajero aceptadas por el organizador, la indicación de que el organizador y el minorista son responsables de la correcta ejecución de los servicios de viaje incluidos en el contrato y están obligados a prestar asistencia si el viajero se halla en dificultades, el nombre y todos los datos de identificación de ambos, etc. La carga de la prueba en relación con los requisitos de información siempre recae en el empresario.

3.1.3. Constitución de garantía frente al incumplimiento de obligaciones e insolvencia

Finalmente, pesa sobre organizadores y minoristas la obligación de constituir y mantener de manera permanente una garantía en los términos que determine la Administración turística competente, para responder con carácter general del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación de sus servicios frente a los contratantes de un viaje combinado y, especialmente, en caso de insolvencia, del reembolso efectivo de todos los pagos realizados por los viajeros en la medida en que no se hayan realizado los servicios correspondientes y, en el caso de que se incluya el transporte, de la repatriación efectiva de los mismos (arts. 164 y 165 TRLCU).

La protección frente a la insolencia del organizador y del minorista beneficiará a los viajeros con independencia del lugar de residencia, del lugar de salida, del lugar dónde se haya vendido el viaje combinado o el Estado miembro en que esté situada la entidad garante en caso de insolvencia. La mencionada garantía deberá ser efectiva y suficiente para cubrir todos los pagos que previsiblemente se vayan a recibir por un organizador o un minorista en temporada alta, teniendo en cuenta la duración del período comprendido entre los pagos iniciales y los pagos finales y la terminación de los viajes combinados, así como el coste estimado de las repatriaciones en caso de insolvencia. El organizador y el minorista deberán

adaptar la protección en caso de que aumenten los riesgos, por ejemplo debido a un incremento importante de la venta de viajes combinados.

3.1.4. Prestación de asistencia adecuada al viajero

Los viajeros podrán enviar mensajes, quejas o peticiones en relación con la ejecución del viaje combinado directamente al minorista quien transmitirá esos mensajes al organizador. El acuse de recibo por parte del minorista se considerará también acuse de recibo por el organizador a efectos de cómputo de términos previstos en la ley. Tanto el organizador como el minorista deben prestar asistencia adecuada y sin dilación al viajero en dificultades, especialmente en caso de circunstancias inevitables y extraordinarias (art. 163 TRLCU). En particular:

- i) Deben facilitar información adecuada sobre los servicios sanitarios, autoridades locales y asistencia consular.
- ii) Deben facilitar asistencia al viajero para establecer comunicaciones a distancia y para encontrar fórmulas alternativas de viaje.

3.2. Derechos del viajero

El TRLCU alude, en particular, al derecho de desistimiento, al de cesión de la reserva. El viajero podrá desistir, en todo momento, de los servicios solicitados o contratados, teniendo derecho a la devolución de las cantidades que hubiese abonado. No obstante, salvo que el desistimiento se deba a fuerza mayor, el viajero deberá indemnizar al empresario, que goza de libertad a la hora de fijar la penalización tipo, ajustándose a determinados criterios. (art. 160 TRLCU). Por su parte, los viajeros tendrán derecho a resolver el contrato cuando los cambios propuestos alteren sustancialmente las características principales de los servicios de viaje, estableciendo un plazo de catorce días naturales para el reembolso de todo pago indebido realizado por el viajero en caso de resolución.

Ostenta asimismo el derecho a ceder gratuitamente su reserva a una persona que reúna todas las condiciones requeridas para el mismo, comunicándolo al empresario en los plazos previstos en el contrato (art. 157 TRLCU).

3.3. Responsabilidad del empresario

La principal particularidad de este tipo de contratos reside en el régimen de responsabilidad que prevé el TRLCU para el caso de no ejecución o ejecución defectuosa del contrato.

La primera cuestión a tener en cuenta es que el empresario –organizador o minorista– suscribe el contrato en nombre propio, por lo que se obliga a cumplirlo frente al viajero, pero entre sus obligaciones no se encuentra la de ejecutar las prestaciones que constituyen su objeto por sí mismo. Consisten, por el contrario, en que estas sean realizadas por terceros (vgr. el porteador, el establecimiento hotelero). Con fundamento en esta circunstancia, responde frente al viajero de la realización íntegra de las prestaciones propias del contrato, al margen de que deban ser ejecutadas por él mismo o por otros prestadores de servicios, y sin perjuicio de su derecho a actuar contra estos últimos, frente a quienes, por el mismo motivo, el viajero no puede dirigirse, salvo para las prestaciones en las que el empresario esté autorizado solo para actuar como comisionista en nombre ajeno.

Entre sí, los organizadores y los minoristas de viajes combinados, responderán de forma solidaria frente al viajero del correcto cumplimiento de los servicios de viaje incluidos en el contrato (art. 161 TRLCU). Quien responda ante el viajero tendrá el derecho de repetición frente al empresario al que le sea imputable el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato en función de su respectivo ámbito de gestión del viaje combinado.

Finalmente, cabe señalar que dicha responsabilidad cesa cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el TRLCU que, a grandes rasgos, comprenden los daños imputables al viajero, los imputables a un tercero ajeno al suministro de las prestaciones cuando revistan un carácter imprevisible o insuperable y los originados por fuerza mayor o caso fortuito (art. 162.3 TRLCU).

4. Régimen de los servicios de viaje vinculados

El objetivo del legislador europeo y, por ende, del español, al regular los servicios de viaje vinculados es otorgar una adecuada tutela a los viajeros que optan por este nuevo modelo a la hora de contratar sus viajes. Para ello se articulan dos medidas: el deber de informar al viajero de que contrata servicios de viaje vinculados y el otorgarle protección en situaciones de insolvencia.

Uno de los problemas fundamentales que se suscitaban con anterioridad a la regulación de los servicios de viaje vinculados era la confusión que sufrían en ocasiones los viajeros que pensaban que podían estar contratando un viaje combinado –por ejemplo, cuando se les facilitaba un precio global– cuando en realidad no lo estaban haciendo, teniendo en cuenta además que el concepto de viaje combinado antes de la reforma era mucho más restringido que el actual. La cuestión fundamental, por tanto, es que estos viajeros tengan conocimiento de que lo que contratan no es un viaje combinado y no gozan de todos los derechos que se reconocen en ese caso. Por ello se establece en el art. 168 TRLGDCU que antes de

que el viajero quede obligado por cualquier contrato que dé lugar a servicios de viaje vinculados o por cualquier oferta correspondiente, el empresario que facilite estos servicios, incluidos los casos en que el empresario no esté establecido en un Estado miembro pero por cualquier medio dirija tales actividades a España, indicará de forma clara, comprensible y destacada, que el viajero no podrá acogerse a ninguno de los derechos que se aplican exclusivamente a los viajes combinados y que cada prestador de servicios será el único responsable de la correcta prestación contractual de su servicio. También se le debe informar de que está protegido frente a la insolvencia de algún prestador.

Como medida para reforzar el cumplimiento de este deber de información, dispone la ley que su incumplimiento otorgará al viajero los derechos reconocidos en caso de viaje combinado relativos a la cesión del contrato (art. 167 TRLCU), modificación del precio (art. 158 TRLCU) y modificación de cláusulas del contrato (art. 159 TRLCU) en relación con los servicios de viaje que forman parte de los servicios de viaje vinculados.

La segunda cuestión esencial del régimen de los viajes vinculados es la extensión a los empresarios de la obligación de constituir una garantía para el reembolso de todos los pagos que reciban de los viajeros en la medida en que uno de los servicios de viaje que estén incluidos no se ejecute a consecuencia de su insolvencia. Si dichos empresarios son la parte responsable del transporte de pasajeros la garantía cubrirá también la repatriación de los viajeros. Los empresarios no establecidos en un Estado miembro de la Unión Europea que faciliten servicios de viaje vinculados en España, o que por cualquier medio dirijan dichas actividades a España, estarán también obligados a prestar dicha garantía (art. 167 TRLCU).

La insolvencia se entenderá producida tan pronto como sea evidente que por la falta de liquidez de los empresarios los servicios de viaje dejen de ejecutarse, no vayan a ejecutarse o vayan a ejecutarse solo en parte, o cuando los prestadores de servicios requieran a los viajeros pagar por ellos. Producida la insolvencia, la garantía deberá estar disponible pudiendo el viajero acceder fácilmente a la protección garantizada. Los reembolsos correspondientes a servicios de viaje no ejecutados se efectuarán sin demora indebida previa solicitud del viajero.

DERECHO DE LOS TÍTULOS VALORES

Lección 15

Derecho de los títulos valores (I).

Teoría general de los títulos valores. El pagaré

SUMARIO: I. PAGARÉ. 1. Caracterización. 1.1. Concepto. 1.2. Caracteres. 1.2.1. Carácter formal, literal y fuerza ejecutiva. 1.2.2. Carácter autónomo. 1.2.3. Carácter abstracto. 1.3. Función económica. 2. Elementos personales. 2.1. Identificación. 2.2. La representación. 3. Emisión del pagaré. 3.1. Concepto. 3.2. Cláusulas obligatorias. 3.2.1. Caracterización y clases. 3.2.2. Requisitos formales esenciales. 3.2.3. Requisitos naturales. 3.2.3.1. Caracterización y enumeración. 3.2.3.2. El vencimiento. 3.2.3.3. El lugar del pago. 3.2.3.4. El lugar de emisión. 3.3. Cláusulas facultativas. 3.4. El pagaré en blanco. 4. Circulación del pagaré. 4.1. Caracterización y clases. 4.2. El endoso. 4.2.1. Concepto y requisitos. 4.2.2. Clases. 4.2.2.1. Enumeración. Los endosos encubiertos. 4.2.2.2. Endoso pleno. 4.2.2.3. Endosos limitados. 4.3. Circulación de Derecho común. 5. El aval. 5.1. Concepto y caracteres. 5.2. Elementos personales. 5.3. Requisitos formales. 5.4. Modalidades. 5.4.1. En atención al ámbito subjetivo. 5.4.2. En atención al contenido. 5.5. El pago por el avalista. 6. La intervención en el pago. 7. Cumplimiento. 7.1. La presentación al pago. 7.1.1. Caracterización. 7.1.2. Requisitos. 7.2. El pago. 7.2.1. Objeto del pago. 7.2.2. Requisitos. 7.3. El pago ordinario. La acción directa. 7.4. El pago extraordinario. La acción de regreso. 7.4.1. Caracterización y legitimación. 7.4.2. Presupuestos de la acción de regreso. 7.5. Procedimientos. 7.6. Excepciones cambiarias. 7.7. Acciones extra-cambiarias. 7.7.1. Caracterización y clases. 7.7.2. Acción causal. 7.7.3. Acción de enriquecimiento.

I. PAGARÉ

1. Caracterización

1.1. Concepto

El pagaré es un título-valor por el cual una persona, denominada firmante, se obliga a pagar al sujeto indicado en él (beneficiario) o a la orden de este, una cantidad de dinero en la cantidad, fecha y lugar indicados en el título. El pagaré expresa pues la promesa incondicionada del emitente de pagar el importe del título al sujeto indicado en él o a la orden de este.

El régimen jurídico del pagaré se encuentra recogido en los artículos 93 a 97 LCCh. En estos artículos la ley únicamente regula aspectos singulares de este título, efectuando una remisión al régimen de la letra de cambio, que también está regulada en la LCCh. Esto es posible porque ambos títulos incorporan la obligación de pagar una cantidad de dinero al sujeto que, según las normas propias de cada título, esté legitimado para el cobro; contando ambos además con un régimen de circulación por endosos.

El legislador optó por regular de forma más profusa la letra de cambio porque en aquel momento era el título cambiario más utilizado en la operatoria mercantil. No obstante lo anterior, su uso ha decaído mientras que el del pagaré está muy difundido en la práctica tanto en las relaciones comerciales como en las financieras, lo que seguramente viene motivado por el hecho de que es mucho más sencillo su régimen y disfruta de la misma fuerza ejecutiva que la letra de cambio.

Su importante difusión en el tráfico mercantil justifica que se explique con carácter prioritario el régimen del pagaré frente al de la letra de cambio. Este régimen viene integrado por las disposiciones específicas que contempla la ley, así como con aquellas propias de la letra de cambio que no resulten incompatibles con la naturaleza de este título (art. 96 LCCh), esto es, en la medida en que no afecten a los elementos personales y a la particular posición que asume el firmante del pagaré.

En particular, señala el artículo 96 LCCh que resultarán de aplicación las normas aplicables a la letra de cambio en materia de endoso (arts. 14 a 24 LCCh); vencimiento (arts. 38 a 42 LCCh); pago (arts. 43 y 45 a 48 LCCh); acciones por falta de pago (arts. 49 a 60 y 62 a 68 LCCh); pago por intervención (arts. 70 y 74 a 78 LCCh); copias (arts. 82 y 83 LCCh); extravío, sustracción o destrucción (arts. 84 a 87 LCCh); prescripción (arts. 88 y 89 LCCh); cómputo de los plazos y a la prohibición de los días de gracia (arts. 90 y 91 LCCh); lugar y domicilio (art. 92 LCCh); alteraciones (art. 93 LCCh).

Serán igualmente aplicables al pagaré las disposiciones relativas a la letra de cambio pagadera en el domicilio de un tercero o en localidad distinta a la del domicilio del librado (arts. 5 y 32 LCCh); a la estipulación de intereses (art. 6 LCCh); a las diferencias de enunciación relativas a la cantidad pagadera (art. 7 LCCh); a las consecuencias de la firma puesta en las condiciones mencionadas en los (arts. 8 y 9 LCCh); a las de la firma de una persona que actúe sin poderes o rebasando sus poderes (art. 10 LCCh); a la letra de cambio en blanco (art. 12 LCCh) y a sus posibles suplementos (art. 13 LCCh). Finalmente, también serán aplicables al pagaré las disposiciones relativas al aval (arts. 35 a 37 LCCh).

1.2. Caracteres

1.2.1. *Carácter formal, literal y fuerza ejecutiva*

El pagaré es un título formal, literal y dotado de fuerza ejecutiva:

- i) Es un título formal porque el contenido, la forma y los efectos de cada una de las declaraciones de voluntad que comprende están legalmente

preestablecidos, lo que supone que también lo están las obligaciones que derivan de ellas. Por lo demás, si falta en el documento alguno de los requisitos considerados esenciales recogidos en el art. 94 LCCh el título no se considera pagaré. Estas imposiciones de forma se fundamentan en el especial rigor a que están sometidas las obligaciones cambiarias. Por este motivo, la Ley quiere asegurar que la persona que las asume sea consciente de la trascendencia de su actuación.

- ii) Es literal porque el derecho que incorpora está definido exclusivamente en el documento.
- iii) Está dotado de fuerza ejecutiva porque permite acudir a un procedimiento judicial singularmente expeditivo, el juicio cambiario, para conseguir su pago coactivo.

1.2.2. *Carácter autónomo*

El pagaré tiene autonomía en el plano interno, esto es, en el contexto de las propias declaraciones cambiarias. Formalmente las declaraciones de voluntad unilaterales que incorpora el pagaré están interrelacionadas. Los endosos y los avales, arrancan de la originaria en que consiste su emisión o libramiento. Los endosos, a su vez, derivan unos de otros, creándose una cadena o serie no interrumpida, mientras que los avales se basan en la obligación garantizada.

Sin embargo, desde el punto de vista sustancial son autónomas, independientes unas de otras. A consecuencia de ello, la eventual nulidad o ineficacia de alguna o alguna no afecta a la validez y eficacia de las demás, siempre que la ineficacia no resulte de un vicio formal que impida considerar la declaración afectada como base suficiente para la posterior adición de otras nuevas.

1.2.3. *Carácter abstracto*

El pagaré está dotado de autonomía no solo en el plano interno, esto es, en el contexto de las propias declaraciones cambiarias; sino también en el externo, esto es, en relación con los negocios subyacentes. En este último ámbito la autonomía determina la abstracción del título. Los negocios subyacentes, también denominados preexistentes o fundamentales, son negocios extra-cambiaris que unen a los firmantes del pagaré y que motivaron su declaración cambiaria. Operan, pues, a modo de causa de dichas declaraciones. No obstante, resultan posibles los “pagarés de favor”, en los que el firmante asume una promesa de pago con un beneficiario con el que no le une relación subyacente.

Pues bien, lo que caracteriza las relaciones entre esos negocios subyacentes y la emisión del pagaré y el resto de declaraciones cambiarias es precisamente la ausencia de relaciones, de modo que entre ellas existe una total autonomía. En el pagaré, en efecto, no se mencionan esas relaciones, de modo que las obligaciones cambiarias se anudan única y exclusivamente al hecho de la firma en el documento, sin que se aluda a la causa de la declaración, lo que provoca la abstracción del título. De modo que la obligación cambiaria es abstracta no porque carezca de causa antecedente, sino porque la causa carece de relevancia para la existencia o validez de la obligación y es intrascendente a efectos de régimen jurídico de esta última.

1.3. Función económica

El pagaré constituye un eficaz medio de pago, tanto por su esencial vocación circulatoria como por el rigor que la Ley anuda al cumplimiento de las obligaciones suscritas en el documento. Adicionalmente el pagaré es, por idénticas razones, un instrumento de crédito a corto plazo, que ha sido empleando con profusión en el ámbito comercial y en el financiero. La exigibilidad de la obligación de pago que incorpora suele estar aplazada lo que ya significa concesión de crédito. Pero además la especial configuración del documento le hace especialmente apto para que su tenedor obtenga una liquidez inmediata sin tener que esperar al vencimiento, mediante el endoso o a través de negocios como el descuento. Estas funciones se ven facilitadas debido a la fuerza ejecutiva del título.

Por tanto, el pagaré cumple esencialmente una función de crédito y es el título usado habitualmente en las operaciones financieras teniendo en cuenta la sencillez de su régimen, y el hecho de que cuente con garantías para su cobro.

2. Elementos personales

2.1. Identificación

En el pagaré, hay una relación directa entre quien emite el pagaré, el firmante, y a quien se dirige la promesa de pago, el beneficiario o tomador.

El firmante es la persona que emite el pagaré, obligándose con esa declaración cambiaria a pagar al tomador en el día del vencimiento. La causa de la emisión, esto es, el negocio subyacente por imposición del cual el firmante debe pagar al tomador, carece de relevancia para la existencia o validez de la emisión.

El tomador es la persona a quien va dirigida la promesa de pago consignada en el pagaré. No es preciso que el beneficiario o tomador acepte el pagaré. El bene-

ficiario debe estar indicado en el propio título, por lo que el pagaré debe emitirse en forma nominativa o a la orden. No se contemplan los pagarés al portador. No obstante, en virtud del art. 12 LCCh (aplicable *ex art.* 96 LCCh), es posible emitir un pagaré en el que no se mencione al portador y que esta mención se complete en un momento posterior.

No es posible, sin embargo, emitir un pagaré a la propia orden, esto es, en el que coincidan la figura del emitente y el beneficiario o tomador, puesto que carece de sentido que uno se prometa a sí mismo que se va a pagar una cantidad de dinero (aun cuando es cierto que en virtud de un endoso el beneficiario del pagaré podría ser diferente al firmante). Pero lo determinante es que no se encuentra entre las disposiciones que la propia LCCh considera aplicable al pagaré.

Finalmente, cabe señalar, que, junto al firmante y al beneficiario o tomador, es posible la intervención de otros sujetos. Si el pagaré se emite a “a la orden”, el beneficiario puede transmitirlo a un tercero, que sería tenedor del pagaré. Y podría ser sucesivamente endosado, apareciendo, por tanto, sucesivos tenedores del pagaré.

También, es posible que se incorpore un aval, lo que dará lugar, como se indicará en apartados posteriores, a incorporación de la figura del avalista.

2.2. La representación

Tal y como señala el artículo 96 LCCh resultan aplicables al pagaré las consecuencias de la firma puesta en las condiciones mencionadas en los artículos 8 y 9 LCCh.

Las declaraciones cambiarias pueden efectuarse en nombre propio o en nombre ajeno mediante la representación. De la nota de literalidad que gobierna este tipo de títulos proviene la necesidad de que quien suscriba un pagaré efectuando cualquier declaración cambiaria en nombre de otro deba expresar claramente en la antefirma que se encuentra autorizado para ello con poder de la persona en cuya representación actúe (art. 9.1 LCCh). Específicamente en relación con los administradores de sociedades, se presume que están autorizados por el sólo hecho de su nombramiento (art. 9.2 LCCh). Ahora bien, esta disposición debe integrarse con las normas que disciplinan el ámbito del poder de representación de los administradores sociales. Conforme a ellas, cabe hacer aquí tres precisiones básicas.

En primer término que la previsión de la LCCh ha de remitirse a la aceptación por el administrador, no a su nombramiento. En segundo lugar, que no se trata de una *presunción* en el sentido técnico del término, pues si la firma se encuentra

incluida en el ámbito objetivo del poder de representación, la sociedad queda obligada por aquella, aun cuando exista una limitación interna al respecto. En tercer lugar, que no todo administrador de una sociedad puede prevalerse de esta disposición cambiara. Dependerá de cómo esté estructurado el órgano de administración y de la forma en que se halle atribuido el poder de representación en esa concreta modalidad administrativa, esto es, del ámbito subjetivo del poder de representación. Por ejemplo, es claro que tratándose de un administrador único o de varios solidarios, cada uno de ellos firmará con poder para obligar a la sociedad. Sin embargo, en caso de consejo de Administración, la firma de uno de los consejeros no tiene la misma eficacia por cuanto en tal supuesto el poder de representación recae en el consejo como tal actuando según su régimen de mayorías, salvo que exista una previsión estatutaria en que se encomiende, además, a uno o varios consejeros, o un acuerdo del propio consejo en tal sentido, nombrando, por ejemplo, un consejero delegado. Para proveer a la comprobación de estos pormenores, la LCCh dispone que los tomadores y tenedores de “letras” que debemos entender referidos a pagarés, tendrán derecho a exigir a los firmantes la exhibición del poder.

Por lo demás, aunque la LCCh no lo establece expresamente, es claro que la misma *presunción* se aplicará a los apoderados generales o factores, vgr. a los Directores Generales (arts. 283 y 286 Ccom). En todas estas hipótesis si el pagaré aparece firmado en nombre de otro por persona que no dispone de poderes del mismo (*falsus procurator*) no podrá obligar por supuesto al pretendido representado, pero sí al falso representante (art. 10 LCCh aplicable *ex art.* 96 LCCh). Es una manera de fortalecer el crédito cambiario cuyo presupuesto consiste simplemente en firmar a nombre de otro sin ostentar poder del mismo, con independencia, por tanto, de la actitud dolosa o culposa del falso representante. Ahora bien, como es él quien asume la obligación cambiaria, la LCCh le atribuye igualmente los derechos que derivan de la firma. A esta consecuencia alude el art. 10 LCCh cuando dispone que si paga tendrá los mismos derechos que hubiera tenido el supuesto representado, asumiendo, por tanto, la que hubiera sido su posición cambiaria. La misma regla se aplica a aquel representante que se hubiera excedido de cualquier forma de sus poderes, si bien en tal caso dispone que será sin perjuicio de la responsabilidad cambiaria del representado.

3. Emisión del pagaré

3.1. Concepto

La emisión o libramiento del pagaré es la declaración cambiaria originaria. Se trata de una declaración de voluntad unilateral, en cuya virtud el título nace como

tal. Su contenido consiste en la promesa del firmante, que es quien la emite y se obliga cambiariamente al beneficiario o del pago de una cantidad.

Con ella el firmante garantiza siempre el pago de la suma que aparece en el documento. Tal y como señala el art. 97 LCCh, el firmante de un pagaré queda obligado de igual manera que el aceptante de una letra de cambio. Por tanto, es precisa la firma del emitente para considerar que se ha emitido el pagaré y se ha asumido el pago del crédito que incorpora.

En su emisión no precisa de un documento oficial, bastando que se utilice cualquier forma siempre y cuando reúna el contenido mínimo fijado por el art. 94 LCCH. Solo si en el documento aparecen las cláusulas obligatorias que este artículo menciona podemos hablar de la existencia de un pagaré. Junto a ellas, no obstante, pueden incluirse en el pagaré otro tipo de cláusulas que, por su carácter voluntario, se denominan facultativas. Otra cosa distinta, es que el Consejo Superior Bancario, aprobara un modelo normalizado de pagaré comercial y de pagaré de cuenta corriente. Se trata de modelos que no tienen carácter imperativo.

3.2. Cláusulas obligatorias

3.2.1. *Caracterización y clases*

Son las menciones que deben constar en el pagaré para que el documento adquiera la consideración de tal (art. 82 LCCh aplicable *ex* art. 96LCCh). Entre ellas cabe distinguir las que constituyen requisitos formales esenciales y las que consisten en requisitos naturales. Los primeros son aquellos que la Ley considera inexcusables para la existencia del pagaré, por lo que supedita esta a su cumplimiento (art. 94 LCCH). Los segundos son indicaciones que no se estiman esenciales por cuanto la Ley dicta normas para suplir su falta (art. 95 LCCh).

3.2.2. *Requisitos formales esenciales*

Los requisitos formales esenciales son los siguientes:

- i) La denominación de pagaré, que ha de estar inserta en el texto mismo del título expresada en el idioma empleado para su redacción (art. 94.1 LCCh), que puede ser cualquiera de los oficiales en España o en el extranjero.

- ii) La promesa pura y simple de pagar una suma determinada de dinero en euros o en moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial (art. 94.2 LCCh). Ha de ser pura y simple, es decir, incondicionada ya que no puede depender de condición alguna. Aunque es posible y usual que esté sometida a término. La suma a pagar ha de estar determinada concretamente en el título, que, por tanto, no puede incluir meros criterios para proceder a una ulterior determinación. Sin embargo, se admite la estipulación de devengo de intereses en los pagarés a la vista o a un plazo desde la vista (art. 6 LCCh aplicable *ex* art. 96 LCCh). Si la suma expresada en letras difiere de la consignada en números prevalece la primera. Si la discrepancia afecta al importe porque esté escrito varias veces por suma diferente, ya sea en letra, ya sea en números, será válida por la cantidad menor (art. 7 LCCh aplicable *ex* art. 96 LCCh). Finalmente, la cantidad no puede expresarse en cualquier moneda. Es imprescindible que se trate de la moneda nacional, el euro, o si es extranjera, que sea convertible admitida a cotización oficial.
- iii) El nombre de la persona a quien se ha de hacer el pago o a cuya orden se ha de efectuar (art. 94.5 LCCh). Es decir, el nombre del primer tenedor, al que suele denominarse tomador. El pagaré es, en principio, un título nominativo por lo que ha de incluir en todo caso el nombre del tomador. Por tanto, no es posible emitirlo al portador ni en blanco. Si bien se consigue una eficacia práctica similar puesto que la Ley admite la posibilidad de endosar los pagarés en blanco o al portador (arts. 16.2 y 15.3 LCCh aplicables *ex* art. 96 LCCh).
- v) La fecha en que se firme el pagaré (art. 94.6 LCCh). Se considera esencial por cuanto en atención a ella se fija, por ejemplo, el momento en que ha de apreciarse la capacidad del firmante y, en su caso, el vencimiento del título
- vi) La firma del que emite el título, denominado firmante (art. 94.7 LCCh).

3.2.3. *Requisitos naturales*

3.2.3.1. Caracterización y enumeración

Junto a los requisitos esenciales, la Ley prevé otros adicionales a los que atribuye el carácter de menciones naturales por cuanto su ausencia es suplida por la propia Ley. Se trata de la indicación del vencimiento, del lugar en que se ha de efectuar el pago y del lugar en que se libra.

3.2.3.2. El vencimiento

Señala el art. 95 a) LCCh que “*el pagaré cuyo vencimiento no esté indicado se considerará pagadero a la vista*”. Por otra parte, el artículo 96 LCCh señala que serán aplicables al pagaré los artículos 38 a 42 LCCh en los que se contempla el vencimiento en la letra de cambio.

El vencimiento es la fecha en la que el firmante ha de efectuar el pago al tenedor legítimo del pagaré. El vencimiento ha de ser único. Los pagarés con vencimientos sucesivos o a plazos son nulos. Debe ser cierto, en el sentido de que ha de existir certidumbre acerca de que llegará. Ha de ser determinado o determinable y posible, lo que no sucedería, por ejemplo, ante fechas de vencimiento anteriores a la de la emisión. Finalmente su designación ha de efectuarse mediante alguna de las fórmulas relacionadas en la LCCh. Los pagarés que indiquen otros vencimientos serán nulos. Estos vencimientos son el vencimiento a fecha fija, a un plazo desde de la fecha, a la vista y a un plazo desde la vista (art. 38 LCCh).

En el vencimiento a fecha fija, el pagaré es pagadero el día indicado en el mismo. La designación puede efectuarse mediante la expresión directa del día, el mes y el año, pero también de manera indirecta, bien aludiendo a hechos o acontecimientos ciertos que permitan la identificación de un día específico, por ejemplo, el día de Santa Faz; bien utilizando expresiones aproximadas tales como *a primeros del mes*, en cuyo caso se considera pagadero el día 1 (arg. anal. *ex* art. 36 LU). Cuando los calendarios del lugar de emisión y del lugar del pago no coincidan prevalece este último (art. 42 LCCh). Si se indica el día y el mes, pero falta el año, se entiende que este último es el corriente, salvo que la fecha haya transcurrido. En esa hipótesis, ha de estimarse que se trata del año inmediatamente siguiente. Cuando la fecha sea inexistente, el 30 de febrero, por ejemplo, se barajan tres alternativas. La nulidad del pagaré, (art. 38 último párrafo LCCh), estimar que es pagadera a la vista [art. 2.a) LCCh] o que la fecha del vencimiento coincide con el último día del mes de que se trate.

En el vencimiento a un plazo desde la fecha, el día inicial del cómputo es el del libramiento (arts. 41 y 90 LCCh aplicables *ex* art. 96 LCCh). Si el plazo se fija por días, *a sesenta días fecha*, por ejemplo, el día de la emisión se excluye del cómputo, pero se incluyen los días inhábiles. Si el último día del plazo es inhábil, se entiende que el pagaré vence el primer día hábil siguiente. Se consideran días inhábiles los festivos en el lugar en donde haya de realizarse la presentación y los días no laborables para el personal de las entidades de crédito. Si el plazo se fija por meses, *a un mes fecha*, por ejemplo, el cómputo se realiza de fecha a fecha, salvo que la última coincida con un día inhábil, en cuyo caso se aplica la regla anterior. Si en el mes de vencimiento no hubiera día hábil equivalente al

del inicial del cómputo, se entiende que el pagaré vence el último día del mes de vencimiento.

En el vencimiento a la vista, conocido también con otras expresiones equivalentes como *a su presentación*, *a primer requerimiento*, o *en cualquier momento*, el pagaré es pagadero a su presentación, lo que significa que el día del vencimiento queda a la voluntad del tenedor del pagaré. La presentación al pago deberá efectuarse en todo caso dentro del año siguiente a su fecha, a no ser que el firmante hubiera alargado o acortado ese plazo indicándolo expresamente en el pagaré, o que haya sido acortado por los endosantes (art. 39.1 LCCh). En efecto, el plazo legal, así como el especificado por el firmante, puede ser disminuido por los endosantes. Sin embargo la reducción sólo afecta al endosante que haya usado de esa facultad, por lo que el tenedor que se retrase perderá la acción contra dicho endosante, pero la conservará contra el firmante u otros endosantes si respecto de ellos sigue vivo el plazo de presentación. Estos plazos se cuentan normalmente desde la fecha de emisión del pagaré, pero el firmante puede indicar que no se presente al pago el pagaré antes de una fecha, en cuyo caso esta es la que se tendrá en cuenta para contar el plazo de presentación (art. 39.2 LCCh).

Los pagarés que hayan de hacerse efectivos a cierto plazo desde la vista deberán presentarse al firmante de los mismos en los plazos fijados en el art. 27 (art. 97 LCCh). El plazo a contar desde la vista empezará a contar desde la fecha del “visto” o expresión equivalente suscrita por el firmante. La negativa del firmante a incluir en el documento su visto fechado se hará constar mediante protesto, cuya fecha se utilizará como punto de partida en el plazo a contar desde la vista. El plazo contado desde la vista puede ser fijado por días, meses o años.

3.2.3.3. El lugar del pago

El lugar en que se ha de efectuar el pago es la segunda mención que reviste el carácter de elemento natural del pagaré porque, a falta de indicación especial, se considerará como el lugar de la emisión y al mismo tiempo, como lugar del domicilio del firmante [art. 95.b) LCCh]. Se entenderá como lugar, la localidad o población.

3.2.3.4. El lugar de emisión

El pagaré que no indique el lugar de su emisión se entenderá firmado en el lugar que figure junto al nombre del firmante [art. 95.c) LCCh]. Por consiguiente si el documento carece de ambas menciones no es un pagaré.

3.3. Cláusulas facultativas

Junto a las menciones anteriores, la LCCh permite insertar otras cláusulas no obligatorias, denominadas por ello facultativas (art. 95. LCCh). Sin embargo, los términos genéricos en que se expresa no pueden entenderse en sentido literal, ya que, en todo caso, deberán excluirse aquellas declaradas prohibidas por la propia Ley, como por ejemplo sucede con la previsión de vencimientos distintos a los expresados en la misma. Con este límite pueden incluirse cualesquiera cláusulas, estén o no previstas en la Ley, si bien es esta la que relaciona las cláusulas potestativas más importantes. Entre ellas cabe destacar las siguientes:

- i) La estipulación de intereses en lo pagarés pagaderos a la vista o a un plazo desde la vista. En cualquier otro pagaré, semejante estipulación se considerará como no escrita (art. 6 LCCh aplicable *ex* art. 96 LCCh). La decisión legislativa obedece a que en estos pagarés los intereses se pueden incluir porque en el momento del libramiento se conoce con exactitud la fecha del vencimiento, lo que no sucede en los otros dos tipos de vencimientos.
- ii) La cláusula de domiciliación, en virtud de la cual, el pagaré será pagadero en el domicilio de un tercero (art. 5.2 LCCh aplicable *ex* art. 96 LCCh).
- iii) La cláusula “sin gastos” o “sin protesto”, en virtud de la cual el firmante, endosante o avalistas podrán dispensar el tenedor del levantamiento del protesto por falta de pago o falta de indicación del “visto” cuando se trata de un pagaré con un vencimiento a un plazo desde la vista para poder ejercitar la vía de regreso (art. 56 LCCh aplicable *ex* art. 96 LCHh).

3.4. El pagaré en blanco

El pagaré que reúne todas las menciones obligatorias es un pagaré completo. Ahora bien, la LCCh permite a tenor del art. 12 LCCh (aplicable *ex* art. 96 LCCh) que el pagaré esté incompleto en el momento de su emisión. A pesar de ello no es nulo si se completa posteriormente por alguno o algunos de sus sucesivos tenedores, siempre y cuando contenga la mención de que es un pagaré e incluya la firma del firmante.

Se trata del denominado pagaré *en blanco*. Si se hubiese completado contrariamente a los acuerdos celebrados, el incumplimiento de estos no podrá alegarse contra el tenedor, a menos que éste haya adquirido el pagaré o con culpa grave. Por tanto, el incumplimiento de los acuerdos sólo podrá alegarse contra quien lo haya realizado o frente a quien haya adquirido el pagaré de mala fe o con culpa grave; no contra el tercer tenedor en quien no concurran

tales circunstancias, al que solo se podrá oponer la falta de los dos requisitos mínimos anteriores.

4. *Circulación del pagaré*

4.1. Caracterización y clases

La circulación del pagaré consiste en la transmisión del mismo. Puede realizarse a través de un sistema de transmisión específicamente cambiario, llamado endoso, o conforme a las reglas del Derecho común, en cuyo caso se denomina circulación ordinaria. Debido a su condición de título a la orden, el pagaré es transmisible por endoso en todo caso, aunque no esté expresamente librado a la orden. La exclusión del endoso requiere que conste en el documento una cláusula especial inserta mediante las palabras *no a la orden* u otra expresión equivalente por la que se impida expresamente. En tal caso, el pagaré solo será transmisible en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria (art. 14 LCCh aplicable ex art. 96 LCCh), si bien retiene su condición de título valor.

4.2. El endoso

4.2.1. *Concepto y requisitos*

Señala el art. 96 LCCh, que resultarán aplicables al pagaré, los artículos 14 a 24 relativos al endoso de la letra de cambio.

El endoso es una declaración contenida en el pagaré o en el suplemento, formulada y suscrita por su actual tenedor (art. 16 LCCh), al que se denomina endosante, en la que expresa su voluntad de que el firmante pague el pagaré a la orden de otra persona, denominada endosatario. Mediante el endoso renueva la promesa de pago y garantiza el pago del pagaré frente a sus tenedores posteriores, salvo pacto en contrario (art. 18 LCCh). El endoso exige dos requisitos, a saber, una declaración de voluntad formal escrita en el pagaré y la tradición o entrega del mismo. La orden ha de ser pura y simple. Toda condición a la que aparezca subordinada se considera no escrita. Y debe de ser total. El endoso parcial es nulo (art. 15 LCCh).

Como no existe un documento oficial de pagaré, podrá utilizarse cualquier fórmula en la que resulte claro que se manifiesta de forma indubitada la voluntad de transmitir de forma total, pura y simple, el pagaré.

La única mención que se considera obligatoria para que el endoso sea válido es que aparezca la firma del endosante (art. 16 LCCh). Aunque es obvio que resulta

conveniente la inclusión de otras menciones en orden a la acción de regreso, si el pagaré se endosa de nuevo. En especial, respecto de la fecha, el endoso sin fecha se considerará hecho antes de terminar el plazo fijado para levantar el protesto, salvo prueba en contrario (art. 23.2 LCCh). Si se demuestra que tuvo lugar tras el protesto o la declaración equivalente el endoso sólo producirá los efectos de una cesión ordinaria. Si se acredita que tuvo lugar después del vencimiento producirá los mismos efectos que un endoso anterior.

Si el endoso no designa al endosatario o simplemente consiste en la firma del endosante nos encontramos con un endoso en blanco. En estos caso, el tenedor del pagaré podrá completar ese endoso con su nombre o con el de otra persona; endosar el pagaré nuevamente en blanco; o bien hacerlo designando un endosatario determinado o entregar el pagaré a un tercero, sin completar el endoso en blanco y sin endosarla (art. 17 LCCh).

De no hacerlo no queda obligado en vía de regreso, lo que provoca la pérdida de la importante función de garantía del endoso. En esa hipótesis el pagaré puede circular de forma similar a como sucede con los títulos al portador, mediante la simple entrega del documento. Sin embargo, la asimilación a los títulos al portador es únicamente parcial; a diferencia de lo que ocurre con esa clase de títulos, el tenedor del pagaré en blanco o al portador no está legitimado para ejercitar el derecho incorporado por la simple posesión del documento, sino que ha de justificar su derecho por una serie no interrumpida de endosos, aun cuando el último esté en blanco (art. 19.1 LCCh) y ha de constar en el título la firma del endosante (art. 16.2 LCCh).

Endosante solo puede ser el tenedor del pagaré. El endoso realizado a favor de un endosante libera a los endosantes posteriores pero no a los anteriores, por lo que el endosante-endosatario conserva todos los derechos cambiarios contra el firmante y los endosantes anteriores. Asimismo, el endoso a favor de un avalista provoca idénticas consecuencias a las que genera el endoso a favor de su avalado, por lo que el avalista-endosatario tendrá acción contra los obligados responsables ante su avalado y además contra este.

4.2.2. *Clases*

4.2.2.1. Enumeración. Los endosos encubiertos

El endoso puede ser pleno y limitado. Junto a estos tipos de endoso cabe citar los encubiertos. Formalmente son endosos plenos, pero van acompañados de pactos extra-cambiarios entre endosante y endosatario que limitan los efectos de aquellos. Como no tienen plasmación en el pagaré, carecen de trascendencia cambiaria.

4.2.2.2. Endoso pleno

El endoso pleno se caracteriza por la producción de los efectos traslativo, legitimador y de garantía. Conforme al efecto traslativo el endosatario adquiere la propiedad del pagaré y la titularidad de todos los derechos incorporados al mismo (art. 17 LCCh) con una posición autónoma respecto de la que tenía el endosante ya que no se le pueden oponer las excepciones personales que cabría alegar frente a los anteriores tenedores, salvo que, al adquirirla, haya procedido a sabiendas en perjuicio del deudor (arts. 20 y 67 LCCh). Con ese objeto es preciso que concurran dos presupuestos, que constituyen una traslación de la teoría del título y el modo consignada en el art. 609 Cciv. En primer término, el título, que reside en la declaración de voluntad del endosante inserta en el pagaré, y, en segundo lugar, el modo, que consiste en la entrega del pagaré al endosatario acompañada del pleno poder de disposición sobre el mismo del endosante, lo que exige que este haya adquirido el pagaré por medio de un endoso formalmente apto para transmitirla de modo pleno.

El efecto legitimador consiste en que el endosatario está legitimado para ejercitar los derechos incorporados en el documento, ya sea en vía directa, o en vía de regreso (art. 19 LCCh). Requiere que el endosatario pueda justificar la regularidad de la cadena de endosos, lo que presupone la existencia de una serie no interrumpida de ellos. Si existe alguna interrupción el defecto afecta al que lo sufrió y a todos los tenedores posteriores, que quedan privados de la condición de poseedores legítimos del pagaré, aunque lo hubieran adquirido regularmente. A tal efecto, los endosos tachados se consideran no escritos. Como sabemos, no obstante, el último endoso puede estar en blanco. En este caso, el tenedor está legitimado aunque no haya completado el pagaré con su nombre. Asimismo cuando un endoso en blanco vaya seguido de otro endoso, se entenderá que el firmante de éste adquirió el pagaré por el endoso en blanco (art. 19 LCCh). Si el tenedor puede justificar su derecho en la forma indicada queda protegido de las adquisiciones a *non dominus*, siempre que se hayan producido de buena fe, esto es, sin dolo o culpa grave.

Finalmente el endoso produce un efecto de garantía. Conforme a él, el endosante responde en vía de regreso de la aceptación y del pago del pagaré frente a los tenedores posteriores. No obstante este efecto puede ser excluido por el endosante incluyendo en el pagaré la cláusula *sin mi garantía* o *sin mi responsabilidad* (art. 18.1 LCCh). En tal caso el endosante que la insertó se libera de responsabilidad, no así los restantes, salvo que la incluyan a su vez. También es posible prohibir nuevos endosos mediante la cláusula *no endosable de nuevo*, lo que tiene interés para el endosante que quiera asegurarse el mantenimiento de las excepciones personales que tenga contra su endosatario.

En esta hipótesis, el endosante responde frente al endosatario, pero no frente a nuevos endosatarios, si el primero infringe la prohibición y endosa de nuevo (art. 18.2 LCCh).

4.2.2.3. Endosos limitados

Los endosos limitados tienen en común el efecto negativo consistente en que no transmiten la propiedad del pagaré ni la plena disponibilidad de los derechos que incorpora. De este tipo son los endosos de apoderamiento y los endosos de garantía. El endoso de apoderamiento, para cobranza o en comisión de cobro se inserta en el pagaré mediante la cláusula *valor al cobro, para cobranza, por poder*, o cualquier otra que indique un simple mandato (art. 21.1 LCCh). Este endoso transmite el pagaré al endosatario únicamente para que la cobre en nombre e interés del endosante. Por tanto, se trata de un mandato con poder de representación. Debido a ello el deudor a quien se reclame el pago puede oponer al endosatario las excepciones personales que tenga contra el endosante. Por otra parte, el endosatario puede endosar el pagaré de nuevo, pero solo a título de cobranza.

El endoso de garantía se incluye en el pagaré en virtud de menciones tales como *valor en garantía, valor en prenda*, o cualquier otra que implique una garantía (art. 22.1 LCCh). En virtud de él, el pagaré es entregado al endosatario a título de prenda, para garantizar con su importe el cumplimiento de una obligación contraída frente a él por el endosante. Por eso, a pesar de que el endosatario no adquiere la propiedad del pagaré, está legitimado para ejercer todos los derechos que derivan del mismo. En especial puede exigir su pago en nombre e interés propio. Debido a ello, el deudor no puede oponer las excepciones personales que tuviera contra el endosante, salvo que el endosatario hubiera actuado a sabiendas en perjuicio del deudor. Con todo, como no es el propietario del pagaré, no está autorizado para disponer de él, por lo que sólo puede endosarlo en comisión de cobranza, no mediante endoso pleno.

4.3. Circulación de Derecho común

La circulación de derecho común u ordinaria consiste en la transmisión del derecho de crédito incorporado en el pagaré de conformidad con los arts. 347 y 348 Ccom. A consecuencia de ello, el cesionario deviene titular del crédito no de forma autónoma, como sucede en el endoso, sino derivativa, por lo que el deudor podrá oponerle todas las excepciones personales que tenga contra el cedente. Por el mismo motivo, el cesionario carece de acción cambiaria de regreso contra el

cedente, quien sólo responde de la existencia y legitimidad del crédito cedido, pero no de la solvencia del deudor cambiario ni del pago del pagaré, salvo en caso de mala fe (arts. 348 Ccom y 1529 Cciv). Como titular que es del crédito cambiario, el cesionario tiene derecho a la entrega del pagaré (art. 24 LCCh aplicable *ex art.* 96 LCCh).

La cesión ordinaria del pagaré puede tener lugar por decisión de las partes, que no quieren acudir al endoso. En ciertos casos, no obstante, resulta obligado acudir a ella. Sucede esto cuando el firmante inserta en el pagaré la cláusula *no a la orden* o una expresión equivalente, ya que dicha mención impide la transmisión del pagaré por endoso (art. 14 LCCh aplicable *ex art.* 96 LCCh). Y también cuando el pagaré haya sido protestado, se haya efectuado una declaración equivalente por falta de pago o haya vencido el plazo para el levantamiento del protesto, pues en tales hipótesis, aunque se realice el endoso, sus efectos son los de una cesión ordinaria (art. 23 LCCh aplicable *ex art.* 96 LCCh). Asimismo es importante destacar que la transmisión del pagaré por cualquier medio distinto del endoso produce los mismos efectos que la cesión ordinaria (art. 24 LCCh aplicable *ex art.* 96 LCCh). Es el caso, por ejemplo, de la sucesión hereditaria o de la transmisión de pagarés en caso de fusión o escisión de sociedades o incluidas en un conjunto patrimonial que se cede en bloque.

5. El aval

5.1. Concepto y caracteres

El aval es una declaración cambiaria efectuada con el objeto de garantizar el pago por parte de otro obligado cambiario. Señala el art. 96 LCCh que resultarán aplicables al pagaré las disposiciones relativas al aval de la letra de cambio (arts. 35 a 37 LCCh).

A consecuencia de ello el avalista responde de igual manera que el avalado (art. 37.1 LCCh), lo que quiere decir que soporta el mismo tipo de responsabilidad que este último. Responde como si fuera el avalado. El avalado podrá ser el firmante o cualquiera de los tenedores sucesivos del pagaré que lo hayan endosado.

El aval es una garantía personal que, no obstante, mantiene significativas diferencias con el negocio de garantía personal típico, esto es, con la fianza regulada en el Cciv. A diferencia de esta, el aval no es una obligación accesorio de la obligación principal, sino autónoma. Por este motivo, el aval es válido aunque la obligación garantizada sea nula por cualquier causa que no sea la de vicio de forma (arts. 37, 8 y 10 LCCh). De modo, que el avalista no puede oponer la nulidad de la obligación avalada, salvo que derive de un vicio de forma. No

constituyen vicios de forma a estos efectos la firma de un avalado incapaz, los casos de firmas falsas (art. 8 LCCh) o las firmas en representación de otro sin poder (art. 10 LCCh).

También en razón de la autonomía, el avalista carece de legitimación para oponer las excepciones personales del avalado (art. 37.1 LCCh). Puede utilizar sus propias excepciones personales y las que no tengan ese carácter de conformidad con el art. 67 LCCh (aplicable *ex* art. 96 LCCh). Adicionalmente cuando, en caso de adquisición de bienes o servicios por un consumidor, se hubiera concertado un crédito vinculado y para su pago se haya obligado aquel cambiariamente, su avalista podrá oponer al tenedor que hubiera otorgado el crédito las excepciones que se basen en las relaciones con el proveedor de los bienes o servicios correspondientes. Por contrato de crédito vinculado se entiende aquel en el que el crédito contratado sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes específicos o a la prestación de servicios específicos y ambos contratos constituyen una unidad comercial desde un punto de vista objetivo (arts. 24 y 29 LCC).

Asimismo, frente a la fianza, la obligación asumida por el avalista es solidaria tanto porque responde frente al tenedor y a cualquier firmante posterior solidariamente con el firmante y los endosantes del pagaré (artículo 57.1 LCCh aplicable *ex* art. 96LCCh); como porque responde solidariamente con su avalado frente a los titulares del crédito cambiario. A consecuencia de ello, impagada el pagaré el tenedor podrá dirigirse indistintamente, a su elección, contra el deudor avalado o contra su avalista, ya que este no goza del beneficio de excusión, o contra ambos a la vez. En definitiva ambos son codeudores cambiarios.

5.2. Elementos personales

Los elementos personales del aval son dos, el avalista y avalado. Avalista puede ser cualquier tercero ajeno al pagaré, pero también un obligado cambiario (artículo 35.2 LCCh). Avalado puede ser cualquiera de los obligados cambiarios, ya sea en vía directa o de regreso, ya se trate de obligados principales o de otro avalista, ya sean obligados presentes o futuros, esto es, que todavía no hayan firmado el pagaré, en cuyo caso su eficacia está condicionada a que la firma se produzca. Si el aval no indicare a quién se ha avalado, se entenderá que éste ha sido al firmante del pagaré (art. 96 LCCh).

La designación del avalado se efectúa bien mediante identificación directa de su nombre, o bien indicando su posición cambiaria, por ejemplo, “*por aval de...*”.

5.3. Requisitos formales

El aval cambiario ha de estar escrito en el pagaré o en su suplemento y firmado por el avalista. El aval prestado en documento separado del pagaré no surte efecto cambiario alguno (art. 36 LCCh). Si bien, podrá valer como fianza extra-cambiaria de una obligación cambiaria.

En punto a la mención no existe una fórmula rígida de constancia del aval. Lo relevante es que se exprese la voluntad del avalista de garantizar del pago del pagaré. Conforme a ello puede utilizarse la cláusula *por aval* o cualquier otra equivalente, como, por ejemplo, *por garantía* o *como avalista*.

El aval puede suscribirse incluso después del vencimiento y tras la denegación del pago del pagaré, siempre que al otorgarse no hubiere quedado liberado ya el avalado de su obligación cambiaria (art. 35 LCCh). Es lo que se denomina *aval tardío*.

5.4. Modalidades

5.4.1. En atención al ámbito subjetivo

En atención al ámbito subjetivo se distingue el aval individual y el coaval. El primero es aquel prestado por una sola persona. En el coaval concurren varios avalistas, llamados coavalistas. Los coavalistas responden solidariamente del pago del pagaré, si bien internamente, entre ellos, solo pueden reclamarse la parte que a cada uno corresponda con los intereses del anticipo, ya que sus relaciones se rigen por el Derecho común (art. 1145 Cciv). Distinto del coaval son el subaval y el contraaval. El subaval o aval subsidiario o de segundo grado, es aquel en que el avalista responde del impago de otro avalista, a quien sigue en el orden cambiario, por lo que si el subavalista paga el pagaré, además de las acciones contra quienes le precedan en el orden cambiario, puede repetir contra el avalado y el subavalado. Por su parte, el contraaval constituye una fianza extracambiaria que otorga el avalado a favor del avalista cambiario para el caso de que este último se vea obligado a pagar el pagaré. A consecuencia de ello, el avalista que paga puede optar entre ejercitar las acciones cambiarias contra el avalado y los sujetos responsables frente a él o ejecutar las garantías del contraaval mediante el ejercicio de una acción causal.

5.4.2. En atención al contenido

Por su contenido el aval puede ser general o parcial. El aval general o total se presta por la cantidad total de la que responde el avalado. El importe de esta es

asimismo el máximo del que es posible responder por aval, de manera que aunque se avale por una cantidad superior, el avalista sólo responde hasta ese límite. Salvo que en el pagaré se indique otra cosa, se presume que el aval es de esta índole (art. 37.1 LCCh).

El aval parcial o limitado es el que se presta por una cantidad inferior al importe total del pagaré del que responde el avalado. La limitación de la cantidad puede efectuarse indicando un importe concreto o un porcentaje de la obligación principal avalada. Es admisible igualmente la limitación consistente en avalar solo el pago de los intereses. Sobre los efectos que en la obligación del avalista limitado provoca el pago parcial del pagaré por parte del avalado no hay una opinión segura. Se oscila entre considerar que la responsabilidad del avalista parcial se mantiene íntegra mientras la parte no pagada del crédito cambiario esté comprendida en los límites de su vinculación, y estimar que, por el contrario, resulta aplicable la regla del prorrateo (arg. anal. *ex art.* 1174.2 Cciv y equidad).

De otro lado, aunque la LCCh solo contempla expresamente las limitaciones relativas a la cantidad, son admisibles otras, puesto que, a diferencia de lo que sucede con otras declaraciones cambiarias, aquí no se exige que el aval sea puro y simple. Cabe por tanto prestar avales condicionados o a término o por tiempo limitado, ya inicial, ya final contado desde la fecha de vencimiento, en los que el avalista restringe su vinculación a que le sea requerido el pago del pagaré dentro de ese determinado límite temporal. Sin embargo debe descartarse la licitud del aval otorgado a favor de persona determinada, puesto que el aval constituye una garantía objetiva, impersonal, que asegura determinada obligación cambiaria frente a todos los tenedores del pagaré.

5.5. El pago por el avalista

El avalista que pague al tenedor el importe total recogido en el pagaré tiene derecho a que se le entregue materialmente el título cambiario. Si el aval es parcial, sólo podrá exigir que se haga constar el pago en el propio pagaré, que se le entregue un recibo y una copia autenticada del pagaré.

Ostenta asimismo el derecho de resarcirse del pago efectuado. En primer término frente al avalado, contra quien puede ejercitar una acción de reembolso de naturaleza cambiaria, no una acción subrogatoria puesto que no se subroga en los derechos del tenedor a quien ha pagado, sino que adquiere los derechos derivados del título cambiario. En segundo lugar, frente a las personas que sean responsables cambiariamente en relación con su avalado, a quienes este, por tanto, podría exigir el pago del pagaré, ya que el avalista es tenedor de la misma. La cantidad

a reclamar comprende el importe del pagaré, los intereses y los gastos que haya realizado (arts. 37 y art. 59 LCCh).

Finalmente, cabe indicar que el avalado no puede oponer al avalista que repite contra él las excepciones personales que el primero tuviera contra el acreedor cambiario satisfecho por el avalista, tanto porque la acción de repetición del avalista es una acción cambiaria derivada de un derecho autónomo, como porque tampoco el avalista ha podido oponerlas al acreedor para exonerarse del pago. A consecuencia de todo ello la función económica principal del aval consiste en reforzar el crédito cambiario.

6. *La intervención en el pago*

El art. 96 LCCh remite la regulación de la intervención en el pago al art. 78 LCCH. La intervención en el pago tiene lugar cuando se interviene para pagar en lugar del obligado cambiario principal. Podrá hacerse siempre que el tenedor tenga derecho a ejercitar la vía de regreso, ya sea antes o después del vencimiento del pagaré. El pago por intervención ha de constar en el pagaré mediante recibí, con indicación de la persona a cuyo favor se ha efectuado. A falta de esta indicación, se entenderá hecho a favor del firmante (art. 78 LCCh). Deberá comprender la cantidad total a satisfacer por aquél por quien se interviene, y efectuarse, a más tardar, al día siguiente del último día permitido para levantar protesto por falta de pago, esto es, al octavo día hábil siguiente al del vencimiento del pagaré (arts. 74 y 51.4 LCCh).

El pago por intervención libera a todos los firmantes posteriores a aquél por cuenta del cual se ha efectuado (art. 77 LCCh aplicable ex art. 96 LCCh). Si el tenedor rechaza el pago por intervención perderá sus acciones contra todos los obligados cambiarios que habrían resultado liberados si el pago hubiera sido aceptado. En caso de varios ofrecimientos se dará preferencia al que libere a mayor número de obligados. Quien pague por intervención a sabiendas de que está incumpliendo esta regla, perderá sus acciones contra todas las personas que hubieran podido quedar liberadas (art. 75 LCCh aplicable ex art. 96 LCCh).

Finalmente es conveniente observar que la persona que realiza el pago por intervención adquiere el derecho a que se le entregue el pagaré y el protesto, si lo hubiere (art. 78.2 LCCh). Asimismo puede ejercitar todos los derechos que derivan del pagaré contra el obligado cambiario por el que ha intervenido y contra todos los que responden frente a él, pero no podrá endosarla de nuevo (art. 77 LCCh).

7. *Cumplimiento*

7.1. La presentación al pago

7.1.1. *Caracterización*

El art. 96 LCCH remite el régimen del pago en el pagaré a los arts. 43 y 45 a 48 LCCh. El pagaré es un título de presentación, lo que significa que su tenedor tiene el deber de requerir al deudor su pago mediante la presentación del mismo. Tradicionalmente la presentación debía efectuarse materialmente. En la actualidad, sin embargo, la circulación masiva de pagarés a través de las entidades de crédito y las técnicas electrónicas han propiciado la admisión de expedientes asimilados o equivalentes a la presentación material.

En concreto cuando se trate de pagarés domiciliados en una cuenta abierta en entidad de crédito, su presentación a una Cámara o sistema de compensación equivale a su presentación al pago (art. 43.2 LCCh). Si el pagaré está domiciliado de la forma indicada, la presentación ha de hacerse ante la entidad de crédito domiciliataria. Como lo normal es que también el tenedor sea otra entidad de crédito, que posee el título bien en gestión de cobro o en virtud de un contrato de descuento, la presentación al pago se hace a través de su presentación al Sistema Nacional de Compensación Electrónica. El sistema permite que el pagaré se mantenga inmovilizado y que la presentación tenga lugar de forma telemática. Asimismo cuando el pagaré esté en poder de una entidad de crédito, se considera que hay presentación al pago cuando, con anterioridad suficiente a la fecha de vencimiento, aquella remite al librado un aviso en el que se contengan todos los datos necesarios para la identificación del pagaré a fin de que el firmante pueda dar las instrucciones para el pago (artículo 43.3 LCCh).

El legitimado para presentar el pagaré al pago es su tenedor legítimo. Puede hacerlo por sí mismo o por medio de un representante o mandatario, que es lo usual debido al empleo de medios equivalentes a la presentación material y a la intervención de las entidades de crédito. El legitimado pasivo, a quien ha de efectuarse la presentación, es el firmante. Cuando haya varios habrá de presentarse al pago a todos ellos dentro del plazo de ocho días hábiles, salvo que alguno pague antes (artículo 44.2 LCCh). En este caso, la acción de regreso sólo nace en caso de falta de pago de todos.

7.1.2. *Requisitos*

La presentación ha de efectuarse en el lugar expresamente indicado en el pagaré. A falta de esa indicación o cuando la misma resulte incompleta o se haga refe-

rencia a un lugar inexistente, el pagaré se presentará en el domicilio del firmante, que tendrá la doble consideración de domicilio del firmante y domicilio del pago [art. 95.b) LCCh].

En cuanto a los requisitos temporales, comprenden el tiempo de la presentación. El tenedor del pagaré pagadero en una fecha fija o en un plazo a contar desde la fecha o desde la vista, deberá efectuarlo el día de su vencimiento o en uno de los dos días hábiles siguientes, cuantas veces quiera dentro de ese plazo, en tanto que no le sea pagado (art. 43.1 LCCh). Si es un pagaré a la vista, la presentación al pago ha de efectuarse en todo caso dentro del año siguiente a su fecha, a no ser que el firmante hubiera alargado o acortado ese plazo indicándolo expresamente en el pagaré, o que haya sido reducido por los endosantes (art. 39.1 LCCh).

Estos plazos se cuentan normalmente desde la fecha de emisión del pagaré, pero el firmante puede indicar que no se presente al pago antes de una fecha, en cuyo caso esta es la que se tendrá en cuenta para contar el plazo de presentación (art. 39.2 LCCh). Ahora bien, los plazos de presentación son objeto de prórroga legal automática en casos de fuerza mayor, entendida como hecho objetivo y general que impida la presentación del pagaré al pago. No lo son los acontecimientos que afecten solo personalmente al tenedor o a la persona encargada por él de la presentación del pagaré (art. 64 LCCh aplicable *ex* art. 96 LCCh).

7.2. El pago

7.2.1. *Objeto del pago*

El pago debe efectuarse en dinero efectivo, salvo pacto expreso de dación de bienes. Y en la moneda expresada en el pagaré. Si no fuera posible efectuar el pago en la moneda pactada, por causa no imputable al deudor, éste entregará el valor en euros de la suma expresada en el pagaré, determinándose dicho valor de acuerdo con el cambio vendedor correspondiente al día del vencimiento (art. 47 LCCh).

7.2.2. *Requisitos*

El pago debe ser íntegro, esto es, coincidente con la suma que se indica en el pagaré y, cuando se haya estipulado en el libramiento, de sus intereses [arts 1.2 y 6.1c) LCCh aplicables *ex* art. 96 LCCh]. Ahora bien, el tenedor no puede rechazar el pago parcial (art. 45.2 LCCh). Esta desviación del régimen común (art. 1169 Cciv) se explica por la protección que ofrece a los obligados en vía de regreso al verse reducido con el pago parcial el importe de su responsabilidad cambiaria. El pago

también debe ser tempestivo, lo que sucede cuando se realiza el día del vencimiento o dentro de los dos días hábiles siguientes. No puede efectuarse después, ni antes. El portador del pagaré no puede ser obligado a recibir el pago antes de su vencimiento (art. 46.1 LCCh), ya que se considera que el plazo también se establece en interés del acreedor.

Por otro lado, si el firmante paga anticipadamente el pagaré lo hace por su cuenta y riesgo (art. 46.2 LCCh), lo que significa que asume las consecuencias que se deriven del pago a quien no es tenedor legítimo del pagaré. En particular se arriesga a verse obligado a realizar un doble pago, ya que también deberá pagar a quien sea el legítimo tenedor. Sin embargo, si efectúa el pago de buena fe al tenedor que aparezca formalmente como poseedor legítimo del pagaré, queda liberado (art. 1164 Cciv). Con todo, la protección que recibe el deudor que paga al vencimiento es mucho más intensa ya que queda liberado, salvo que hubiera incurrido en dolo o culpa grave a la hora de apreciar la legitimación del tenedor. Con ese objeto está obligado a comprobar la regularidad de la cadena de endosos, pero no la autenticidad de la firma de los endosantes (art. 46.3 LCCh).

7.3. El pago ordinario. La acción directa

El pago ordinario es el que realiza el firmante en la fecha de vencimiento o en uno de los dos días hábiles siguientes (artículo 43.1 LCCh) al tenedor legítimo del pagaré. Este pago extingue todas las obligaciones cambiarias y libera a todas las personas obligadas (art. 1170 Cciv). La falta de pago del firmante o de su avalista genera la acción directa, denominada así porque compete al tenedor, frente al firmante y su avalista para reclamar el importe del principal del pagaré, los intereses y ciertos gastos, sin necesidad de protesto, tanto en la vía ordinaria como a través del proceso especial cambiario (arts. 49.2, 58 y 59 LCCh aplicables *ex art.* 96 LCCh). Esta acción no se perjudica por falta de presentación al pago el día del vencimiento, pero está sometida a un plazo de prescripción de tres años, contados a partir del vencimiento del pagaré (art. 88.1 aplicable *ex art.* 96 LCCh).

7.4. El pago extraordinario. La acción de regreso

7.4.1. Caracterización y legitimación

Se denomina pago extraordinario al realizado por cualquiera de los obligados en vía de regreso. El regreso compete al tenedor del pagaré frente a todos los obligados cambiarios distintos del firmante y su avalista. Sus efectos dependen de la

posición que ocupe la persona que lo realiza. Si paga un endosante se extinguen las obligaciones cambiarias de los endosantes posteriores a él y de sus respectivos avalistas, pero permanecen las obligaciones de pago de los endosantes anteriores, el firmante y de sus respectivos avalistas. Si paga el firmante, los efectos liberatorios de su pago alcanzan a todos los endosantes y a sus respectivos avalistas. Si paga el avalista del firmante, sólo podrá repetir contra dicho firmante.

El que pague el pagaré en vía de regreso puede requerir su entrega con el protesto y la cuenta de resaca con el recibí (art. 60 LCCh aplicable *ex art.* 96 LCCh) y tiene derecho a exigir de cualquiera otro de los obligados cambiarios contra quien conserve acción no sólo la cantidad pagada sino también los intereses contados a partir de la fecha del pago, más los gastos en que haya incurrido (art. 59 LCCh aplicable *ex art.* 96 LCCh). La acción para exigir este pago se denomina de regreso. Dado que los obligados cambiarios responden solidariamente frente al tenedor (art. 57.1 LCCh aplicable *ex art.* 96 LCCh), es posible proceder contra todos ellos indistintamente, de forma individual o conjunta, sin que sea necesario observar el orden en que se hubieran obligado. En consecuencia es factible oponer conjuntamente la acción directa contra el firmante y su avalista y la acción de regreso contra los demás obligados cambiarios.

7.4.2. *Presupuestos de la acción de regreso*

La acción de regreso está sujeta a la concurrencia de dos tipos de presupuestos, de carácter sustancial y formal.

El presupuesto sustancial consiste en la falta de pago ordinario del pagaré a su vencimiento.

El presupuesto formal es el levantamiento del protesto o la realización de la declaración equivalente (arts. 49.2 y 63 LCCh aplicables *ex art.* 96 LCCh). No obstante, la necesidad de protesto o de declaración equivalente puede ser eliminada mediante la inclusión en el pagaré de la cláusula *sin gastos o sin protesto* (art. 56 LCCh aplicable *ex art.* 96 LCCh). El protesto es un acto notarial que acredita la falta de aceptación o la falta de pago del pagaré (art. 51.1 LCCh aplicable *ex art.* 96 LCCh). En síntesis parte de un acta notarial, que se notifica al firmante con el requerimiento de que pague el pagaré, que queda en poder del notario. Si no se produce el pago, el notario termina el acto del protesto devolviendo el pagaré al tenedor (arts. 52 a 54 LCCh aplicables *ex art.* 96 LCCh).

El protesto solo es obligatorio si el firmante lo ha exigido expresamente en el pagaré (art. 51.2 LCCh aplicable *ex art.* 96 LCCh). En otro caso se sustituye por la llamada declaración equivalente que producirá todos los efectos cambiarios del protesto. Se trata de una declaración que consta en el propio pagaré, firmada y

fecha por el firmante, en la que se deniega el pago, así como la declaración, con los mismos requisitos, del domiciliario o, en su caso, de la Cámara de Compensación, en la que se deniega el pago (art. 51.2 LCCh aplicable *ex art.* 96 LCCh).

De faltar la concurrencia de alguno de los presupuestos se pierde la acción de regreso. En este último caso con excepción de los pagarés que incluyan la cláusula *sin gastos* (arts. 63.1 y 56 LCCh aplicables *ex art.* 96 LCCh).

7.5. Procedimientos

Tanto la acción directa como la de regreso pueden ser ejercitadas en juicio declarativo, ordinario o verbal, y en juicio cambiario (art. 66 LCCh aplicable *ex art.* 96 LCCh y 819 a 827 LEC). Este último constituye la especialidad más significativa en este ámbito. Se trata de un procedimiento declarativo especial de carácter sumario y cognición limitada, que permite al tenedor obtener el pago del pagaré de una manera especialmente rápida y expeditiva puesto que, una vez iniciado mediante una demanda sucinta a la que ha de acompañarse el pagaré, el juez requerirá al demandado para que pague, pudiendo ordenar el inmediato embargo preventivo de sus bienes.

7.6. Excepciones cambiarias

El demandado únicamente puede oponerse al pago con fundamento en alguna de las excepciones previstas en el art. 67 LCCh (aplicable *ex art.* 96 LCCh y art. 824 LEC). Estas excepciones, utilizando el término en sentido amplio, son, por tanto, las únicas oponibles frente a las acciones cambiarias, aunque no se ejerciten a través del juicio cambiario. A grandes rasgos son de dos tipos:

- i) Excepciones reales, denominadas así porque son oponibles a cualquier tenedor del pagaré. Se refieren a la inexistencia o falta de validez de su propia declaración cambiaria, incluida la falsedad de la firma, la falta de legitimación del tenedor o de las formalidades necesarias del pagaré y la extinción del crédito cambiario cuyo cumplimiento se exige al demandado.
- ii) Las excepciones personales, que, por regla general, únicamente pueden oponerse a un tenedor determinado. En concreto, a aquel con el que se mantiene la relación personal subyacente, con fundamento precisamente en dicha relación. No obstante, la jurisprudencia es particularmente restrictiva al interpretar el posible contenido de la oposición formulada al amparo de este tipo de excepciones por cuanto solo admite el incumplimiento total o esencial del contrato subyacente, no el incumplimiento parcial, tardío o meramente defectuoso.

Estas excepciones también pueden ser opuestas frente a tenedores distintos de aquel con el que se mantiene la relación subyacente, si al adquirir el pagaré dicho tenedor procedió a sabiendas en perjuicio del deudor (art. 67.2 LCCh aplicable *ex* art. 96 LCCh). Se trata de la denominada *exceptio doli*.

7.7. Acciones extra-cambiarias

7.7.1. Caracterización y clases

Junto a las acciones propiamente cambiarias, esto es, la acción directa y la de regreso, el tenedor tiene a su disposición otras, denominadas extra-cambiarias por cuanto no nacen del derecho incorporado al pagaré. Se trata de la acción causal y de la de enriquecimiento.

7.7.2. Acción causal

La acción causal corresponde al tenedor en razón de la relación subyacente que sirvió de fundamento a la emisión del pagaré o a la emisión de otra declaración cambiaria. En estos casos, el tenedor dispone de dos acciones, la cambiaria, procedente del pagaré, y la causal, derivada del contrato subyacente. Cabe que las partes pacten que la entrega del pagaré produzca la extinción del crédito causal mediante novación, pero a falta de pacto, la entrega solo produce los efectos del pago cuando hubiese sido realizada, o cuando, por culpa del acreedor, se hubiese perjudicado (art. 1170 Cciv). Ahora bien, al objeto de que el deudor no soporte el ejercicio de dos acciones de forma simultánea, hasta que no concurra alguna de esas dos últimas circunstancias, la acción causal queda en suspenso (art. 1170 Cciv). De forma que no pueden ejercitarse simultáneamente, aunque sí de forma subsidiaria o sucesiva, incluso en la misma demanda, solicitando la condena con fundamento en la acción causal para el caso de que la cambiaria no prospere.

7.7.3. Acción de enriquecimiento

La acción de enriquecimiento se concede al tenedor que haya perdido la acción cambiaria frente a todos los obligados y no pueda tampoco ejercitar acciones causales contra ellos. En estos casos podrá dirigirse contra el firmante o un endosante, exigiéndoles el pago de la cantidad con la que se hubieren enriquecido injustamente en su perjuicio, como consecuencia de la extinción de la obligación cambiaria por la omisión de los actos exigidos por la Ley para la conservación de los derechos que derivan del título. La acción prescribe a los tres años de haberse extinguido la acción cambiaria (art. 65 LCCh aplicable *ex* art. 96 LCCh).

Lección 16

Derecho de los títulos valores (II).

La letra de cambio y el cheque

SUMARIO: II. LA LETRA DE CAMBIO. 1. Caracterización. 1.1. Concepto y caracteres. 1.2. Similitudes y diferencias con el pagaré. 1.3. Función económica. 2. Elementos personales. 2.1. Identificación. 2.2. Confusión de elementos personales. 3. Aceptación de la letra. 3.1. Caracterización. 3.2. Presentación de la letra a la aceptación. 3.2.1. Caracterización y requisitos. 3.2.2. Letras de presentación obligatoria. 3.2.3. Prohibiciones de presentación a la aceptación. 3.3. Requisitos de la aceptación. 3.3.1. Requisitos de forma. 3.3.2. Requisitos de contenido. 3.4. Efectos de la aceptación. 3.5. La intervención en la aceptación. 3.6. El protesto por falta de aceptación. III. EL CHEQUE. 1. Concepto y caracteres. 2. Emisión. 2.1. Caracterización y condiciones. 2.2. Requisitos. 2.2.1. Requisitos esenciales. 2.2.2. Requisitos naturales. 2.3. Cláusulas facultativas. 2.4. Presupuestos. 3. Clases de cheques. 3.1. Enumeración. 3.2. El cheque cruzado. 3.3. El cheque para abonar en cuenta. 3.4. El cheque bancario. 3.5. El cheque de viaje. 3.6. El cheque certificado. 3.7. El cheque garantizado. 3.8. El cheque de ventanilla. 4. Circulación del cheque. 4.1. Caracterización. 4.2. El cheque al portador. 4.3. El cheque nominativo. 4.3.1. Caracterización y supuestos. 4.3.2. El endoso. 4.3.2.1. Requisitos. 4.3.2.2. Elementos personales. 4.3.2.3. Clases de endoso. 5. Cumplimiento. 5.1. Presentación al pago. 5.1.1. Caracterización. 5.1.2. Requisitos. 5.2. El pago. 5.2.1. Objeto del pago. 5.2.2. Requisitos. 5.2.3. La prueba del pago. 5.3. El pago ordinario. 5.3.1. Caracterización. 5.3.1.1. Concepto. La obligación de pago. 5.3.1.2. Presupuestos de la obligación de pago. 5.3.2. Efectos. 5.4. El pago extraordinario. La acción de regreso. 5.5. Acción causal y acción de enriquecimiento.

II. LA LETRA DE CAMBIO

1. Caracterización

1.1. Concepto y caracteres

La letra de cambio es un título a la orden nato, que incorpora una orden o mandato incondicionado de pagar a su poseedor legítimo una suma determinada de dinero a su vencimiento a la orden del tomador. El mandato se dirige al librado, pero ello no le confiere la condición de obligado cambiario, que solo adquiere si acepta la letra, convirtiéndose, por ende, en aceptante. Sin embargo vincula solidariamente a todos los firmantes de la letra, esto es, el librador, los avalistas y los endosatarios, ya que se convierten en obligados cambiarios por el mero hecho de firmar la letra garantizando solidariamente el pago. De modo que si la letra no es pagada voluntariamente el día del vencimiento, el tenedor puede dirigirse contra cualquiera de ellos o contra todos para obtener el pago (art. 57 LCCh).

Como el pagaré es un título formal, literal y dotado de fuerza ejecutiva, tiene carácter autónomo y abstracto.

1.2. Similitudes y diferencias con el pagaré

Como ya se advirtió al tratar el pagaré, la LCCh recoge esencialmente el régimen jurídico de la letra de cambio y salvo algunas disposiciones propias del pagaré, el régimen jurídico de este se remite al de la letras.

Por tanto, es evidente que ambos títulos comparten muchas similitudes. Razón por la que se remite al pagaré el estudio de los aspectos de la letra de cambio relativos a la emisión, circulación, aval cumplimiento y pago.

La principal diferencia entre ambos títulos tiene que ver con el hecho de que la letra es una orden de pago que hace quien emite el título, el librador, a otra, el librado, para que pague a un tercero; mientras que el pagaré es una promesa de pago de la misma persona que lo emite, el firmante. El librado además, solo se convierte en obligado cambiario cuando acepta la letra de cambio, lo que introduce un régimen particular relativo a la aceptación de la letra que también se traslada al régimen de protesto.

La LCCh exige que las indicaciones anteriores consten en la letra, pero no requiere que la letra se redacte en ningún modelo oficial. Sin embargo, deberán extenderse necesariamente en el efecto timbrado de la clase que corresponda a su cuantía, para no quedar privadas de eficacia ejecutiva (DF 1ª LCCh y art. 37 RD-Leg. 1/1993 de 24 de septiembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados). Por lo tanto, la ausencia del modelo oficial no afecta a la existencia y validez de la letra, ni priva a su legítimo tenedor de reclamar su pago a través de los procedimientos declarativos, si bien le sujeta, en su caso, a sanciones fiscales.

Al margen de los elementos personales y la aceptación que serán abordados a continuación, se observan una serie de diferencias particulares. Entre ellas, puede citarse las siguientes:

- i) Cabe el giro contra varios librados, que se entiende dirigido indistintamente a cada uno para que cualquiera pague el importe total de la letra (art. 3 LCCh).
- ii) Se puede librar letras de cambio en pluralidad de ejemplares (arts. 79 a 81 LCCh).
- iii) A falta de indicación sobre el lugar en que se ha de efectuar el pago se considerará como el lugar del pago y, al mismo tiempo, como lugar del domicilio del librado, el designado junto al nombre del librado [art. 2 b) LCCh].
- iv) En la letra de cambio, el vencimiento a un plazo desde la vista se determina desde la fecha de la aceptación o del protesto o declaración equivalente si no hubiera sido aceptada (art. 40 LCCh)

- v) El endosante en la letra garantiza la aceptación y el pago, salvo que se introduzca una cláusula en sentido contrario (art. 18 LCCh).
- vi) En el caso en que en el aval no se indique quien es el avalado, se considerará que es el librado aceptante, y en su defecto, el librador (art. 36 LCCh).

1.3. Función económica

La letra de cambio es como el pagaré un medio de pago eficaz, así como un instrumento de crédito. Si bien fue durante mucho tiempo el principal título cambiario, en la actualidad como ya se ha indicado, ha perdido mucha importancia y ha sido sustituido por el pagaré.

2. *Elementos personales*

2.1. Identificación

El librador es la persona que emite la letra a la orden del tomador, que es el acreedor, y a cargo del librado, persona a la que el tomador ordena el pago. Con esa declaración cambiaria, sin embargo, se obliga a pagar al tenedor si el día del vencimiento no es abonado por el librado (art. 50 LCCh). La causa de la emisión, esto es, el negocio subyacente por imposición del cual el librador se obligó a emitir la letra, carece de relevancia para la existencia o validez de la emisión. El librado es la persona a quien va dirigida la orden de pago consignada en la letra. Como se ha indicado antes, sin embargo, esa sola circunstancia no le convierte en obligado cambiario, condición que adquirirá únicamente si acepta la letra, convirtiéndose, por ende, en aceptante. La denominada provisión de fondos, esto es, el negocio subyacente que generó su deuda incorporada ahora a la letra, es, como en el caso anterior, irrelevante para la validez de aquella. El tomador es el primer poseedor o tenedor de la letra y acreedor de la obligación a ella incorporada. Suele denominarse tenedor al segundo poseedor que la recibe mediante endoso. A su orden debe pagar el aceptante el día del vencimiento o, en su caso, los obligados en vía de regreso, si este no lo hace.

2.2. Confusión de elementos personales

Lo normal es que cada uno de intervinientes anteriores sean sujetos distintos. Pero también puede suceder que exista una confusión de elementos personales. Cuando coinciden la persona del librador y el librado, la letra se denomina girada al propio cargo [art. 4 b) LCCh]. Si la coincidencia se produce entre librador y to-

mador la letra se denomina a la propia orden [art. 4 b) LCCh]. La confusión puede producirse asimismo tras la emisión de letra. Es lo que sucede con el llamado endoso de retorno, que podrá hacerse incluso a favor del librado, haya aceptado o no, del librador o de cualquier otra persona obligada en la letra. Todas estas personas podrán endosarla de nuevo (art. 14.4 LCCh).

3. *Aceptación de la letra*

3.1. Caracterización

La aceptación es una declaración de voluntad unilateral e incondicionada contenida en la letra que emite el librado, en cuya virtud ingresa en el círculo de los obligados cambiarios, comprometiéndose a pagarla a su vencimiento (art. 33 LCCh). Según se ha indicado en repetidas ocasiones, antes de la aceptación, el librado no asume obligación cambiaria alguna, ni la de pagar la letra, ni siquiera la de aceptarla. Incluso un eventual pacto extra-cambiario por el que se hubiera obligado a aceptar no tiene más consecuencia que la de poder ser condenado a reparar los daños y perjuicios que la falta de aceptación haya provocado. Pero siempre en el ámbito extra-cambiario. Mediante ella, el aceptante se convierte en el obligado cambiario principal y directo, por lo que se trata de una institución predispuesta fundamentalmente en beneficio del tenedor a fin de procurarle la seguridad de que, en el momento del vencimiento, el librado cumplirá la obligación de pago inserta en la letra.

La letra puede ser aceptada antes de su entrega al tenedor. Eso supone una ventaja para el librador pues con la aceptación hay ya dos obligados al pago de la letra, él mismo y el aceptante, lo que amplía sus posibilidades de hacerla circular en mejores condiciones. En otro caso, hay que tener en cuenta las disposiciones que regulan la presentación a la aceptación.

3.2. Presentación de la letra a la aceptación

3.2.1. *Caracterización y requisitos*

La presentación a la aceptación desempeña respecto de ella una función de carácter instrumental. Consiste en la exhibición material o física de la letra al librado, con el fin de que la acepte, pero sin que el portador esté obligado a dejar en su poder el documento (art. 28 II LCCh). Sin embargo, ha de ejecutarse con el ejemplar original, o bien con un duplicado o reproducción literal de la letra original, con todas sus firmas. No es suficiente una simple copia, pues siendo la

letra un título formal, literal y completo, la aceptación debe figurar en el mismo. Puede ser efectuada por su tenedor o por un simple portador, pero deberá hacerse al librado en su domicilio (art. 25 LCCh). En cuanto a la fecha, la LCCh establece únicamente un plazo máximo. Permite que se haga en cualquier momento hasta el vencimiento de la cambial (art. 25 LCCh), esto es, desde el instante de su emisión y hasta la víspera del vencimiento. En consecuencia, a partir de ese momento, ya no es posible efectuar la presentación a la aceptación, porque lo que procede es la presentación al cobro.

Pero aunque se admitiera es obvio que la presentación extemporánea no impide la pérdida de las acciones de regreso por falta de aceptación; si bien la cuestión no tiene mayor importancia pues, en tanto lo que procede es la presentación al cobro, la negativa al pago hace nacer las acciones de regreso por falta de pago y ambas tienen idéntico contenido. Ahora bien, en el texto de la Ley el librado tiene derecho a que se le presente por segunda vez la letra de cambio, al día siguiente de la primera presentación (art. 28.I LCCh). Con ello se ha querido conceder al mismo un plazo de reflexión a fin de que pueda obtener la información necesaria para valorar si quiere comprometerse cambiariamente. Los presupuestos de esta segunda presentación son que el librado la solicite y que no haya manifestado en la primera su voluntad firme de no aceptar la letra. De cumplirse ambos, sólo podrá tenerse por rehusada la aceptación cuando el librado se niegue a efectuarla en la segunda presentación y, consiguientemente, solo en tal caso procede el regreso por falta de aceptación.

En este contexto hay que entender la prescripción que contiene la LCCh cuando, tras disponer que el librado podrá pedir que se le presente por segunda vez la letra de cambio, declara que los obligados en vía de regreso no podrán alegar que tal petición quedó incumplida, salvo que hubiere constancia de la misma en el protesto o en la declaración equivalente del librado (art. 28 I LCCh). Quiere decir que los obligados al pago de la letra en vía de regreso solo podrán oponer la excepción de falta de presentación a la aceptación, basándose en la inexistencia de la segunda, cuando la solicitud de esa presentación se halle debidamente acreditada en la forma especificada en la Ley. Conforme a ello, la segunda presentación priva de eficacia jurídica a la primera en el sentido de que si el tenedor cambiario efectúa la primera, pero no la segunda, la primera ha de considerarse, sin más, como no hecha, de modo que, en el caso de que la presentación fuera obligatoria, el tenedor pierde la vía de regreso, tanto por falta de aceptación como de pago, en los términos que se analizarán a continuación.

Finalmente, en relación con el plazo de presentación a la aceptación, hay que entender que la petición de una segunda presentación es válida y debe ser atendida, aunque la primera presentación se haya llevado a cabo en el último día del

plazo legal o voluntario, por lo que el tenedor no podrá acudir al protesto, al menos hasta el día siguiente al último del que se disponía originalmente para la presentación a la aceptación, esto es, en todo caso ha de respetarse el plazo de la segunda presentación.

3.2.2. *Letras de presentación obligatoria*

Por regla general, la presentación a la aceptación es facultativa. Es decir, es un acto voluntario del tenedor que puede optar libremente entre presentarla o no (art. 25 LCCh). Si decide no hacerlo, no pierde por ello sus derechos, ni contrae responsabilidad adicional alguna. Existen no obstante dos supuestos en que la presentación a la aceptación es necesaria u obligatoria:

i) En los casos de letras que vencen a un plazo desde la vista (art. 27 LCCh). El motivo es sencillo. La manera en que se expresa en ellas el plazo de vencimiento exige determinar el día del inicio del cómputo. La presentación a la aceptación es, pues, necesaria, porque esa fecha es imprescindible para fijar el día desde el que comienza a correr el plazo de vencimiento. Que no es, sin embargo, el propio día de la presentación, sino el de la aceptación (art. 40 LCCh), el día siguiente a esta (art. 5 Cciv). Estas letras deben presentarse a la aceptación en el plazo máximo de un año a partir de su fecha, si bien el librador podrá acortar o ampliar dicho plazo y los endosantes pueden reducirlo (art. 27 LCCh);

ii) En los casos de letras en que el librador ha impuesto tal carga, fijando o no un plazo para ello (art. 26.1 LCCh). En esta última hipótesis ha de entenderse que deben ser presentadas a la aceptación antes del vencimiento (art. 25 LCCh). Los endosantes también están legitimados para imponer la presentación, salvo que el librador haya prohibido la aceptación (art. 26.4 LCCh). Se trata en ambos casos de la denominada *cláusula contra aceptación*. Las consecuencias de su incumplimiento y las del deber legal de presentar a la aceptación las letras giradas a un plazo desde la vista son idénticas. Provoca la pérdida de las acciones cambiarias de regreso, tanto las que asisten por falta de aceptación, como por falta de pago. La diferencia estriba en que, tratándose del deber legal y del impuesto por el librador, la pérdida afecta a todos los obligados en vía de regreso; mientras que si la cláusula fue introducida por un endosante únicamente se pierden las que se ostentan frente a él.

3.2.3. *Prohibiciones de presentación a la aceptación*

El librador está autorizado para incluir en la letra una prohibición absoluta de presentación a la aceptación y una prohibición transitoria o temporal. El librador

puede prohibir la presentación a la aceptación en todo caso, salvo que la letra sea pagadera en el domicilio de un tercero, o en una localidad distinta de la del domicilio del librado, o se trate de una letra girada a un plazo desde la vista. Este tipo de cambiales son conocidas en el tráfico con la denominación de *letras no aceptables*.

Se trata, sin embargo, de una terminología equívoca, pues tal cláusula no significa que no puedan ser aceptadas. Sólo supone que existe una prohibición de presentarlas a la aceptación. Pero si tal prohibición no es respetada y la letra presentada resulta finalmente aceptada, la aceptación es plenamente válida y eficaz. La funcionalidad de esta cláusula consiste en excluir la posibilidad de las acciones de regreso por falta de aceptación, tanto en relación con el librador como respecto de cada uno de los endosantes. Desde este punto de vista es análoga, pues, a la cláusula por la que el librador se exime de responsabilidad en caso de falta de aceptación (art. 11 LCCh), si bien hay quien opina que se diferencian en que, en este último caso, sólo beneficia al librador.

A su vez, el librador está autorizado a incluir en la letra una prohibición de presentación a la aceptación de carácter transitorio o temporal, disponiendo que no pueda tener lugar antes de determinada fecha. Sus efectos son similares a la anterior. En este caso, sin embargo, no existe limitación al respecto de las letras en que es posible incluir tal cláusula. Toda cambial puede incorporarla, incluso aquéllas en las que la presentación a la aceptación sea necesaria.

3.3. Requisitos de la aceptación

3.3.1. *Requisitos de forma*

Debido a la literalidad de la letra, la aceptación ha de constar en el propio título o en su suplemento. De ordinario se expresa con la fórmula *acepto* u otra equivalente, como *conforme* o *visto*, ya que la LCCh no impone una especial, e irá firmada por el librado en forma autógrafa en el anverso de la letra. Sin embargo la simple firma de este allí equivale a la aceptación. Como regla general, no es preciso consignar su fecha. Excepcionalmente sin embargo, cuando la letra sea pagadera a cierto plazo desde la vista, o cuando deba presentarse a la aceptación en un plazo fijado por una estipulación especial, deberá llevar la fecha del día en que se haya otorgado, a no ser que el portador exija que se fije la fecha del día de la presentación. A falta de fecha, el portador debe hacer constar esa omisión mediante protesto levantado en tiempo hábil para conservar las acciones de regreso (art. 29 LCCh).

3.3.2. *Requisitos de contenido*

La aceptación ha de ser pura y simple, de modo que no puede someterse a ningún tipo de condición (art. 30 LCCh). Tampoco está permitido introducir modificación alguna en el texto de la letra de cambio con ocasión de la aceptación, salvo las que prevé expresamente la LCCh. Entre ellas destaca la relativa a la aceptación parcial, esto es, por una parte del importe de la letra. En estos casos, el aceptante queda obligado únicamente por esa parte, de modo que el tenedor puede iniciar la vía de regreso por la no aceptada.

La LCCh también autoriza al aceptante a designar al tercero a quien deba reclamarse el pago cuando el librador hubiere indicado en la letra de cambio un lugar de pago distinto al del domicilio del librado, sin designar al tercero. A falta de tal designación, se entenderá que el aceptante se ha obligado a pagar por sí mismo en el lugar del pago. Asimismo, cuando la letra sea pagadera en el domicilio del librado, éste podrá indicar en la aceptación otro domicilio de pago en la misma localidad y, en su caso, la persona a quien haya de reclamarse dicho pago (art. 32 LCCh). A salvo estas indicaciones, toda modificación equivale a una negativa de aceptación; si bien el aceptante quedará obligado con arreglo a los términos de su aceptación (art. 30 LCCh), lo que quiere decir que el librador podrá optar entre reclamar en vía de regreso o hacerlo contra el aceptante en atención a los términos de su declaración.

3.4. Efectos de la aceptación

La aceptación provoca la conversión del librado en obligado cambiario directo. Queda obligado, en definitiva, a pagar la letra de cambio a su vencimiento (art. 33 LCCh). Sin embargo, el aceptante puede revocar su declaración. Debe hacerlo antes de la devolución del documento y se efectúa tachando o cancelando la aceptación. Con ello la priva de efectos, salvo que hubiese notificado su aceptación por escrito al tenedor o a cualquier firmante de la letra, en cuyo caso quedará obligado frente a éstos en los términos de su aceptación. Queda vinculado, por tanto, únicamente con las personas a las que se haya efectuado la notificación. Si la revocación se efectúa después no tiene efecto, pero la LCCh sienta a su favor la presunción de que, salvo prueba en contrario, la tachadura se considerará hecha por el librado y antes de la devolución del título (art. 34 LCCh).

3.5. La intervención en la aceptación

La intervención en la aceptación consiste en inmiscuirse en la letra para aceptarla en lugar del librado. En consecuencia presupone que la letra no tenga pro-

hibida la presentación a la aceptación, ya que en este tipo de letras, denegada la aceptación, no procede el regreso anticipado. Debido a esa circunstancia la intervención no tendría interés alguno, puesto que su finalidad consiste precisamente en impedir o acortar el regreso cambiario. La aceptación por intervención ha de constar por escrito en la letra firmada por el interviniente. Al igual que en la aceptación ordinaria no se exige ninguna fórmula específica, basta con que se ponga de relieve la intención de aceptar por intervención. Asimismo el interviniente deberá manifestar quien es el firmante por cuya cuenta interviene. Si falta esta indicación, la letra se entenderá aceptada por cuenta del librador (art. 71 LCCh), ya que se trata de liberar al mayor número posible de firmantes.

La intervención puede abarcar la totalidad del importe de la letra o solo una parte pues ningún precepto instauro la necesidad de que todos los obligados cambiarios respondan por la misma suma. Ahora bien, en orden a la posición jurídica del interventor cabe indicar que no se trata de un verdadero *aceptante* de la letra, ya que no es un obligado cambiario directo y principal, sino un obligado regresivo, puesto que responde frente al tenedor de la letra y frente a los endosantes posteriores a la persona por cuya cuenta interviene, pero no frente a los anteriores (art. 73 LCCh). De otro lado, aunque responde de la misma manera que le correspondería hacerlo formalmente a aquella (art. 73 LCCh), la obligación asumida por el interviniente es autónoma, por lo que no puede oponer las excepciones personales de la persona por cuya cuenta acepta.

3.6. El protesto por falta de aceptación

El protesto como se sabe es un acto notarial que acredita, como en el pagaré, la falta de pago. Pero en la letra de cambio, acredita también la falta de aceptación. El protesto por falta de aceptación eximirá de la presentación al pago y del protesto por falta de pago (art. 57.1. LCCh), ya que, ante la falta de aceptación, no hace falta obligar al tenedor a esperar al vencimiento de la letra para poder dirigirse contra los obligados en vía de regreso.

Una de las posibilidades para iniciar la vía de regreso antes del vencimiento es cuando se hubiera denegado total o parcialmente la aceptación (art. 50LCCh), salvo que se trate de letras respecto de las cuales se haya prohibido la presentación a la aceptación. Y también cuando el librador de una letra cuya presentación a la aceptación haya sido prohibida, se hallare declarado en concurso.

La acción de regreso se pierde en los supuestos de falta de presentación a la aceptación cuando dicha presentación sea obligatoria; bien por disposición legal, esto es, en supuestos de letras giradas a un plazo desde la vista; bien por imposición del librador, o de los endosantes (arts. 26.1 y 4 y art. 63 II LCCh). El

incumplimiento de esa obligación provoca la pérdida de las acciones cambiarias de regreso, tanto las que asisten por falta de aceptación, como por falta de pago, a no ser que de los términos de la cláusula impuesta por el librador o los endosantes resulte que sólo se excluyó su garantía por falta de aceptación. Ha de tenerse en cuenta además que, tratándose del deber legal y del impuesto por el librador, la pérdida afecta a todos los obligados en vía de regreso; mientras que si la cláusula fue introducida por un endosante únicamente se pierden las que se ostentan frente a él (art. 63.2 LCCh). El tenedor está obligado a comunicar la falta de aceptación o de pago al librador y a su endosante. Este, a su vez, deberá notificarlo a su endosante, indicando los nombres y direcciones de aquellos que hubieren efectuado las comunicaciones precedentes. La misma obligación corresponderá a todos los endosantes hasta llegar al librador

III. EL CHEQUE

1. *Concepto y caracteres*

El cheque es un título-valor, en concreto un título de crédito, que contiene una orden incondicionada formulada por su librador a una entidad de crédito para que esta pague a la vista a su tenedor legítimo la cantidad que aparece reflejada en el mismo. Su configuración estructural está muy próxima a la de la letra de cambio. Incluye como ella una orden de pago pura y simple, no sometida a condición alguna, que concierne a tres sujetos. En este aspecto difieren ambos del pagaré, en el que hay una promesa de pago, no un mandato u orden dirigida a un tercero.

Eso no obstante, entre letra y cheque se advierten profundas diferencias debidas, básicamente, a la distinta función económica que ambos desempeñan. En síntesis, mientras que la letra puede servir alternativamente como medio de pago y como instrumento de crédito, el cheque es única y exclusivamente un medio de pago, nunca de crédito. Por eso, a diferencia de la letra, el librado ha de ser siempre una entidad de crédito y requiere la existencia de una previa provisión de fondos en la entidad por parte del librador, así como un acuerdo pre-existente entre ambos para disponer de esos fondos mediante la emisión del cheque. Este acuerdo se denomina contrato de cheque. Suele estar inserto en el servicio de caja propio del contrato de cuenta corriente bancaria, que obliga a la entidad de crédito a cumplir las órdenes de cobros y pagos emitidas por su cliente y, entre ellas, la que se instrumenta a través de la emisión del cheque (art. 108 LCCh).

La previa provisión de fondos obliga ya al librado a pagarlo pura y simplemente (art. 108.2 LCCh). A consecuencia de ello, el cheque no puede ser aceptado. Cualquier fórmula de aceptación consignada en él se reputa no escrita (art.

109 LCCh). De modo que el librado nunca se obliga cambiariamente, ni siquiera frente al librador. Las relaciones entre ambos son extra-cambiarias, puesto que se basan única y exclusivamente en el contrato o pacto de cheque. Por el mismo motivo tampoco se admite el aval al librado. De otro lado, el cheque ha de librarse necesariamente a la vista. En consideración a la función económica que desempeña, el cheque nace ya vencido. Por eso es pagadero a la vista, de forma que cualquier mención contraria se reputa no escrita. Más aún, el cheque presentado al pago antes del día indicado como fecha de emisión, es pagadero el día de la presentación (art. 134 LCCh) y no hay referencia alguna al plazo de vencimiento entre las menciones que debe incluir el documento.

2. Emisión

2.1. Caracterización y condiciones

La emisión del cheque es una declaración de voluntad unilateral formulada por el librador en cuya virtud el título nace como tal. Su validez exige la concurrencia de varios requisitos de carácter formal, puesto que se refieren a la constancia documental de ciertas menciones. Entre ellos cabe distinguir los esenciales para la validez del cheque, de los meramente naturales, ya que su falta es suplida por la propia LCCh. Junto a estas menciones, de forma similar a lo que sucede con la letra de cambio, el cheque puede incluir cláusulas facultativas (art. 107 LCCh). A diferencia de la letra, la emisión del cheque exige unos presupuestos adicionales de carácter previo.

2.2. Requisitos

2.2.1. Requisitos esenciales

Son elementos esenciales del cheque los siguientes:

- i) La denominación del cheque inserta en el texto mismo del título expresada en el idioma empleado para la redacción de dicho título;
- ii) El mandato puro y simple de pagar una suma determinada en euros o en moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial;
- iii) El nombre del que debe pagar, denominado librado, que necesariamente ha de ser una entidad de crédito, bajo pena de nulidad del cheque (art. 108.1 LCCh); y

- iv) La fecha de la emisión y la firma del que expide el cheque, denominado librador (art. 106 LCCh).

2.2.2. *Requisitos naturales*

Constituyen elementos naturales las menciones relativas al lugar del pago y al lugar de la emisión del cheque:

- i) A falta de indicación especial, el lugar designado junto al nombre del librado se reputará lugar de pago. Cuando estén designados varios lugares, el cheque será pagadero en el primer lugar mencionado. De no constar esta mención, el cheque deberá pagarse en el lugar en el que ha sido emitido, y si en él no tiene el librado ningún establecimiento, en el lugar donde el librado tenga el establecimiento principal [art. 107 a) y b) LCCh];
- ii) El cheque sin indicación del lugar de emisión se considerará suscrito en el que aparezca al lado del nombre del librador [art. 107 c) LCCh].

2.3. Cláusulas facultativas

Junto a estas menciones, de forma similar a lo que sucede con la letra de cambio, el cheque puede incluir cláusulas facultativas (art. 107 LCCh). La generalidad de los términos en que se pronuncia la LCCh en relación con ellas debe someterse a las mismas cautelas expresadas al hablar de la letra. Por otro lado conviene subrayar que la validez de estas cláusulas requiere que estén firmadas expresamente por persona autorizada para su inserción, sin perjuicio de las firmas exigidas para la validez del título (art. 147 LCCh). Por consiguiente, se requiere la doble firma para todas las cláusulas facultativas.

2.4. Presupuestos

Los presupuestos de la emisión del cheque son dos:

- i) La existencia de provisión de fondos en la entidad de crédito a disposición del librador suficientes para el pago del cheque; y
- ii) Un acuerdo expreso o tácito, según el cual el librador tenga derecho a disponer por cheque de aquellos fondos (art. 108.1 LCCh).

No obstante, se trata de presupuestos de la regularidad del cheque, no de su validez puesto que, aunque falten, el título será válido como cheque (art. 108 I LCCh). Sin perjuicio de otras consecuencias, el librador que emite un cheque sin tener provisión de fondos en poder del librado, por la suma en él indicada, deberá

pagar al tenedor además de ésta, el 10 por 100 del importe no cubierto del cheque, y la indemnización de los daños y perjuicios (art. 108.3 LCCh).

3. Clases de cheques

3.1. Enumeración

Las principales modalidades de cheque son el cheque cruzado, el cheque para abonar en cuenta, el cheque bancario, el cheque viaje, el cheque certificado o confirmado, el cheque garantizado y el cheque de ventanilla.

3.2. El cheque cruzado

El cheque cruzado es aquel que solo puede ser pagado a determinadas personas. Su objetivo es impedir el cobro por quien no sea su legítimo tenedor ante el riesgo de que se extravíe o sea sustraído, por lo que está especialmente indicado en los cheques al portador.

El cruzado consiste en el trazado de dos barras paralelas en el anverso del cheque (art. 143.1 LCCh), entre las que el librador o el tenedor, que son los legitimados para realizarlo, pueden insertar determinadas expresiones. Según la forma en que se efectúe, el cruzado puede ser general o especial. Es general si entre las barras no se inserta mención alguna o se incluye simplemente *Banco*, *Compañía* o un término equivalente. Es especial si entre las barras se escribe el nombre de un Banco determinado. El cruzado general puede transformarse en especial, pero no a la inversa, ya que cualquier tachadura que figure en uno u otro se considerará como no hecha.

El efecto del cruzado general consiste en que el librado únicamente podrá pagar el cheque a un banco o a un cliente del propio librado. En el caso del cruzado especial el librado sólo podrá pagar el cheque al banco designado o, si este banco es el mismo librado, a un cliente suyo (art. 141.1 y 2 LCCh). Si un mismo cheque incorpora varios cruzados especiales, el librado se abstendrá de pagarlo, salvo que contenga sólo dos cruzados y uno de ellos lo sea para el cobro mediante una Cámara o Sistema de Compensación (art. 144.4 LCCh). Cualquiera que sea el tipo de cruzado, un banco sólo podrá adquirir cheques cruzados de sus clientes o de otro banco, y no podrá tampoco cobrarlos por cuenta de personas distintas de éstas (art. 144.3 LCCh). La inobservancia del régimen del cruzado de cheques por el librado o por un banco desata su responsabilidad por los perjuicios causados hasta una suma igual al importe del cheque (art. 144.5 LCCh).

3.3. El cheque para abonar en cuenta

El cheque para abonar en cuenta persigue un objetivo similar al anterior. Pretende impedirse que el cheque sea pagado en efectivo al portador del mismo, para prevenir el riesgo de que sea cobrado por portadores ilegítimos. La mención puede ser efectuada por el librador y por el tenedor del cheque insertando transversalmente en el anverso de éste la indicación *para abonar en cuenta* u otra equivalente como *para contabilidad* o *para ingresar en cuenta* (art. 145.1 LCCh). En tal caso, el librado sólo podrá abonar el cheque mediante un asiento en su contabilidad. Este asiento equivale al pago (art. 145.2 LCCh). Al igual que en el cruzado de cheques, cualquier tachadura de la mención *para abonar en cuenta* se considerará como no hecha, y el librado que no observe las disposiciones anteriores, responderá de los perjuicios hasta una suma igual al importe del cheque.

3.4. El cheque bancario

El cheque bancario presenta como particularidad la de que el librador es un banco que emite la orden de pago contra una sucursal o agencia propia, que ha de ser distinta de la libradora [art. 112 c) LCCh]. No pueden, por tanto, coincidir agencia libradora y librada. Es posible que se emitan al portador, pero, a fin de evitar la elusión de normas fiscales, se prohíbe librarlos sin la comunicación del NIF del tomador, debiendo quedar constancia del libramiento y de la identificación de aquél.

3.5. El cheque de viaje

El cheque de viaje, más conocido por su denominación anglosajona como *traveller's check*, es el librado por ciertas entidades, de crédito o de otra índole, como las turísticas, contra una de sus sucursales o agencias. Su particularidad consiste en que incorpora una doble firma del tomador, de forma que el librado solo puede pagar el cheque cuando ambas firmas sean conformes. Una de ellas se inserta normalmente al emitirse el cheque y la otra en el momento de la presentación al cobro.

3.6. El cheque certificado

El cheque certificado, también denominado confirmado, visado o registrado, desempeña la función de asegurar al tenedor el efectivo pago del cheque en el momento de la presentación. Esta seguridad se consigue mediante la firma por el librado de la mención *visado*, *conforme*, o cualquier otra equivalente, lo que acredita la autenticidad del cheque y la existencia de fondos suficientes en la cuenta del librador (art. 110.2 LCCh). Por este motivo, el librado está obligado a retener

en la cuenta del librador la cantidad necesaria para el pago del cheque a su presentación hasta el vencimiento del plazo fijado en la expresada mención o, en su defecto, del plazo legal de presentación (art. 110.2 LCCh).

La conformidad, que puede ser instada al librado por el librador o por el tenedor, deberá expresar la fecha y, una vez prestada, es irrevocable (art. 110.3 LCCh). En la práctica no es infrecuente que la conformidad se realice por vía telefónica o cualquier otro medio de comunicación. En tal caso hay que distinguir la conformidad meramente informativa y la vinculante, ya que solo esta última, que ha de constar en el libro-registro de conformidades del banco confirmante, obliga a éste a bloquear el saldo suficiente y a pagar el cheque al banco tenedor.

3.7. El cheque garantizado

El cheque garantizado incluye la garantía del pago por parte del banco librado garante, que se inserta en el cheque con su firma impresa. En su virtud se obliga a pagar el cheque. Aunque se ha discutido su licitud debido a la prohibición de aceptación que rige en el cheque, debe admitirse porque esa prohibición tiene por finalidad impedir que se desvirtúe el carácter de medio de pago del cheque, lo que no sucede con el cheque garantizado, debido a que continúa siendo un cheque a la vista y se mantiene la obligación del librador de cubrir la provisión de fondos.

Distintos de estos cheques son los denominados cheques garantizados *por tarjetas o cartas de crédito*. Se trata de cheques cuyo pago es asegurado por el librado en virtud de una expresa declaración realizada en unas tarjetas o cartas, conocidas como *tarjetas de cheque* o *tarjetas de banco*. En este caso se trata de una garantía extra-cartácea, por lo que el librado podrá oponer al tenedor las excepciones que pudiera oponer al librador o tenedores anteriores.

3.8. El cheque de ventanilla

El cheque de ventanilla es aquel entregado por el propio banco en el momento, a petición del cliente, cuando este último no tiene en su poder el talonario ni la libreta de ahorros y desea retirar fondos de su cuenta. Aparte de esta circunstancia, su peculiaridad estriba en que se abona al titular de la cuenta y solo pueden ser cobrados en la sucursal de la entidad librada que los entrega, ya que, de otra manera, no se dispondría de los medios necesarios para comprobar la autenticidad de la firma del librador. Como regla general no se trata de cheques, sino simplemente de impresos de reintegro facilitados por la entidad de crédito en la que en cliente tiene abierta la cuenta de cheques, ya que, en la mayoría de los casos, no recogen todas las menciones esenciales a estos.

4. Circulación del cheque

4.1. Caracterización

La circulación del cheque consiste en la transmisión del mismo. El régimen jurídico aplicable depende de la forma de su emisión.

4.2. El cheque al portador

Tratándose de cheque expedido al portador, la transmisión se produce mediante su entrega o tradición, que debe ir precedida de un contrato que actúa como causa de la misma (art. 609 Cciv). Por este motivo, si el título se extravía, el librador podrá oponerse a su pago notificándolo a la entidad de crédito (art. 138.3 LCCh) y el tenedor desposeído puede acudir ante el Juez para impedir que se pague a tercera persona, para que el título sea amortizado y para que se reconozca su titularidad (arts. 155 y 156 LCCh), salvo que el nuevo tenedor lo haya adquirido de buena fe (art. 127 LCCh).

Estas normas resultan de aplicación a la circulación de cheques librados a favor de persona determinada con cláusula *al portador* o un término equivalente, así como a la de los cheques que, en el momento de su presentación al pago, carezcan de la indicación del tenedor (art. 111 LCCh). Rigen igualmente en caso de endoso de cheques al portador. En estos supuestos, el endosante contrae la responsabilidad que le es propia en cuanto tal, pero no se convierte en un título a la orden. Continúa siendo al portador (art. 126 LCCh), ya que el tenedor no puede alterar la ley de circulación impuesta por el librador al emitir el cheque al portador. A consecuencia de ello, la legitimación del portador no tiene su causa en el endoso sino en la mera posesión de buena fe del título.

4.3. El cheque nominativo

4.3.1. Caracterización y supuestos

Se denomina cheque nominativo a aquel que está extendido a favor de una persona determinada, concretamente identificada. Este tipo de cheques puede emitirse con o sin cláusula *a la orden*. En ambos casos la transmisión se realiza mediante endoso. En la regulación de esta modalidad la LCCh reproduce básicamente las normas previstas para la letra de cambio (arts. 121 a 125 y 129 LCCh). Por el contrario, si el cheque se emite a favor de una persona determinada con la cláusula *no a la orden* u otra equivalente, la transmisión sólo es posible en la forma y

con los efectos de una cesión ordinaria (art. 120 LCCh), esto es, de conformidad con los arts. 347 y 348 del Ccom y, en lo que proceda, de los arts. 1526 y ss. Cciv.

4.3.2. *El endoso*

4.3.2.1. Requisitos

En lo relativo a los requisitos sustantivos, el endoso ha de ser total, puro y simple (art. 121 LCCh). El endoso parcial es nulo. Si no es puro y simple es válido, pero la condición a la que aparezca subordinado se considera *no escrita*. En lo atinente a los requisitos formales, el endoso habrá de escribirse en el cheque o en su suplemento, y será firmado por el endosante (art. 122 LCCh). Únicamente la firma de este es requisito esencial de validez del endoso. Si falta la fecha se presume que se ha efectuado antes del protesto o de la declaración equivalente y antes de la terminación del plazo de presentación al pago (art. 130 II LCCh), lo que es importante porque si se realiza con posterioridad a esos eventos el endoso sólo produce los efectos de la cesión ordinaria (art. 130 LCCh).

Si no se designa al endosatario o el endoso consiste simplemente en la firma del endosante, se trata de un endoso en blanco, para cuya validez es preciso que la firma se inserte en el dorso del cheque. En tal caso el tenedor puede completar el endoso con su nombre o con el de otra persona, endosar nuevamente en blanco o hacerlo designando un endosatario determinado, o entregar el cheque a un tercero, sin completar el endoso en blanco y sin endosarlo (art. 123 LCCh).

4.3.2.2. Elementos personales

Endosante puede ser cualquier obligado cambiario, incluido el librador (art. 120 LCCh). No así el librado. El endoso efectuado por él es nulo (art. 121 LCCh). Endosatario puede ser cualquier persona, incluso el librado, si bien el endoso hecho a éste vale únicamente como *recibí*, salvo que posea varios establecimientos y el endosatario sea un establecimiento distinto de aquel sobre el que se ha librado el cheque (art. 121 LCCh).

4.3.2.3. Clases de endoso

El endoso del cheque puede ser pleno y limitado. En ambos casos, junto a la declaración de voluntad que supone el endoso, se exige la entrega de la letra. El endoso pleno produce los efectos traslativos, de legitimación y de garantía. Conforme al primero el endoso transmite la propiedad del cheque y todos los

derechos resultantes del mismo (art. 123 LCCh). Por el efecto de legitimación el endosatario está autorizado para ejercer todos los derechos dimanantes del cheque. Se alcanza justificando su derecho como portador legítimo del cheque por una serie ininterrumpida de endosos, incluso cuando el último se hallare en blanco. Los endosos tachados se considerarán como no escritos, y si a un endoso en blanco sigue otro endoso se entenderá que el endosante de este último adquirió el cheque por virtud del endoso en blanco (art. 125 LCCh).

A consecuencia del efecto de garantía el endosante garantiza el pago frente a los tenedores posteriores, salvo cláusula en contrario incluida en el cheque con la fórmula *sin mi responsabilidad, sin garantía* u otra equivalente (art. 124.1 LCCh). Asimismo el endosante puede prohibir que se realicen ulteriores endosos mediante la cláusula *no endosable de nuevo*, lo que tiene interés para el endosante que quiera asegurarse el mantenimiento de las excepciones personales que tenga contra su endosatario. En esta hipótesis, el endosante responde frente al endosatario, pero no frente a nuevos endosatarios, si el primero infringe la prohibición y endosa de nuevo (art. 124.2 LCCh).

El endoso es limitado cuando se efectúa para cobranza. Se inserta en el cheque con la fórmula *valor al cobro, para cobranza, por poder*, o cualquier otra que indique un simple mandato (art. 129.1 LCCh). Este endoso transmite el cheque al endosatario únicamente para que lo cobre en nombre e interés del endosante. Por tanto, se trata de un mandato con poder de representación, debido a lo cual las personas obligadas sólo podrán invocar contra el tenedor las excepciones que pudieran alegarse contra el endosante (art. 129.2 LCCh). Por otra parte, el endosatario puede endosar el cheque de nuevo, pero solo a título de cobranza (art. 129.1 LCCh), si bien la autorización contenida en el endoso de apoderamiento no cesará por la muerte del mandante, ni por su incapacidad sobrevenida (art. 129.3 LCCh).

5. Cumplimiento

5.1. Presentación al pago

5.1.1. Caracterización

El cheque es un título de presentación necesaria, lo que significa que para obtener el pago el tenedor ha de cumplir la carga de presentarlo al cobro en tiempo oportuno. La presentación implica la exhibición del cheque al librado. Puede hacerse directamente o a través de una Cámara o Sistema de compensación (art. 137 LCCh), lo que es usual ya que el tenedor suele entregar el cheque a su banco para que se encargue del cobro, lo que efectúa por medio de compensación, normalmente a través del Sistema Nacional de Compensación Electrónica.

5.1.2. *Requisitos*

Los requisitos de la presentación son de orden espacial y temporal. El lugar de la presentación es el indicado en el cheque como lugar de pago o, en su defecto, el que resulte de aplicar las reglas integradoras a las que se aludió antes. Si el cheque está domiciliado, la presentación se efectuará en el domicilio del tercero designado. El cheque ha de ser presentado dentro de los plazos previstos en la LCCh, que son relativamente cortos en atención a la función de medio de pago que desempeña (art. 135 LCCh). Los plazos se computan a partir del día que consta en el cheque como fecha de emisión. Cuando esté librado entre plazas con calendarios distintos, el día de emisión es el que corresponda en el calendario del lugar de pago (art. 136 LCCh). En el cómputo no se excluyen los días festivos o inhábiles, pero si el día del vencimiento del plazo fuese uno de estos días se entenderá que el plazo vence el primer día hábil siguiente (art. 135.2 LCCh).

Ahora bien, se trata de plazos máximos en perjuicio del tenedor. Son plazos máximos porque el cheque es en todo caso pagadero a la vista. A consecuencia de ello, si está post-datado, es decir, se ha incluido como fecha de emisión una posterior a la verdadera, y se presenta al cobro antes del día indicado como fecha de emisión, es pagadero el día de la presentación (art. 134.2 LCCh). Por otro lado, dichos plazos se establecen en perjuicio del tenedor. Por este motivo, el librado puede pagar lícitamente el cheque después de la expiración del plazo (art. 138.2 LCCh). Pero, en primer término, el tenedor se arriesga a que el cheque haya sido revocado (art. 138.1 LCCh). La revocación del cheque por el librador durante la vigencia del plazo de presentación no impide que el tenedor presente el cheque al pago y obtenga su cobro ya que la revocación no produce efectos hasta después de la expiración del plazo de presentación. Por lo que, de presentarse tras la expiración del plazo, el cheque ha podido ser legítimamente revocado. En segundo lugar, pierde la acción de regreso contra los endosantes y sus avalistas (art. 146.1 LCCh). Por último, puede perder la acción de regreso contra el librador, si llega a faltar la provisión de fondos en poder del librado por insolvencia de este (art. 146.2 LCCh). Como excepción, los plazos pueden ser prorrogados en caso de fuerza mayor (art. 152 LCCh).

5.2. El pago

5.2.1. *Objeto del pago*

El objeto del pago es siempre una suma determinada de dinero en euros o en una moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial, según se haya indicado en el documento. El tenedor no está obligado a recibir el pago en moneda diferente de la especificada en el cheque. Ahora bien, cuando se trate de moneda

extranjera, el pago en la misma debe estar autorizado o permitido de acuerdo con las normas de control de cambios (art. 142.1 LCCh). Si no fuera posible efectuar el pago en la moneda pactada, por causa no imputable al deudor, éste entregará el valor en euros de la suma expresada en el cheque, determinándose dicho valor de acuerdo con el cambio vendedor correspondiente al día de la fecha de presentación. Cuando el cheque no fuera pagado a su presentación, el tenedor podrá exigir a su elección el valor en euros que resulte del cambio vendedor de la fecha de pago o reembolso o el de la fecha de presentación (art. 142.2 LCCh).

Por otra parte, cuando el importe de cheque se haya indicado en una moneda que tenga la misma denominación, pero diferente valor en el país de emisión que en el país de pago, se presumirá que la moneda expresada es la del lugar del pago (art. 142.3 LCCh).

5.2.2. *Requisitos*

La cuantía del pago coincide, en principio, con el importe total de la suma indicada en el cheque, pero el portador no puede rechazar el pago parcial y, consiguientemente, el librado puede exigirle que este pago se haga constar en el cheque y que se le expida el *recibo* del mismo (art. 140 LCCh). El momento del pago coincide con el de la presentación al cobro. Dado que el cheque nace vencido (art. 134 LCCh), el tenedor no puede ser obligado a esperar tiempo alguno para obtener su pago. En este contexto se prohíben expresamente términos de gracia o cortesía, sean legales o judiciales (art. 161 LCCh).

5.2.3. *La prueba del pago*

En cuanto a la prueba del pago, el librado puede exigir del portador que le sea entregado el cheque con el *recibí*, presumiéndose que se ha pagado el cheque cuando éste, después de vencido el plazo de presentación al pago, se hallare en poder del librado (art. 140 LCh).

5.3. El pago ordinario

5.3.1. *Caracterización*

5.3.1.1. Concepto. La obligación de pago

El pago normal u ordinario es el efectuado por el librado. Su obligación de pago está mediatizada por la peculiar posición jurídica que asume en el cheque,

en la que cabe distinguir la relación jurídica que se entabla con el librador y la que surge con el tenedor. La posición jurídica del librado frente al librador está determinada por el hecho de que el cheque no puede ser aceptado (art. 109 LCCh), lo que supone que el librado no asume obligación cambiaria alguna, ni siquiera frente al librador. Las relaciones entre este y la entidad de crédito librada se basan única y exclusivamente el contrato o pacto de cheque. Según se indicó antes, este pacto suele estar inserto en el servicio de caja propio del contrato de cuenta corriente bancaria, que obliga a la entidad de crédito a cumplir las órdenes de cobros y pagos emitidas por su cliente y, entre ellas, la que se instrumenta a través de la emisión del cheque. Se trata, por consiguiente, de una relación puramente extra-cambiaria a la que, no obstante, la LCCh presta cierta atención, regulando ciertos aspectos, que constituyen presupuestos de la obligación de pago al tenedor.

En el régimen jurídico de la obligación de pago al tenedor es determinante tener en cuenta que la prohibición de aceptación que rige en el cheque impide concebir a la entidad de crédito como obligada cambiaria, por lo que no es posible que el tenedor exija el pago con fundamento en normas cambiarias. Asimismo hay que concluir que la obligación no puede derivar del contrato de cheque que une a librador y librado, dado el principio de relatividad de los contratos. Es la LCCh la que instaura tal obligación al imponérsela a la entidad de crédito (art. 108.2 LCCh). Aunque la misma tiene su origen en el contrato de cheque que une a librador y librado, su consignación en la LCCh sin consideración a esa circunstancia permite entender que se trata de una obligación legal exigible igualmente por el tenedor. Se trata, con todo, de una obligación condicionada a la concurrencia de los presupuestos previstos en la LCCh.

5.3.1.2. Presupuestos de la obligación de pago

La obligación de pago está condicionada a la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- i) Que la entidad de crédito disponga de provisión de fondos en la cuenta del librador (art. 108.2 LCCh). Con fundamento en este presupuesto debe comprobar la existencia de suficiente provisión de fondos y la disponibilidad de éstos mediante cheque, pues si paga en descubierto sin autorización del librador, lo hace bajo su responsabilidad, salvo que prospere la acción de enriquecimiento sin causa que eventualmente entable contra el librador.
- ii) Que el cheque esté regularmente emitido. En el cumplimiento de esta obligación ha de actuar con diligencia comprobando, en particular, que el título reúne los requisitos esenciales para su validez como cheque, la autenticidad de la firma del librador, la regularidad de las declaraciones insertas en él y

la legitimación del tenedor, que apreciará conforme a la ley de circulación prevista por el librador. Si el cheque es nominativo, con o sin cláusula *a la orden*, será necesario que, además de la posesión del título, el portador acredite su identidad. Si se trata de un endosatario ha de comprobar la regularidad de la serie de endosos, aunque no la autenticidad de la firma de los endosantes (art. 141 LCCh). Si el cheque es nominativo con cláusula *no a la orden*, la legitimación exige la posesión del título y la acreditación de la identidad del nominado o del cesionario. Finalmente, si el cheque es al portador, basta con que se asegure de la posesión de buena fe del título.

En consecuencia asume la responsabilidad por el pago de cheques falsos –falsedad de firma del librador– o falsificados –falsedad de contenido–. La regla general es que el daño que resulte será imputado al librado (art. 156 LCCh). Por tanto, no podrá adeudar el importe del cheque en la cuenta del librador y, de haberlo hecho, deberá reponer en la misma el importe adeudado, incluso aunque el cheque haya sido abonado mediante un sistema de compensación bancaria. Se trata de una responsabilidad objetiva por riesgo profesional, por lo que es indiferente si ha incurrido o no en culpa. La excepción consiste en que el daño se imputará al librador si ha sido negligente en la custodia del talonario de cheques o ha procedido con culpa. La prueba de estas circunstancias corresponde al librado.

- iii) Que el cheque se presente al pago en plazo, pues transcurrido el plazo de presentación el librado solo puede pagar si el cheque no ha sido revocado. En efecto, con el objeto de fortalecer la orden de pago inserta en el cheque, la LCCh impide su revocación antes de que transcurra la expiración del plazo de presentación, ya que la priva de efectos. Pero la dota de efectos, si acaece después de la expiración del plazo de presentación (art. 138.1 LCCh). Además, aunque el cheque no haya sido revocado puede pagar, pero no está obligado a ello (art. 138.2 LCCh).
- iv) Que no se haya producido una pérdida o privación ilegal del cheque, convenientemente notificada al librado. La obligación de pagar cede en ambas hipótesis, si el librador notifica a la entidad de crédito su oposición al pago (art. 138.2 LCCh). En este caso, el librado debe retener el pago hasta que se resuelva la cuestión entre librador y tenedor.

5.3.2. Efectos

El efecto del pago realizado por el librado consiste en que quedan liberados de sus responsabilidades frente al tenedor todos los obligados por virtud del cheque. Ahora bien, la falta de pago del cheque por el librado no permite al tenedor dirigirse contra él ya que no es un obligado cambiario.

5.4. El pago extraordinario. La acción de regreso

El pago extraordinario es el que realiza cualquier obligado en la vía de regreso. El regreso comprende al librador, los endosantes y sus avalistas, contra los que puede dirigirse el tenedor de forma indistinta y acumulada ya que asumen frente a él una responsabilidad solidaria. La acción para exigir ese pago se denomina de regreso (arts. 131, 146 y 148 LCCh). La acción de regreso contra los endosantes se sujeta a dos presupuestos:

- i) La presentación al pago del cheque dentro de plazo;
- ii) La acreditación de la falta de pago por el librado mediante protesto notarial o una declaración equivalente suscrita por el librado o por el representante de la Cámara o sistema de compensación (art. 146 LCCh), realizados ambos dentro de los plazos previstos en la LCCh. Se excluye, no obstante, la necesidad de protesto o declaración equivalente si el cheque contiene la cláusula *sin gastos* (art. 147 LCCh).

Estos requisitos no se exigen para el ejercicio de la acción de regreso frente al librador y su avalista, que se conserva a pesar de que se incumplan. Ahora bien, si transcurrido el plazo de presentación llegare a faltar la provisión de fondos en poder del librado por insolvencia de éste, el tenedor perderá incluso sus derechos contra el librador (art. 146 II LCCh). Todo ello, salvo que concurra causa de fuerza mayor (art. 152 LCCh).

Por lo demás, el régimen de la acción de regreso es igual que el de la letra de cambio (arts. 148 a 153 LCCh) con dos importantes especialidades:

- i) En primer lugar, la relativa a la prescripción. La acción de regreso del cheque prescribe a los seis meses, contados desde la expiración del plazo de presentación (arts. 157.2 y 158 LCCh).
- ii) En segundo lugar, en caso de que el tenedor ejercite su acción contra el librador que ha emitido el cheque sin tener provisión de fondos en poder del librado por la suma en él indicada, deberá pagar, además de esta, el 10% del importe no cubierto del cheque y una indemnización de daños y perjuicios, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal (arts. 108.3 y 149.4 LCCh).

5.5. Acción causal y acción de enriquecimiento

El tenedor dispone además de la acción causal en los mismos términos estudiados en la letra de cambio y de la acción de enriquecimiento, para el caso de pérdida de esta y de las cambiarias (art. 153 LCCh).

DERECHO CONCURSAL

Derecho concursal, preconcursal y paraconcursal

SUMARIO: I. DERECHO CONCURSAL. 1. Caracterización y fundamento. 2. Régimen interno. Los principios generales del sistema concursal español. 3. Régimen internacional. La unificación del Derecho concursal en la Unión Europea. II. DERECHO PRE-CONCURSAL. 1. Caracterización. 2. Los acuerdos de refinanciación. 2.1. Caracterización y clases. 2.2. Los acuerdos de refinanciación plurilaterales. 2.3. Los acuerdos de refinanciación bilaterales. 2.4. Los acuerdos de refinanciación homologables judicialmente. 2.4.1. Requisitos y procedimiento. 2.4.2. Efectos de la admisión de la solicitud de homologación. 2.4.3. Efectos de la homologación. 3. El acuerdo extrajudicial de pagos. 3.1. Caracterización. 3.2. El mediador concursal. 3.3. Presupuestos. 3.4. El procedimiento. La solicitud de apertura y la provisión sobre la solicitud. 3.4.1. La solicitud de apertura. 3.4.2. La provisión sobre la solicitud de apertura. 3.5. El procedimiento. Efectos de la apertura. 3.5.1. Efectos sobre el deudor. 3.5.2. Efectos sobre los acreedores. 3.6. El procedimiento. El acuerdo extrajudicial de pagos. 3.6.1. La propuesta. 3.6.2. El acuerdo extrajudicial de pagos. 3.6.2.1. La junta de acreedores. 3.6.2.2. Mayorías para la adopción del acuerdo. 3.6.2.3. Eficacia del acuerdo. 3.6.2.4. La impugnación del acuerdo. 3.6.2.5. El cumplimiento del acuerdo. 3.7. El concurso consecutivo. III. EL DERECHO PARACONCURSAL.

I. DERECHO CONCURSAL

1. Caracterización y fundamento

El Derecho concursal es el conjunto de normas sustantivas y procesales que tienen por objeto la regulación del concurso de acreedores. A un nivel elemental puede afirmarse que el concurso de acreedores comprende las especialidades normativas a que se somete al conjunto de los acreedores de un deudor y a él mismo cuando no puede satisfacer todas sus obligaciones de manera regular debido a su insolvencia. En definitiva, se ve imposibilitado para pagar ya que tiene más acreedores que bienes o crédito para satisfacerlos. Si en esta situación de impotencia patrimonial se permitiera a los acreedores iniciar acciones de pago individuales, únicamente algunos obtendrían la íntegra satisfacción de sus créditos. En concreto, solo los primeros, ya que, en el régimen común, la preferencia en el cobro se determina por la prioridad en el tiempo (*prior tempore potior iure*). Sin embargo, el resto de acreedores perdería la posibilidad de cobrar al menos parte de ellos.

Es posible pensar que una solución de esa índole no resulta criticable porque, en definitiva, se premia a quien es diligente y se castiga a quien no lo es. Pero existen dos poderosas razones para inclinarse por la opinión contraria. Desde el punto de vista de la equidad, de la justicia, puede que se esté premiando no al más diligente sino al que dispone de más información, tal vez porque esté muy próximo al círculo íntimo del deudor –sus familiares o amigos, por ejemplo–. O al

que ostenta un mayor poder económico y, consiguientemente, mejor preparación, como sucede con los acreedores profesionales, incluyendo los especializados en la concesión y recuperación de créditos. Por otro lado, considerando la eficiencia del mercado, se estaría permitiendo que el deudor continuara con su actividad generando cada vez mayor insatisfacción entre más acreedores, lo que, a su vez, provocaría, con más que probable seguridad, el llamado efecto dominó. Si el acreedor no recibe el pago, no puede a su vez pagar a sus propios acreedores.

Estos son, en síntesis, los motivos por los que la respuesta del Derecho a las situaciones de insolvencia, con más razón a la empresarial, es el concurso de acreedores. Se trata de un procedimiento universal que reúne necesariamente a todos los acreedores de un mismo deudor insolvente para procurar la satisfacción ordenada de todos ellos, de modo que las pérdidas les afecten por igual. Por este motivo se sustituye el principio de la preferencia en el cobro en razón de la prioridad en el tiempo, propia de la satisfacción individual, por la satisfacción colectiva con arreglo al principio de paridad de trato, de comunidad de pérdidas o ley del dividendo (*par condicio creditorum*), remplazándose el derecho general por un derecho especial en el que, sobre los intereses individuales de los acreedores, prevalece el interés colectivo de todos ellos.

2. Régimen interno. Los principios generales del sistema concursal español

El Derecho Concursal está regulado preferentemente por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, (LC) que ha sido objeto de sucesivas reformas, tanto generales como parciales. En su redacción original la LC se construyó sobre la base de un principio general, el de unidad. Dicho principio se proyectaba en tres pilares: la unidad legal, la unidad de disciplina y la unidad de procedimiento. Sin embargo, desde el mismo momento de su publicación, todos ellos sufrieron matizaciones y excepciones, que han aumentado con las sucesivas reformas y la aprobación de normativas específicas para distintas entidades.

La unidad legal se resuelve en la regulación en un solo texto de los aspectos materiales y procesales del concurso. Con ello se superó la anterior división entre parte sustantiva y parte procesal; sin perjuicio de la aplicación supletoria de la LEC para las cuestiones no previstas en la LC. No obstante, el principio no se aplica con rotundidad. Ya al tiempo de la aprobación de la LC se publicó la Ley Orgánica 8/2003 de 9 de julio de reforma concursal, cuyo objeto principal es regular los efectos del concurso en los derechos fundamentales del concursado. Junto a ella no han dejado de sucederse sucesivas adiciones incluidas en textos de variada índole que afectan a aspectos concursales. En particular, en el ámbito de las entidades de crédito, de inversión y de seguro. Destaca asimismo el trata-

miento particular de que han sido objeto las entidades deportivas que participen en competiciones oficiales, en cuyo ámbito se reconocen las especialidades que, para las situaciones concursales, prevea la legislación del deporte y sus normas de desarrollo.

La unidad de disciplina alude a la existencia de una sola reglamentación normativa del concurso. Conforme a este principio la LC se aplica a cualquier sujeto, con independencia de que se trate de una persona natural o jurídica (art. 1.1 LC), de un empresario o de un deudor civil; y sin considerar su nacionalidad. Por tanto, la LC afecta tanto a los nacionales como a los extranjeros, siempre que estos últimos tengan el centro de sus intereses principales en territorio español (art. 10.1 LC) o un establecimiento (art. 10.3 LC). No obstante, dicha unidad no impide considerar que el núcleo de la disciplina afecta a los empresarios y que se ha elegido con preferencia en atención a los requerimientos que suscita el ejercicio de actividades empresariales. Son, en efecto, escasas e insuficientes las especialidades normativas previstas para los deudores civiles. De otro lado, las singularidades de las personas jurídicas están atendidas únicamente de forma parcial.

La unidad de procedimiento alude a la existencia de un solo procedimiento para la tramitación de todos los concursos con independencia de la índole del concursado, de la envergadura de la insolvencia, del número de acreedores o de cualquier otra circunstancia, incluida la solución del concurso. Es un procedimiento de carácter judicial que comprende dos diferentes soluciones, el convenio y la liquidación, sin que existan, por tanto, ni procedimientos extra-judiciales, ni dos procedimientos diferentes, uno predispuesto para la solución convenida y otro para la solución liquidatoria. No obstante este principio ha venido siendo paulatinamente postergado tanto por lo que se refiere al carácter judicial, como en lo relativo a las particularidades procedimentales que se reconocen. En la actualidad, en efecto, junto al procedimiento concursal, de carácter exclusivamente judicial, se admiten los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pago configurados como alternativas al concurso de índole extra-judicial. Por otro lado, junto al procedimiento que podemos denominar típico u ordinario, se regula un denominado procedimiento abreviado, que admite, a su vez, ciertas variantes en atención a las circunstancias que menciona la LC.

3. Régimen internacional. La unificación del Derecho concursal en la Unión Europea

Propiamente no existe una reglamentación de carácter internacional sobre la insolvencia. Cabe citar únicamente La Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mer-

cantil Internacional (CNUDMI) en 1997. Su objeto es promover la aprobación de una legislación moderna y equitativa aplicable cuando el deudor insolvente tiene bienes en más de un Estado. A la Ley se acompaña la Guía para la incorporación de la misma con el fin de ayudar a los Gobiernos a elaborar una legislación basada en ella. Esos documentos han sido objeto de sucesivas adiciones y modificaciones.

De otro lado, la unificación del Derecho Concursal en la Unión Europea tiene un alcance limitado puesto que no existe una reglamentación material común. El sistema comunitario se ha limitado a unificar los aspectos comprendidos en el Derecho internacional privado y en el Derecho procesal internacional a través del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, que entrará en vigor en junio de 2017, sustituyendo al actual Reglamento (CE) 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia. Y a elaborar Directivas y Reglamentos sobre ciertos deudores no incluidos en el ámbito de aplicación del citado Reglamento, esto es, las compañías de seguros, las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión y entidades asimiladas, como las instituciones de inversión colectiva.

Destacan en este ámbito, la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio, conocida como Directiva Solvencia II; la Directiva 2001/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, relativa al saneamiento y a la liquidación de las entidades de crédito; la Directiva 2014/59/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la reestructuración y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión y el Reglamento (UE) n ° 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) n ° 1093/2010.

De otro lado, según se ha indicado, el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia no pretende unificar las soluciones materiales, de modo que no afecta a los distintos regímenes concursales existentes en cada uno de los Estados miembro, que se mantienen. Las normas comunitarias se limitan a establecer reglas uniformes acerca de qué tribunales europeos serán competentes, qué Derecho estatal van a aplicar y cómo van a ser reconocidas las decisiones dictadas por esos tribunales en Europa. Se aplica a aquellos concursos que podemos denominar *comunitarios*. En síntesis porque el deudor tiene en el territorio de la Unión Europea

su centro de intereses principales principal, esto es, el lugar donde lleve a cabo de manera habitual y reconocible por terceros la administración de sus intereses. En tal caso, tendrán competencia para abrir el procedimiento de insolvencia los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe dicho centro de intereses, lo que se denomina procedimiento de insolvencia principal. No obstante, los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro serán competentes para abrir un procedimiento de insolvencia con respecto a ese deudor si este posee un establecimiento en el territorio de este otro Estado miembro. Los efectos de dicho procedimiento se limitarán a los bienes del deudor situados en el territorio de dicho Estado miembro. Este procedimiento se denomina secundario. Por consiguiente, si el centro de intereses principales se localiza fuera de la Unión Europea, rigen las reglas de Derecho procesal internacional y Derecho internacional privado previstas en la propia LC.

II. DERECHO PRE-CONCURSAL

1. *Caracterización*

En sentido amplio el Derecho pre-concursal tiene como objeto la prevención del concurso del deudor y/o su insolvencia. Con él se trata de evitar que el deudor se someta al procedimiento concursal, con independencia de que se encuentre ya en una situación de insolvencia; o ante meras dificultades económicas y financieras que puedan agravarse hasta constituir insolvencia. Considerando esta perspectiva dentro del Derecho pre-concursal se incluirían institutos medidas tales como previstas en la LSC cuando regula la disolución obligatoria y la responsabilidad de los administradores por no promoción de la disolución o el concurso.

La LSC impone la disolución obligatoria de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada en caso de pérdidas cualificadas, es decir, cuando esas pérdidas superen la mitad de la cifra del capital social [art. 363.1.d) LSC]. Ante la concurrencia de dicha situación impone los administradores de estas sociedades el deber primario de convocar junta general para que acuerde la disolución o adopte aquellos acuerdos que enerven la efectividad de esta causa legal de disolución, y, si el acuerdo fuera contrario o no pudiera ser logrado, el deber secundario de solicitar la disolución judicial de la sociedad. Si la situación es de insolvencia actual, los administradores han de solicitar el concurso. El incumplimiento de cualquiera de estos deberes se sanciona con la responsabilidad solidaria de los administradores por las deudas sociales contraídas con posterioridad al acaecimiento de la causa legal de disolución (art. 367 LSC).

Ahora bien, estrictamente considerado el Derecho pre-concursal se restringe a los supuestos en que se permite al deudor eludir la declaración de concurso, aunque sus dificultades económicas y financieras constituyan ya insolvencia actual. A ese propósito atiende en particular la disciplina sobre acuerdos de refinanciación (AR) y sobre acuerdos extrajudiciales de pago (AEP). Si bien, la terminología no resulta del todo clarificadora del contenido de estos institutos, ya que la denominación pre-concursal parece expresar que se trata de un estadio anterior al concurso que inexorablemente deba desembocar en él, lo que es incierto y contrario a la finalidad de estos expedientes, que lo que quieren es evitar el concurso de personas insolventes, solucionar la insolvencia de una forma alternativa y conseguir la continuidad de la actividad del deudor. Se trata, en efecto, de dos figuras estructural y funcionalmente próximas. Estructuralmente tanto los acuerdos de refinanciación, como los acuerdos extrajudiciales de pago son convenios suscritos entre el deudor y algunos de sus acreedores.

La proximidad se aprecia también en el plano funcional. En primer lugar, ambos tienen como objeto evitar la declaración de concurso del deudor. Como se ha indicado antes es conveniente despejar desde ahora el primer equívoco en que se suele incurrir. Estos expedientes no pretenden evitar la insolvencia. El deudor es insolvente. Lo que se quieren es evitar el concurso. El procedimiento judicial del concurso. Son modos alternativos al concurso para solucionar la insolvencia. Es decir que las dos figuras comparten el mismo presupuesto objetivo que el concurso. La insolvencia. De modo que solo pueden acudir a ambos los deudores que sean insolventes en el sentido de la Ley Concursal. Esta apreciación está prevista expresamente en la Ley al tratar del AEP e implícitamente en los AR cuando determina los requisitos que suponen la insolvencia del deudor. Tal y como prevé el art. 231.1 LC al respecto de los AEP la insolvencia puede ser actual o inminente, pero en todo caso se trata de insolvencia en términos legales. La proximidad funcional se aprecia en segundo término al advertir que los dos pretenden solucionar la insolvencia de manera alternativa al concurso y extra-muros del procedimiento judicial. Entre los motivos destacan tres. Aliviar la carga de trabajo de los jueces y tribunales y reducir los costes temporales y económicos asociados al procedimiento judicial que es el concurso. Finalmente, ambos pretenden proveer a la continuidad de la actividad del deudor [arts. 71 *bis* 1 a) y 235 LC].

2. Los acuerdos de refinanciación

2.1. Caracterización y clases

Los acuerdos de refinanciación son convenios suscritos entre el deudor y alguno o algunos de sus acreedores con el objeto de evitar la declaración de concurso

del primero y permitir la continuidad de la actividad empresarial o profesional del mismo mediante la obtención de la financiación necesaria para solventar sus problemas de solvencia [art. 71 *bis* 1 a) LC]. La LC regula tres tipos de ARs, los plurilaterales, los bilaterales y los homologables judicialmente.

2.2. Los acuerdos de refinanciación plurilaterales

Los AR plurilaterales exigen que en virtud de los mismos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo. El acuerdo ha de ser suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción. La suficiencia de este pasivo debe ser constatada mediante certificación del auditor de cuentas del deudor. De no existir, será auditor el nombrado al efecto por el registrador mercantil del domicilio del deudor y, si éste fuera un grupo o subgrupo de sociedades, el de la sociedad dominante. Finalmente, el acuerdo ha de formalizarse en instrumento público al que se habrán unido todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores (art. 71 *bis* 1 LC).

No se exige informe de experto independiente, pero tanto el deudor como los acreedores podrán solicitar el nombramiento de un experto independiente para que informe sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad, sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo, así como las demás menciones que, en su caso, prevea la normativa aplicable. Cuando el informe contuviera reservas o limitaciones de cualquier clase, su importancia deberá ser expresamente evaluada por los firmantes del acuerdo (art. 71 *bis* 4 LC).

Para permitir que el deudor disponga de un plazo razonable al objeto de alcanzar dicho acuerdo, la LC pospone su deber de solicitar el concurso, y le elimina, de alcanzarse aquel, con el único requisito de que comunique al juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un AR (art. 5 *bis* 1 LC), en los términos que se analizarán en la lección siguiente. Asimismo, durante el plazo de suspensión del deber no se admitirán solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos del deudor (art. 15.3 LC). Con idéntico objetivo, desde la presentación de la comunicación al juzgado de inicio de negociaciones, salvo que se trate de créditos de derecho público, no podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones judiciales o extra-

judiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, hasta que se formalice el acuerdo o transcurran tres meses. Los acreedores con garantía real podrán iniciar la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía, pero quedará suspendida igualmente en los términos anteriores (art. 5 *bis* 1 y 4 LC).

Estos acuerdos disfrutan, además, de un trato preferente en caso de concurso posterior del deudor. En primer término, los propios acuerdos, así como los negocios, actos y pagos y las garantías constituidas en ejecución de los mismos, no podrán ser objeto de rescisión concursal (art. 71 *bis*.1 LC). No obstante, el acuerdo podrá ser rescindido si se acredita el incumplimiento de los requisitos anteriores o impugnado por cualquier otra vía (arts. 71 *bis*.3 y 72.2 LC). En segundo lugar, la LC otorga privilegios en el pago a los refinanciadores que aporten liquidez a la empresa. Dispone que tendrán la consideración de crédito contra la masa el cincuenta por ciento de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación (art. 84.2 11º LC) y de crédito concursal con privilegio general los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación y en la cuantía no reconocida como crédito contra la masa (art. 91. 6º LC). Sin embargo, el acuerdo vincula únicamente a los acreedores firmantes.

2.3. Los acuerdos de refinanciación bilaterales

Este tipo de AR no requiere mayorías de pasivo, de modo que pueden ser suscritos incluso con un acreedor. Exigen, no obstante, que, por su intermedio, se incremente la proporción de activo sobre pasivo previa, que el activo corriente resultante sea superior o igual al pasivo corriente, que el valor de las garantías resultantes a favor de los acreedores intervinientes no exceda de los nueve décimos del valor de la deuda pendiente a favor de los mismos, ni de la proporción de garantías sobre deuda pendiente que tuviesen con anterioridad al acuerdo, que el tipo de interés aplicable a la deuda subsistente o resultante del acuerdo de refinanciación a favor del o de los acreedores intervinientes no exceda en más de un tercio al aplicable a la deuda previa y que el acuerdo se formalice en instrumento público otorgado por todas las partes intervinientes en el mismo, y con constancia expresa de las razones que justifican, desde el punto de vista económico, los diversos actos y negocios realizados entre el deudor y los acreedores intervinientes, con especial mención de las condiciones previstas en las letras anteriores (art. 71 *bis* 2 LC).

Estos acuerdos disfrutan, como los anteriores, de un trato preferente en caso de concurso posterior del deudor. En primer término, no podrán ser objeto de rescisión concursal (art. 71 *bis* 1 LC). No obstante, el acuerdo podrá ser rescindido si

se acredita el incumplimiento de los requisitos anteriores o impugnado por cualquier otra vía (arts. 71 *bis*.3, 72.2 LC). En segundo lugar, la LC otorga privilegios en el pago a los refinanciadores que aporten liquidez a la empresa. Dispone que tendrán la consideración de crédito contra la masa el cincuenta por ciento de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación (art. 84.2 11º LC) y de crédito concursal con privilegio general los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación y en la cuantía no reconocida como crédito contra la masa (art. 91. 6º LC). Como los acuerdos plurilaterales, estos vinculan únicamente a los acreedores firmantes.

2.4. Los acuerdos de refinanciación homologables judicialmente

2.4.1. *Requisitos y procedimiento*

Los acuerdos de refinanciación pueden homologarse judicialmente siempre que reúnan todos los requisitos de los acuerdos de refinanciación plurilaterales, salvo el relativo a las mayorías de pasivo que aquí se sustituye por la necesidad de que acepten el mismo acreedores que representen al menos el cincuenta y uno por ciento de los pasivos financieros. Tendrán la consideración de acreedores de pasivos financieros los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera. Quedan excluidos de tal concepto los acreedores por créditos laborales, los acreedores por operaciones comerciales y los acreedores de pasivos de derecho público. No obstante, voluntariamente podrán adherirse al acuerdo los demás acreedores que no lo sean de pasivos financieros ni de pasivos de derecho público, pero estas adhesiones no se tendrán en cuenta a efectos del cómputo de las mayorías previstas para los acuerdos homologables (DA 4ª 1 LC).

La competencia para conocer de esta homologación corresponderá al juez de lo mercantil que, en su caso, fuera competente para la declaración del concurso de acreedores y podrá ser formulada por el deudor o por cualquier acreedor que haya suscrito el acuerdo (DA 4ª 5 LC). El juez otorgará la homologación siempre que el acuerdo reúna los requisitos anteriores. En tal caso, ordenará la publicación de la resolución por la que se apruebe la homologación en el Registro Público Concursal y en el BOE, por medio de un extracto (DA 4ª 6 LC). No obstante, la homologación puede ser impugnada por los acreedores de pasivos financieros afectados por ella que no hubieran suscrito el acuerdo, pero los motivos de la impugnación se limitarán exclusivamente a la concurrencia de los porcentajes de pasivo requeridos y a la valoración del carácter desproporcionado del sacrificio exigido (DA 4ª 7 LC).

Finalmente, en caso de no cumplir el deudor los términos del acuerdo, cualquier acreedor, adherido o no al mismo, podrá solicitar, ante el mismo juez que lo hubiera homologado, la declaración de su incumplimiento, a través de un procedimiento equivalente al incidente concursal, del que se dará traslado al deudor y a todos los acreedores comparecidos para que puedan oponerse a la misma. Declarado el incumplimiento, los acreedores podrán instar la declaración de concurso de acreedores o iniciar las ejecuciones singulares (DA 4ª, 11 LC).

2.4.2. Efectos de la admisión de la solicitud de homologación

Para permitir que el deudor disponga de un plazo razonable al objeto de alcanzar dicho acuerdo, la LC pospone su deber de solicitar el concurso, y le elimina, de alcanzarse aquel (art. 5 *bis* LC), en los términos que se analizarán en la lección siguiente. Asimismo, durante el plazo de suspensión del deber no se admitirán solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos del deudor (art. 15.3 LC). Con ese mismo objetivo, la mera admisión a trámite de la solicitud de homologación supone la paralización de las ejecuciones singulares hasta que se acuerde sobre ella (DA 4ª, 5 LC). No obstante, ha de tenerse en cuenta que desde la presentación de la comunicación al juzgado de inicio de negociaciones para alcanzar el acuerdo, salvo que se trate de créditos de derecho público, no podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, hasta que se dicte la providencia admitiendo a trámite la solicitud de homologación o transcurran tres meses. Ni podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, promovidas por los acreedores de pasivos financieros sobre cualesquiera otros bienes o derechos del patrimonio del deudor siempre que se acredite documentalmente que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de pasivos financieros han apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a la suscripción del acuerdo, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negocia. Los acreedores con garantía real podrán iniciar la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía, pero quedará suspendida igualmente en los términos anteriores (art. 5 *bis* 1 y 4 LC).

2.4.3. Efectos de la homologación

Los efectos de la homologación difieren en atención a las mayorías de pasivo que concurran. De haber sido aceptado el acuerdo por el 51 por ciento de los pasivos financieros, disfrutaban únicamente del trato preferente en caso de concurso

posterior del deudor. En primer término, los acuerdos no podrán ser objeto de rescisión concursal. No obstante, el acuerdo podrá ser impugnado por cualquier otra vía (DA 4ª, 1 y 13 y art. 72.2 LC). En segundo lugar, la LC otorga privilegios en el pago a los refinanciadores que aporten liquidez a la empresa. Dispone que tendrán la consideración de crédito contra la masa el cincuenta por ciento de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación (art. 84.2 11º LC) y de crédito concursal con privilegio general los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación y en la cuantía no reconocida como crédito contra la masa (art. 91. 6º LC). En este caso, sin embargo, el acuerdo vincula únicamente a los acreedores firmantes.

Con todo, en virtud de la homologación es posible extender los efectos del mismo a los acreedores financieros que no lo hayan suscrito en función del porcentaje de aprobación, del contenido del acuerdo y de la índole de los acreedores. Vinculará a todos los acreedores de pasivos financieros cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía, salvo los públicos, de alcanzarse una mayoría del sesenta por ciento de aquellos cuando el acuerdo contenga esperas con un plazo no superior a cinco años o la conversión de los créditos en créditos participativos durante el mismo plazo. Cuando tenga cualquier otro contenido será necesario el setenta y cinco por ciento. No obstante, si el acuerdo prevé la conversión de créditos en acciones o participaciones sociales, los acreedores que no hayan suscrito el mismo podrán optar entre la conversión o una quita equivalente al importe del nominal de las acciones o participaciones que les correspondería suscribir o asumir y, en su caso, de la correspondiente prima de emisión o de asunción. A falta de indicación expresa, se entenderá que los citados acreedores optan por la referida quita.

Los acreedores de pasivos financieros con garantía real que no hayan aceptado el acuerdo, por la parte de sus créditos que no exceda del valor de la garantía, quedarán también vinculados al acuerdo, con el alcance que se convenga, cuando se obtengan las siguientes mayorías, calculadas en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas: el sesenta y cinco por ciento cuando el acuerdo contenga esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años o la conversión de los créditos en créditos participativos durante el mismo plazo, o quitas no superiores al veinticinco por ciento del importe de los créditos. El ochenta por ciento cuando el acuerdo tuviera cualquier otro contenido.

Hay que tener en cuenta no obstante que existen ciertas limitaciones en cuanto al eventual contenido del acuerdo. En particular, no podrá incluir esperas o conversiones de créditos en préstamos participativos por plazo superior a diez

años. Además es conveniente observar que la conversión de créditos en acciones o participaciones sociales, con o sin prima, podrá realizarse aunque los créditos a compensar no sean líquidos, no estén vencidos o no sean exigibles y que para la adopción por la junta general de socios del acuerdo de aumentar el capital social por conversión no será necesaria la mayoría reforzada establecida por la LSC o por los estatutos sociales. Finalmente, los acreedores de pasivos financieros que no hubieran suscrito el acuerdo de homologación o que hubiesen mostrado su disconformidad al mismo pero resultasen afectados por la homologación mantendrán sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación del acuerdo de refinanciación ni los efectos de la homologación en perjuicio de aquéllos. Respecto de los acreedores financieros que hayan suscrito el acuerdo de refinanciación, el mantenimiento de sus derechos frente a los demás obligados, fiadores o avalistas, dependerá de lo que se hubiera acordado en la respectiva relación jurídica (DA 4ª, 9 LC).

3. *El acuerdo extrajudicial de pagos*

3.1. Caracterización

Según se ha indicado antes, estructuralmente el AEP es una figura próxima al AR ya que ambos son *convenios suscritos entre el deudor y algunos de sus acreedores*. La diferencia en este plano estructural que se aprecian entre ambos es que el primero descansa en la mediación. La mediación se concibe un método de solución de controversias jurídicas basado en la autocomposición. El tercero, mediador, no impone coactivamente la solución del conflicto a las partes, como ocurre, al contrario, en los métodos heterocompositivos –la jurisdicción o el arbitraje– sino que se limita a aproximar las posiciones de las partes, siendo éstas las que resuelven finalmente su controversia. Por eso se consigue un acuerdo, que nuestra LC denomina acuerdo extrajudicial de pagos. Por tanto, el AEP es un convenio entre el deudor y una porción de acreedores de aquel, que se consigue, en su caso, con la intervención de un mediador. Como también se indicó en el epígrafe primero se trata de figuras funcionalmente próximas en la medida en que comparten objetivos comunes. En el AEP existe una motivación adicional relacionada con el significado que se atribuye a la intervención del mediador, para solucionar las crisis económicas de los pequeños deudores. Estos deudores suelen acudir al procedimiento concursal cuando su situación económica está ya tan deteriorada que no es posible llegar a un acuerdo con los acreedores. Los motivos se anudan en gran medida al hecho de que carecen de medios, de información y del asesoramiento necesario por parte de profesionales especializados para apereibirse y

valorar objetivamente la verdadera situación económica en que se encuentran, para conocer las opciones de que disponen y, sobre todo, para emprender una negociación con los acreedores, y menos para concluirla con éxito, a diferencia de lo que ocurre con las grandes empresas. Con la intervención del mediador se pretende eliminar estos obstáculos. En efecto, la función encomendada al mediador consiste en servir de intermediario entre el deudor y sus acreedores con vistas a conseguir un AEP, promoviendo el diálogo y un acercamiento de posturas, que incluye sugerir y proponer medidas de reestructuración. Pero, al mismo tiempo, asiste y asesora al deudor sobre su situación económica y en la negociación, incitándole a reflexionar sobre la estrategia a seguir. Por tanto, el mediador concursal no es un «convidado de piedra». Por el contrario, ha de desarrollar una conducta activa, en los dos ámbitos a los que se acaba de hacer referencia, asesorar e intermediar acercando posturas y proponiendo soluciones.

3.2. El mediador concursal

La competencia para el nombramiento de mediador concursal corresponde al receptor de la solicitud de apertura del procedimiento de AEP (art. 233.3 LC). Salvo que se trate de deudores entidades aseguradoras, en que el mediador será el Consorcio de Compensación de Seguros (art. 233.5 LC), el mediador podrá ser persona natural o jurídica; pero deberá reunir la condición de mediador de acuerdo con la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y estar inscrito en la lista oficial confeccionada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia, que se publicará en el portal correspondiente del Boletín Oficial del Estado (arts. 233.1, 242 *bis* 1, 3º LC). El nombramiento recaerá en la persona natural o jurídica inscrita en la lista oficial confeccionada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia y publicada en el portal del Boletín Oficial del Estado, que corresponda por turno correlativo (art. 233.1 LC), salvo que cuando la solicitud se haya dirigido a una Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación o a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España, en cuyo caso la propia Cámara asumirá las funciones de mediación conforme a lo dispuesto en la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación y designará una comisión encargada de mediación, en cuyo seno deberá figurar, al menos, un mediador concursal (art. 233.1 LC).

La aceptación del mediador es imprescindible para que este ejerce el cargo, pero no es obligatoria. La retribución del mismo, cuya cuantía se fijará en la resolución de nombramiento, se determinará con sujeción a las reglas que se prevean reglamentariamente, que, en todo caso, atenderán al tipo de deudor, a su pasivo y

activo y al éxito alcanzado en la mediación (art. 233.1 LC). Por lo demás, en todo lo no previsto en la LC en cuanto al mediador concursal, se estará a lo dispuesto en materia de nombramiento de expertos independientes (art. 233.1 LC).

3.3. Presupuestos

El presupuesto objetivo es la insolvencia, de modo que la apertura del procedimiento procederá en caso de insolvencia del deudor definida conforme a lo previsto en la LC (art. 231.1 y 2 LC). El presupuesto subjetivo comprende a personas naturales y jurídicas (art. 231. 1 y 2 LC), siempre y cuando, en el primer caso, la estimación inicial del pasivo del mismo no supere los cinco millones de euros; y, en el segundo, si en caso de que la persona jurídica hubiera solicitado la declaración de concurso, dicho concurso no hubiese revestido especial complejidad en los términos previstos en la LC y, además, acredite que dispone de activos suficientes para satisfacer los gastos propios del acuerdo [arts. 231.2 b) y c) 190 LC]. Ello no obstante, ambos tienen prohibido el acceso al procedimiento (art. 231.3 y 4 LC) si han sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores a la solicitud de apertura del procedimiento; han alcanzado un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores, obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o han sido declarados en concurso de acreedores, dentro de los cinco últimos años; se encuentran negociando con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o presentaron una solicitud de concurso que resultó admitida a trámite.

3.4. El procedimiento. La solicitud de apertura y la provisión sobre la solicitud

3.4.1. *La solicitud de apertura*

La legitimación para solicitar la apertura del procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos corresponde al deudor. Si el deudor es persona jurídica, será competente para decidir sobre la solicitud el órgano de administración o de liquidación (art. 232.1 LC). Cuando los cónyuges sean propietarios de la vivienda familiar y pueda verse afectada por el acuerdo extrajudicial de pagos, la solicitud de acuerdo extrajudicial debe realizarse necesariamente por ambos cónyuges, o por uno con el consentimiento del otro (art. 232.2 LC).

La solicitud, que habrá de ser suscrita por quien ostente la legitimación conforme a lo previsto en el párrafo anterior, se efectuará mediante formulario normalizado, cuyo contenido se determinará mediante orden del Ministerio de Justicia en la que necesariamente se exigirá que consten los extremos previstos en la LC

y muy especialmente la petición de nombramiento de mediador concursal (art. 232.2 LC). La solicitud deberá ser acompañada de los documentos cuya relación también consta en la LC, entre los que destacan el inventario de los bienes y derechos titularidad del deudor y la lista de acreedores, que se presentarán también en formularios normalizados, cuyo contenido se determinará mediante orden del Ministerio de Justicia. Si el deudor estuviera legalmente obligado a llevar contabilidad aportará también las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios, salvo que se trate de empresarios personas naturales, en cuyo caso es suficiente con adjuntar un balance (arts. 231 y 232.2 LC). Hay que tener en cuenta que a los efectos de este procedimiento se consideran empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino también quienes ejerzan actividades profesionales o tengan dicha consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos (art. 231.1 LC).

La solicitud se presentará ante el notario del domicilio del deudor en caso de deudor no empresario o que carezca de la condición de entidad inscribible. En el supuesto de deudor empresario o entidad inscribible se presentará ante el Registrador Mercantil correspondiente al domicilio del deudor, mediante instancia que podrá ser cursada telemáticamente. El Registrador procederá a la apertura de la hoja correspondiente, en caso de que el deudor no figurase inscrito. En la hipótesis de deudor persona jurídica o persona natural empresario, la solicitud también podrá presentarse ante la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España o ante cualquier Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación que haya asumido funciones de mediación de conformidad con su normativa específica (arts. 232.3, 242 *bis* 1, 1º LC).

3.4.2. *La provisión sobre la solicitud de apertura*

El receptor de la solicitud examinará la solicitud, los datos y la documentación presentada por el deudor. Si estima que la solicitud y la documentación reúnen las condiciones legales y que resulta acreditado el cumplimiento de los presupuestos y demás requisitos previstos en la LC para la apertura del procedimiento, dictará resolución declarando la misma, en la que procederá al nombramiento de mediador concursal. En otro caso, otorgará un plazo de justificación o subsanación, que no podrá exceder del previsto en la LC. Si el deudor no procede dentro de plazo a la justificación o a la subsanación requerida, el receptor de la solicitud dictará resolución inadmitiendo la misma. Si bien es conveniente tener en cuenta que la inadmisión de la solicitud por falta de justificación o subsanación no impedirá que el deudor presente nueva solicitud cuando pueda acreditar la concurrencia de los requisitos legales (arts. 232.3, 242 *bis* 1, 2º LC).

Una vez que el mediador concursal acepte el cargo, el receptor de la solicitud dará cuenta de la resolución de apertura y de la aceptación del mediador por certificación o copia remitidas a los registros públicos de bienes competentes para su constancia por anotación preventiva en la correspondiente hoja registral, así como al Registro Civil y a los demás registros públicos que corresponda y dirigirá sendas comunicaciones, por medios electrónicos, a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social, conste o no su condición de acreedoras. Asimismo comunicará la resolución de apertura y la aceptación del mediador a la representación de los trabajadores, si la hubiere, haciéndoles saber de su derecho a personarse en el procedimiento (arts. 233.3 y 4 y 242 *bis* 1 2º LC). También comunicará de oficio la resolución de apertura y la aceptación del mediador al juzgado competente para la declaración del concurso del deudor. El letrado de la administración de justicia ordenará la publicación en el Registro Público Concursal del extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación, salvo que el deudor haya solicitado expresamente que se acuerde el carácter reservado de la misma, en cuyo caso no se ordenará la publicación. El deudor podrá solicitar el levantamiento del carácter reservado en cualquier momento (art. 5 *bis* 3 LC).

3.5. El procedimiento. Efectos de la apertura

3.5.1. *Efectos sobre el deudor*

Presentada la solicitud de apertura del procedimiento, el deudor podrá continuar el ejercicio de su actividad, absteniéndose de realizar cualquier acto de administración y disposición que exceda de los actos propios del giro o tráfico de dicha actividad (art. 235.1 LC).

Una vez comunicada la resolución de apertura al juzgado competente, queda pospuesto el deber del deudor de solicitar el concurso; así como la posibilidad de que sean admitidas a trámite solicitudes de concurso necesario en los términos que se expondrán en la lección siguiente (arts. 5 *bis* y 235.5 LC).

3.5.2. *Efectos sobre los acreedores*

Se distinguen los efectos generales sobre los acreedores, los efectos sobre los créditos en particular y los efectos sobre las acciones y procedimientos ejecutivos judiciales y extrajudiciales. En general, desde la comunicación de la resolución de apertura del procedimiento al juzgado competente para la declaración del concurso, los acreedores se abstendrán de realizar acto alguno dirigido a mejorar la situación en que se encuentren respecto del deudor común [art. 235.2 b) LC] y,

en cuanto a los créditos, durante el plazo de tres meses, se suspenderá el devengo de intereses de conformidad con lo dispuesto en la LC para la fase común del concurso respecto de los créditos no públicos (art. 235.3 LC).

En lo relativo a acciones y procedimientos, desde aquella misma fecha y durante el plazo de tres meses, o de dos en caso de personas naturales no empresarios, los acreedores que no ostenten créditos con garantía real no podrán iniciar ni continuar ejecuciones judiciales o extrajudiciales contra bienes o derechos del patrimonio del deudor. Las ejecuciones sobre esos bienes o derechos que estén en tramitación se suspenderán por el juez que estuviere conociendo de las mismas. Los acreedores titulares de créditos con garantía real podrán iniciar ejecuciones contra los bienes o derechos sobre los que se hubiera constituido la garantía. Sin embargo, cuando la garantía recaiga sobre bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor o sobre su vivienda habitual, el procedimiento de ejecución, se suspenderá por el juez que esté conociendo del mismo hasta que transcurran los plazos anteriores. Ahora bien, estas previsiones no rigen para las ejecuciones de créditos públicos, que, por tanto, podrán iniciarse y no se suspenderán. De otro lado, el acreedor que disponga de garantía personal para la satisfacción del crédito podrá ejercitarla siempre que el crédito contra el deudor hubiera vencido. En la ejecución de la garantía, los garantes no podrán invocar la solicitud del deudor en perjuicio del ejecutante [art. 235.2 a) y 4, 242 *bis* 1 8°, 231.5 LC].

3.6. El procedimiento. El acuerdo extrajudicial de pagos

3.6.1. *La propuesta*

La elaboración de la propuesta, que comprenderá todos los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud, compete al mediador concursal; si bien necesita el consentimiento del deudor para remitirla a los acreedores. Con ese objeto comprobará la existencia y la cuantía de los créditos de los acreedores que figuren en la lista presentada por el deudor o de cuya existencia tenga conocimiento por cualquier otro medio, así como el resto de datos y la documentación aportados por el deudor, pudiendo requerir a este último que complemente, subsane o corrija los errores que procedan. Ahora bien, los acreedores podrán presentar propuestas alternativas o propuestas de modificación, considerando las cuales, en su caso, el mediador elaborará la propuesta final aceptada por el deudor. Asimismo, esta propuesta final podrá ser modificada en la Junta de acreedores siempre que no se alteren las condiciones de pago de los acreedores que, por haber manifestado su aprobación dentro de los diez días naturales anteriores a la celebración de aquella, no hayan asistido a la reunión (arts. 234.1, 236.1 y 3, 237.2, 242 *bis* 1, 6° LC).

El contenido de esta propuesta está sujeto a las prohibiciones contenidas en la LC. En caso de procedimientos relativos a personas naturales no empresarios únicamente podrá incluir esperas, quitas y cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de totalidad o parte de sus créditos, con sometimiento además a las prohibiciones generales. En ningún caso la propuesta podrá alterar el orden de prelación de créditos legalmente establecido, salvo que los acreedores postergados consientan expresamente, ni consistir en la liquidación global del patrimonio del deudor para satisfacción de sus deudas. Puede, no obstante, incluir la cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de totalidad o parte de sus créditos, siempre que los bienes o derechos objeto de cesión no sean necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, se determine el valor razonable de los mismos conforme a lo establecido en la LC y si dicho valor es superior al importe de los créditos que se extinguen, el cesionario integra la diferencia en el patrimonio del deudor. Si los bienes cedidos están afectos a la satisfacción de un crédito con garantía real deberá determinarse si, como consecuencia de la cesión, el crédito quedará extinguido o si subsistirá, desprovisto de garantía, por la parte no extinguida. Tampoco podrá incluir esperas o conversiones de créditos en préstamos participativos por plazo superior a diez años. Por otro lado, es conveniente señalar que la conversión de créditos en acciones o participaciones sociales, con o sin prima, podrá realizarse aunque los créditos a compensar no sean líquidos, no estén vencidos o no sean exigibles y que para la adopción por la junta general de socios del acuerdo de aumentar el capital social por conversión no será necesaria la mayoría reforzada establecida por la LSC o por los estatutos sociales. La propuesta deberá presentarse acompañada de un plan de pagos, en el que se determinarán, además, los recursos previstos para su cumplimiento y de un plan de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones, incluyendo, en su caso, la fijación de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia. Cuando para atender al cumplimiento del acuerdo se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada también de un plan de viabilidad, en el que se especifiquen los recursos necesarios y los medios y condiciones de su obtención (art. 236, 242 *bis* 1 7º, LC y 198 y 201.1 LSC).

3.6.2. *El acuerdo extrajudicial de pagos*

3.6.2.1. La junta de acreedores

El acuerdo se adoptará en junta de acreedores. La competencia para convocarla corresponde al mediador concursal. Se convocará al deudor y a los acreedores que figuren en la lista presentada por el deudor o de cuya existencia tenga conocimiento el mediador concursal por cualquier otro medio, salvo a los acreedores de derecho

público. Se realizará por conducto notarial o por cualquier medio de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción. Si constara la dirección electrónica de los acreedores, la comunicación deberá realizarse a la citada dirección electrónica (art. 234 LC). La convocatoria deberá expresar el lugar, día y hora de la reunión, la finalidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pago y la identidad de cada uno de los acreedores convocados, con expresión de la cuantía del crédito, la fecha de concesión y de vencimiento y las garantías personales o reales constituidas y se efectuará dentro de los diez días siguientes a la aceptación del cargo por el mediador concursal, salvo que se trate de personas naturales no empresarios, en cuyo caso el plazo será de quince días desde la notificación al notario de la solicitud o de diez días desde la aceptación del cargo por el mediador, si se hubiese designado mediador distinto al notario (art. 234.1 y 2 y 242 *bis* 1, 5° LC)

La junta de acreedores se celebrará dentro de los dos meses siguientes a la aceptación del cargo por el mediador concursal, salvo en el caso de procedimientos relativos a personas naturales no empresarios, en que deberá celebrarse en un plazo de treinta días desde la convocatoria. En todo caso se celebrará en la localidad del domicilio del deudor y deberán asistir a la misma todos los acreedores convocados, salvo aquellos que hubiesen manifestado la voluntad de aprobar la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos u oponerse a ella dentro de los diez días naturales previos a la fecha de celebración de la misma. Los créditos de que fuera titular el acreedor que, habiendo recibido la convocatoria, no asista a la reunión y no hubiese manifestado la aprobación u oposición a la propuesta de acuerdo dentro del plazo indicado antes, se calificarán como subordinados en el caso de que, fracasada la negociación, fuera declarado el concurso del deudor común, salvo que se trate de créditos con garantía real (arts. 234.1, 237.1 LC).

3.6.2.2. Mayorías para la adopción del acuerdo

Integran el pasivo computable para la adopción del acuerdo los créditos que no gocen de garantía real; así como la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real. Se integrarán en el pasivo computable los créditos dotados de garantía real en caso de que el acreedor titular de los mismos manifieste la voluntad de aprobar la propuesta de acuerdo. En ningún caso se integrarán en el pasivo computable los créditos públicos. Considerando este pasivo computable, las mayorías requeridas para la adopción del acuerdo son distintas en atención al contenido de la propuesta. Cuando la propuesta contenga esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años o la conversión de los créditos en créditos participativos durante el mismo plazo, o quitas no superiores al veinticinco por ciento del importe de los créditos será necesario el sesenta por ciento del pasivo computable para la

adopción del acuerdo. Cuando tenga cualquier otro contenido, será necesario el setenta y cinco por ciento del pasivo computable (arts. 238.1 y 238 *bis* LC).

De obtenerse las mayorías anteriores, se estima que la propuesta ha sido aceptada por los acreedores, de modo que el acuerdo se elevará inmediatamente a escritura pública (art. 238.2 LC). Con ella concluirán los procedimientos tramitados ante notario. La conclusión del resto de procedimientos corresponde al Registrador Mercantil del domicilio del deudor, previa presentación en el Registro Mercantil de copia de la escritura pública en la que conste el acuerdo (art. 238.2 LC). La instancia ante la que se haya tramitado el procedimiento publicará la existencia del acuerdo en el Registro Público Concursal por medio de un anuncio, que contendrá, además, los datos que identifiquen al deudor, incluyendo su Número de Identificación Fiscal, el registrador o notario competente o la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, el número de procedimiento, el nombre del mediador concursal, incluyendo su Número de Identificación Fiscal, y la indicación de que el expediente está a disposición de los acreedores interesados en el Registro Mercantil, Notaría o Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación correspondiente para la publicidad de su contenido. Comunicará asimismo la conclusión del procedimiento al juzgado competente para la declaración del concurso del deudor y dará cuenta de dicha conclusión por certificación o copia remitidas a los registros públicos de bienes competentes para la cancelación de las anotaciones practicadas (art. 238.2 LC).

3.6.2.3. Eficacia del acuerdo

El contenido del acuerdo extrajudicial vinculará al deudor y a los acreedores cuyos créditos no gocen de garantía real o por la parte de los créditos que exceda del valor de la garantía real, a excepción de los acreedores públicos. Los acreedores con garantía real, por la parte del crédito que no exceda del valor de la garantía, únicamente quedarán vinculados por el acuerdo si hubieran manifestado la voluntad de aceptar el mismo. Además, los acreedores con garantía real que no hayan aceptado el acuerdo, por la parte de sus créditos que no exceda del valor de la garantía, quedarán también vinculados al convenio, con el alcance que se convenga, cuando se obtengan las siguientes mayorías, calculadas en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas: el sesenta y cinco por ciento cuando el acuerdo contenga esperas, ya sean de principal, de intereses o de cualquier otra cantidad adeudada, con un plazo no superior a cinco años o la conversión de los créditos en créditos participativos durante el mismo plazo, o quitas no superiores al veinticinco por ciento del importe de los créditos; y el ochenta por ciento cuando el acuerdo tuviera cualquier otro contenido (art. 238 *bis* LC)

Los créditos a los que se extienda la eficacia del acuerdo quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio (art. 240.2 LC). Ningún acreedor podrá iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la comunicación de la apertura del procedimiento con fundamento en créditos a los que se extienda la eficacia del acuerdo. El deudor podrá solicitar la cancelación de los correspondientes embargos del juez que los hubiera ordenado (art. 240.1 LC). Sin embargo, el acuerdo no producirá efectos respecto de los derechos de los acreedores frente a los obligados solidarios con el deudor, ni frente a los fiadores o avalistas, salvo que esos acreedores hubiesen mostrado su conformidad con el acuerdo. Los obligados solidarios, los fiadores y los avalistas no podrán invocar la aprobación del acuerdo ni el contenido de éste en perjuicio de aquéllos (art. 240.3 LC). La responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores o avalistas del deudor frente a los acreedores que hubiesen aceptado el acuerdo se regirá por los pactos que sobre el particular hubieran establecido y, en su defecto, por las normas legales aplicables a la obligación que hubieren contraído (art. 240.4 LC).

3.6.2.4. La impugnación del acuerdo

La impugnación del acuerdo sólo podrá fundarse en la falta de concurrencia de las mayorías exigidas para la adopción del mismo teniendo en cuenta, en su caso, a los acreedores que, debiendo concurrir, no hubieran sido convocados, en la infracción de las normas sobre el contenido de la propuesta y en la desproporción de las medidas acordadas (art. 239.2 LC). La legitimación activa corresponde al acreedor que, ostentando derecho a ello, no hubiera sido convocado a la junta de acreedores y al que no hubiera aceptado el acuerdo, siempre que, en este caso, la eficacia del acuerdo se extienda a los créditos de los que sea titular. La impugnación se presentará dentro de los diez días siguientes a la publicación del acuerdo en el Registro Público Concursal ante el juzgado que fuera competente para conocer del concurso del deudor. Todas las impugnaciones se tramitarán conjuntamente por el procedimiento del incidente concursal (art. 239.1 y 3 LC). No obstante, la impugnación no suspenderá la ejecución del acuerdo (art. 239.2 LC). Una vez firme, la sentencia que decida sobre la impugnación del acuerdo se publicará en el Registro Público Concursal (art. 239.4 LC).

3.6.2.5. El cumplimiento del acuerdo

El mediador concursal supervisará el cumplimiento del acuerdo (art. 241.1 LC). Si el acuerdo extrajudicial de pagos fuera íntegramente cumplido, el me-

diador concursal lo hará constar en acta notarial que se publicará en el Registro Público Concursal (art. 241.2 LC).

3.7. El concurso consecutivo

Concurso consecutivo es aquel que tiene lugar cuando ha fracasado el intento de conseguir el AEP. En concreto tendrá la consideración de concurso consecutivo el que se declare a solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores por la imposibilidad de alcanzar un AEP o por su incumplimiento o anulación (art. 242.1 LC). Este tipo de concurso se rige por la LC con las especialidades previstas en dicha Ley para él. En materia de legitimación para solicitar el concurso, destaca la atribuida al mediador concursal, que está obligado a efectuarla siempre que el deudor continúe incurrido en insolvencia, si, una vez remitida la propuesta de AEP a los acreedores, la mayoría de pasivo que pudiera verse afectada por el mismo decidiera no continuar con las negociaciones (arts. 236.3 y 4 LC), cuando la propuesta no fuera aceptada por los acreedores (art. 238.3 LC), en caso de que el AEP sea anulado (art. 239.6 LC) o incumplido (241.3 LC) y, tratándose de deudores personas naturales, si al término del plazo de dos meses considera que no es posible alcanzar un acuerdo. En esta última hipótesis, en que el deber se atribuye también al notario, habrá de remitir al juez un informe razonado con sus conclusiones (art. 242 *bis* 1 9º LC).

Salvo justa causa, el juez designará administrador del concurso al mediador concursal en el auto de declaración de concurso, quien no podrá percibir por este concepto más retribución que la que le hubiera sido fijada en el expediente de mediación extrajudicial. En el concurso consecutivo dejará de regir el principio de confidencialidad para el mediador concursal que continúe con las funciones de administrador concursal (art. 242.2 2ª LC). Tendrán también la consideración de créditos contra la masa los gastos del expediente extrajudicial y los demás créditos que, conforme a la LC, gocen de esa calificación y se hubiesen generado durante la tramitación del expediente extrajudicial, que no hubieran sido satisfechos (art. 242.2 3ª LC). El plazo de dos años para la determinación de los actos rescindibles se contará desde la fecha de la solicitud del deudor al registrador mercantil, notario o Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación (art. 242.2 3ª LC), pero los AEP adoptados por las mayorías y con los requisitos previstos en la LC no podrán ser objeto de rescisión concursal (art. 238.4 LC). Además la causa de calificación culpable del concurso consistente en cometer inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o acompañar o presentar documentos falsos será de aplicación a la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos (art. 232.2 LC).

Por lo demás, el concurso consecutivo se regirá por lo dispuesto para el procedimiento abreviado con las especialidades que se citan a continuación. Si la solicitud de concurso la formulare el deudor o el mediador concursal, deberá acompañarse una propuesta anticipada de convenio o un plan de liquidación conforme a lo previsto en la LC. Además, a la solicitud formulada por el mediador concursal se acompañará el informe provisional de la administración concursal y, en caso de concurso de persona natural, el pronunciamiento sobre la concurrencia de los requisitos establecidos legalmente para el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho o, en caso de que proceda, sobre la apertura de la sección de calificación. Si el concurso se hubiera iniciado a solicitud de los acreedores, el deudor podrá presentar una propuesta anticipada de convenio o un plan de liquidación dentro de los quince días siguientes a la declaración de concurso (art. 242.2 1ª LC). Salvo que se trate de concurso de persona natural no empresario, en que el concurso se abrirá directamente en la fase de liquidación (art. 242 *bis* 1 10º LC).

En caso de que el cargo de administrador concursal recayera en persona distinta del mediador concursal o la solicitud de concurso se hubiera presentado por el deudor o por un acreedor, el informe provisional de la administración concursal deberá presentarse en los diez días siguientes al transcurso del plazo de comunicación de créditos (art. 242.2 1ª LC). No obstante, no necesitarán solicitar reconocimiento los titulares de créditos que hubieran firmado el acuerdo extrajudicial (art. 242.2 5ª LC).

Si el deudor o el mediador hubieran solicitado la liquidación, y en los casos de inadmisión a trámite, falta de presentación, falta de aprobación o incumplimiento de la propuesta anticipada de convenio, se abrirá necesaria y simultáneamente la fase de liquidación que se regirá por lo dispuesto en la LC. Si no lo hubiera hecho el deudor, el administrador concursal presentará un plan de liquidación en el plazo improrrogable de diez días desde la apertura de la fase de liquidación. El concursado y los acreedores, dentro del plazo de alegaciones al plan de liquidación, podrán formular también observaciones sobre la concurrencia de los requisitos exigidos para acordar el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho del concursado persona natural. Los acreedores también podrán solicitar, mediante escrito razonado, la apertura de la sección de calificación (art. 242.2 8ª LC).

III. EL DERECHO PARACONCURSAL

En sentido amplio, el Derecho para-concursal comprende un conjunto de normas legales administrativas que aluden a las situaciones de crisis de determinadas entidades. Estrictamente considerado, de esas normas se excluyen las que se limitan a dictar especialidades aplicables en el seno del concurso. Dichas normas

están relacionadas en la DA 2º, 2º *bis* y 2º *ter* LC, relativas respectivamente, por un lado, a las entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras, así como a entidades miembros de mercados oficiales de valores y entidades participantes en los sistemas de compensación y liquidación de valores; por otro, a las sociedades y asociaciones deportivas profesionales, calificadas así por la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte; y, finalmente, a las empresas concesionarias de obras y servicios públicos o contratistas de las Administraciones Públicas, en cuyos concursos se aplicarán las especialidades que se hallen establecidas en la legislación de contratos del sector público y en la legislación específica reguladora de cada tipo de contrato administrativo, además de las previstas en la propia DA 2ª *ter* LC.

Por consiguiente, desde un punto de vista estricto, el Derecho para-concursal incluye únicamente las normas administrativas que permiten el tratamiento de las situaciones de crisis con sujeción a procedimientos administrativos ajenos al proceso concursal. Se incluyen en este ámbito las medidas dictadas para las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión en la Ley 11/2015 de 18 de junio de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión y las relativas a las entidades de seguro previstas en Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR).

Lección 18

El procedimiento concursal. La declaración de concurso. La administración concursal

SUMARIO: I. EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL. 1. Las fases del procedimiento. 2. Las secciones. 3. Las clases. Procedimiento ordinario y abreviado. 4. El incidente concursal. II. LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO. 1. Presupuestos de la declaración. 1.1. Caracterización y enumeración. La pluralidad de acreedores. 1.2. Presupuesto subjetivo. 1.3. Presupuesto objetivo: la insolvencia. 2. La solicitud de la declaración. 2.1. La solicitud del deudor. 2.1.1. La solicitud. El concurso voluntario. 2.1.2. El deber de solicitar el concurso. 2.2. La solicitud de los acreedores y otros legitimados. El concurso necesario. 3. Procedimiento de la declaración. 3.1. Órgano competente. 3.2. Fases del procedimiento. 3.3. El auto de declaración del concurso. 4. Los concursos conexos. III. LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL. 1. Caracterización, composición y clases. 2. Nombramiento. 2.1. Requisitos. 2.1.1. Condiciones positivas. 2.1.2. Prohibiciones legales. 2.2. Designación. 2.3. Aceptación. 3. El estatuto de la administración concursal. 3.1. Derechos: la retribución. 3.2. Obligaciones. 3.2.1. Los deberes de diligencia y lealtad. 3.2.1.1. El deber de diligencia. 3.2.1.2. El deber de lealtad. 3.2.2. La rendición de cuentas. 3.3. Responsabilidad. 3.4. El cese. 3.5. Auxiliares delegados y expertos independientes. 4. Funciones de la administración concursal. 4.1. Funciones. 4.2. El informe de la administración concursal.

I. EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL

1. Las fases del procedimiento

El concurso de acreedores es un procedimiento civil. Suele ser calificado como un procedimiento de ejecución universal en la medida en que, frente a los procedimientos comunes de ejecución singular, este afecta a la totalidad de los bienes del deudor. No obstante, ha de tenerse en cuenta que el concurso puede no terminar con la ejecución de los bienes del deudor, sino con un convenio por cuyo intermedio el deudor retenga la propiedad de sus bienes comprometiéndose al pago de sus acreedores con arreglo a los pactos contenidos en el convenio. El carácter civil del procedimiento justifica que rija en su seno el principio dispositivo, de modo que su apertura ha de ser solicitada por parte legitimada. No es posible la apertura de oficio. Asimismo explica la aplicación subsidiaria de la LEC en las cuestiones no previstas de modo expreso en la LC (DF 5ª LEC).

En la estructura del procedimiento se distinguen, de ordinario, dos fases. La primera, que tiene carácter necesario en todo caso, es la fase común. Esta fase tiene como objetivos principales, por un lado, constatar la real situación patrimonial y, en su caso, empresarial o profesional del concursado, así como la entidad de los créditos que pesan sobre su patrimonio; por otro lado, impedir que aquel pueda distraer o disminuir sus bienes en perjuicio de sus acreedores. La fase co-

mún comienza con el auto de declaración judicial del concurso (art. 21.2. LC). En el seno de la misma se procede al nombramiento de la administración concursal, se somete al concursado a un especial régimen de limitación de sus facultades de administrar y disponer de los bienes que forman parte de la masa activa y se ejecutan las operaciones de determinación de esta y de la masa pasiva; realizándose, también, entre otras actuaciones, un análisis exhaustivo de la situación patrimonial del concursado (art. 21.2 LC).

Concluida la fase común se abrirá la fase de convenio o de liquidación, según proceda (arts. 111.1 y 142 LC). El concurso finalizará con el auto de conclusión, que dictará el juez una vez que sea firme el auto o la sentencia que, respectivamente, declare el cumplimiento del convenio, o rechace las acciones de declaración de incumplimiento, o cuando declare el fin de la fase de liquidación (arts. 141, 176.1.2º y 152.3 LC), así como en otros supuestos previstos en la LC (art. 176 y 176 *bis* LC). No obstante, es posible que no se produzca la apertura de la fase de convenio. Esta puede ser eliminada en caso de que resulte aprobado un convenio anticipado (art. 109.2 LC), en cuyo caso se produce una superposición de trámites, esto es, los que corresponden a la fase común y los relativos a la tramitación anticipada del convenio. También se advierte una superposición de trámites en los supuestos de apertura de la fase de liquidación acordada en fase común (arts. 142.1, 190.3 y 191.1 *ter* LC). De otro lado, existen concursos en los que se suceden tres fases. Ocurre esto cuando, abierta la fase de convenio, este no resulta aprobado o es incumplido. En estas hipótesis el juez ordenará de oficio la apertura de la fase de liquidación (art. 143 LC).

2. Las secciones

Las secciones constituyen divisiones formales del procedimiento concursal en atención a la materia sobre la que versan las correspondientes actuaciones. Dentro de cada sección se ordenarán las actuaciones de cada una de ellas en cuantas piezas separadas sean necesarias o convenientes. Las secciones son las siguientes (art. 183 LC):

- i) La sección primera comprenderá lo relativo a la declaración de concurso, a las medidas cautelares, a la resolución final de la fase común, a la conclusión y, en su caso, a la reapertura del concurso.
- ii) La sección segunda comprenderá todo lo relativo a la administración concursal del concurso, al nombramiento y al estatuto de los administradores concursales, a la determinación de sus facultades y a su ejercicio, a la rendición de cuentas y, en su caso, a la responsabilidad de los administradores concursales.

- iii) La sección tercera comprenderá lo relativo a la determinación de la masa activa, a las autorizaciones para la enajenación de bienes y derechos de la masa activa, a la sustanciación, decisión y ejecución de las acciones de reintegración y de reducción y a las deudas de la masa.
- iv) La sección cuarta comprenderá lo relativo a la determinación de la masa pasiva, a la comunicación, reconocimiento, graduación y clasificación de los créditos concursales y al pago de los acreedores. En esta sección se incluirán también, en pieza separada, los juicios declarativos contra el deudor que se hubieran acumulado al concurso de acreedores y las ejecuciones que se inicien o se reanuden contra el concursado.
- v) La sección quinta comprenderá lo relativo al convenio y a la liquidación, incluidos el convenio anticipado y la liquidación anticipada; y
- vi) La sección sexta comprenderá lo relativo a la calificación del concurso y a sus efectos.

Declarado el concurso, se ordenará la formación de las secciones segunda, tercera y cuarta. Cada una de estas secciones se encabezará por el auto o, en su caso, la sentencia que hubiera ordenado su formación (art. 21.3 LC). En todas las secciones serán reconocidos como parte, sin necesidad de comparecencia en forma, el deudor y los administradores concursales. El Fondo de Garantía Salarial deberá ser citado como parte cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones de los trabajadores. En la sección sexta será parte, además, el Ministerio Fiscal (art. 184.1 LC). El deudor actuará siempre representado por procurador y asistido de (art. 184.2 LC). La administración concursal será oída siempre sin necesidad de comparecencia en forma, pero cuando intervengan en incidentes o recursos deberán hacerlo asistida de letrado. La dirección técnica de estos incidentes y recursos se entenderá incluida en las funciones del letrado miembro de la administración concursal (art. 184.5 LC).

Para solicitar la declaración de concurso, comparecer en el procedimiento, interponer recursos, plantear incidentes o impugnar actos de administración, los acreedores y los demás legitimados actuarán representados por procurador y asistidos de letrado. Pero, sin necesidad de comparecer en forma, podrán, en su caso, comunicar créditos y formular alegaciones, asistir e intervenir en la junta (art. 184.3 LC) y solicitar del juzgado el examen de aquellos documentos o informes que consten en autos sobre sus respectivos créditos, acudiendo para ello a la Oficina judicial personalmente o por medio de letrado o procurador que los represente, quienes para dicho trámite no estarán obligados a personarse (art. 185 LC). Finalmente, cualesquiera otros que tengan interés legítimo en el concurso podrán comparecer siempre que lo hagan representados por procurador y asistidos de letrado (art. 184.4 LC), sin perjuicio de lo establecido para la representación

y defensa de los trabajadores en la Ley de Procedimiento Laboral, incluidas las facultades atribuidas a los graduados sociales y a los sindicatos para el ejercicio de cuantas acciones y recursos sean precisos en el proceso concursal para la efectividad de los créditos y derechos laborales, y de las Administraciones públicas en la normativa procesal específica (art. 184.6 LC).

3. Las clases. Procedimiento ordinario y abreviado

Según se indicó con anterioridad, aunque la LC anuncia la unidad de procedimiento como un principio básico, junto al procedimiento que podemos denominar típico u ordinario, se regula un denominado procedimiento abreviado. El procedimiento abreviado podrá ser aplicado discrecionalmente por el juez en dos supuestos. Y deberá serlo de manera imperativa en otros dos (art. 190.1 a 3 LC). El juez puede utilizar este procedimiento en primer lugar cuando, a la vista de la información disponible, considere que el concurso no reviste especial complejidad, atendiendo a las siguientes circunstancias: 1º que la lista presentada por el deudor incluya menos de cincuenta acreedores; 2º que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros; y, 3º que la valoración de los bienes y derechos no alcance los cinco millones de euros. Cuando el deudor sea una persona natural el juez valorará especialmente si responde o es garante de las deudas de una persona jurídica y si es administrador de alguna persona jurídica. En segundo lugar, el juez podrá también aplicar el procedimiento abreviado cuando el deudor presente propuesta anticipada de convenio o una propuesta de convenio que incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo.

Necesariamente, el juez aplicará el procedimiento abreviado cuando el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de compra de la unidad productiva en funcionamiento o que el deudor hubiera cesado completamente en su actividad y no tuviera en vigor contratos de trabajo.

El concurso abreviado puede ser originario y sobrevenido. Es originario cuando se declara ya con ese carácter. Es sobrevenido cuando la declaración se produce con posterioridad. El juez, de oficio, a requerimiento del deudor o de la administración concursal, o de cualquier acreedor, podrá en cualquier momento, a la vista de la modificación de las circunstancias enumeradas anteriormente y atendiendo a la mayor o menor complejidad del concurso, transformar un procedimiento abreviado en ordinario o un procedimiento ordinario en abreviado (art. 190.4 LC).

En comparación con el procedimiento ordinario, el abreviado se caracteriza por la existencia de dos especialidades comunes y dos particulares, referidas, respecti-

vamente, a los supuestos de solicitud de concurso con presentación de propuesta de convenio y con presentación de plan de liquidación. Fuera de estas especialidades se aplicarán las normas previstas para el procedimiento ordinario (art. 191 *quáter* LC). Las especialidades comunes consisten en la reducción de plazos y en la supresión de trámites. La reducción de plazos afecta a la presentación del inventario de la masa activa y a la del informe de la administración concursal, así como al de la comunicación que debe efectuar esta a los acreedores informándoles del proyecto de inventario y de la lista de acreedores (art. 191.1 a 3 LC). Afecta asimismo al plazo para la presentación de propuestas ordinarias de convenio, al previsto para la celebración de la junta de acreedores (art. 191.5 LC), al de apertura de la fase de liquidación, al de presentación por la administración concursal del plan de liquidación y al de la duración de las operaciones de liquidación (art. 191.6 LC).

La supresión de trámites se produce en materia de impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores, que se dilucidarán sin incoar incidente. A tal efecto, se dará traslado de las mismas a la administración concursal, que comunicará al juzgado si acepta la pretensión, incorporándola a los textos definitivos, o si se opone formalmente a la misma, proponiendo a su vez la prueba que considere pertinente. Contestada la demanda o transcurrido el plazo para ello, el proceso continuará conforme a los trámites del juicio verbal de la LEC. Si hubiera más de una impugnación, se acumularán de modo que se tramiten y resuelvan en una sola vista (art. 191.4 LC).

Las especialidades particulares relativas al caso de solicitud de concurso con presentación de propuesta de convenio consisten en la reducción de plazos para la tramitación de dicha propuesta (art. 191 *bis* LC). En el caso de solicitud de concurso con presentación de un plan de liquidación, el juez acordará de inmediato la apertura de la fase de liquidación, el letrado de la administración de justicia dará traslado del plan de liquidación para que sea informado por el administrador concursal y para que los acreedores puedan realizar alegaciones. El informe del administrador concursal deberá incluir necesariamente el inventario de la masa activa del concurso y evaluar el efecto de la resolución de los contratos sobre las masas activa y pasiva del concurso. En el auto por el que se apruebe el plan de liquidación el juez podrá acordar la resolución de los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes, con excepción de aquellos que se vinculen a una oferta efectiva de compra de la unidad productiva o de parte de ella (art. 191 *ter* LC).

4. El incidente concursal

El incidente concursal es el procedimiento a través del cual se tramitarán todas las cuestiones que se susciten en el concurso, salvo las que tengan señaladas una

específica en la propia LC (art. 192.1 LC). Se trata, por tanto, de un procedimiento inserto en otro procedimiento más general, como es el concurso. Esta circunstancia influye en la disciplina de las partes, en cuyo ámbito hay que distinguir las partes principales y las partes intervinientes. Las primeras son las que deducen la demanda que da lugar al incidente y los demandados expresamente en él. Las partes intervinientes son las que, siendo partes en el concurso, comparecen en el incidente defendiendo sus posiciones propias o las de una parte principal. A este respecto ha de tenerse en cuenta que las partes del concurso siempre lo serán del incidente, pues lo son del procedimiento principal. Su intervención se ajustará a lo previsto en el art. 13 LEC, de modo que participarán en el incidente desde que comparezcan en el mismo y podrán actuar en él con plena autonomía. De este modo hay que interpretar la declaración contenida en el art. 193.2 LC cuando alude a estas partes como coadyuvantes, ya que esta figura carece en la actualidad de soporte legal.

A pesar de su denominación, el incidente concursal no constituye un procedimiento incidental en el sentido de la LEC (arts. 387 y ss. LEC). Se trata, por el contrario, de un procedimiento declarativo especial que presenta una estructura compleja por conformarse sobre la base de los dos procedimientos ordinarios previstos en la LEC, esto es, el juicio ordinario y el verbal. Los principios del primero rigen en lo relativo a la demanda, que se formulará con arreglo a lo previsto en el art. 399 LEC, y se contestará por escrito en el plazo y conforme a las previsiones del art. 405 LEC (art. 194.1 a 3 LC). Tras la contestación, el procedimiento se inspira en la disciplina del juicio verbal (art. 194.4. LC); si bien, sólo se citará a las partes para la vista cuando se haya presentado escrito de contestación a la demanda, exista discusión sobre los hechos y éstos sean relevantes a juicio del juez, y se hayan propuesto en los escritos de alegaciones medios de prueba, previa la declaración de su pertinencia y utilidad. En otro caso, el juez dictará sentencia sin más trámites. Lo mismo hará cuando la única prueba que resulte admitida sea la de documentos, y éstos ya se hubieran aportado al proceso sin resultar impugnados, o cuando sólo se hayan aportado informes periciales, y ni las partes ni el juez soliciten la presencia de los peritos en el juicio para la ratificación de su informe.

En cualquiera de los supuestos anteriores, si en el escrito de contestación se plantearan cuestiones procesales o se suscitaran por el demandante a la vista de este escrito, el juez las resolverá dictando la resolución que proceda conforme a lo dispuesto en la LEC para la resolución escrita de este tipo de cuestiones conforme a lo previsto en la audiencia previa del juicio ordinario. Si la decisión fuera la de continuar el proceso, dictará sentencia en el plazo de diez días. En consecuencia, las lagunas que presente la LC, deberán integrarse por las normas comunes que regulen el juicio ordinario o el verbal, según la fase del procedimiento en que se hallen las actuaciones o la índole de estas (DF 5ª LC). Frente a las sentencias dictadas en incidentes concursales en la fase común o de convenio, como regla

general, no cabe apelación directa, sino mediata, de modo que, previa protesta, podrá reproducirse la cuestión en la primera apelación que se suscite (art. 197.4 LC). Finalmente cabe destacar que, junto a este incidente concursal general, la LC regula el incidente concursal en materia laboral (art. 195 LC).

II. LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO

1. *Presupuestos de la declaración*

1.1. Caracterización y enumeración. La pluralidad de acreedores

Por presupuestos del concurso se entienden las condiciones de fondo que exige la LC al objeto de que proceda la apertura del procedimiento concursal. La LC alude expresamente al presupuesto subjetivo y al objetivo. No obstante, del conjunto de su articulado, así como de la propia naturaleza del procedimiento, se deduce que la pluralidad de acreedores constituye un presupuesto adicional. De modo que su ausencia determina la improcedencia de la declaración, aunque el deudor se encuentre en situación de insolvencia.

1.2. Presupuesto subjetivo

Con esta expresión se hace referencia a la condición subjetiva necesaria para la declaración de concurso. Como regla general solo pueden ser declaradas en concurso las personas. Es indiferente que se trate de personas naturales o jurídicas (art. 1.1 LC). Consecuentemente es asimismo intrascendente que el deudor sea o no empresario, o que ostente o no nacionalidad española, siempre que, tratándose de extranjeros, el centro de sus intereses principales radique en territorio español (art. 10.1 LC) o dispongan en dicho territorio de un establecimiento (art. 10.3 LC). En el primer caso, los efectos del concurso, que en el ámbito internacional se considerará «concurso principal», tendrán alcance universal, comprendiendo todos los bienes del deudor, estén situados dentro o fuera de España. En el segundo, los efectos del concurso, que en el ámbito internacional se considerará «concurso territorial», se limitarán a los bienes del deudor, afectos o no a su actividad, que estén situados en España.

Esta regla general tiene dos excepciones de signo inverso. Por un lado, se admite el concurso de la herencia yacente, a pesar de que carece de personalidad, ya que se trata de un patrimonio transitoriamente sin titular (art. 1.2. LC). Por otra parte, no pueden ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho

público (art. 1.3 LC). En consecuencia, la declaración de concurso se restringe a las personas jurídicas constituidas con arreglo al Derecho Privado.

1.3. Presupuesto objetivo: la insolvencia

El presupuesto objetivo del concurso es la insolvencia. Sin embargo, la LC no contiene un concepto unívoco de insolvencia. Por el contrario distingue entre la insolvencia actual y la insolvencia inminente. La insolvencia actual es una situación de fondo. Concurre cuando el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (art. 2.2 LC), ya sea porque se encuentra en una situación de déficit o desbalance patrimonial, esto es, insuficiencia de bienes propios, ya sea por falta de crédito. No se identifica con ningún hecho externo. Ahora bien, la LC relaciona una serie de hechos externos cuya concurrencia permite presumir la situación de insolvencia (art. 2.4 LC). No obstante, se trata de una presunción que admite prueba en contrario, mediante la que el deudor puede acreditar su solvencia a pesar de la concurrencia del hecho externo (art. 18.2 LC).

En atención a su naturaleza presuntiva de la insolvencia, el propósito de la enumeración de los hechos externos es facilitar la declaración del concurso cuando este sea solicitado por un acreedor. Pero, a la vez, condiciona la solicitud por parte de los acreedores puesto que en tales casos tiene carácter taxativo, de modo que la solicitud solo puede fundarse en alguno de esos hechos (art. 2.4 LC), no en otros distintos por muy importantes y reveladores de la situación de insolvencia que éstos sean. De otro lado, la insolvencia es inminente cuando el deudor prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones (art. 2.3 LC). A diferencia de la insolvencia actual, la legitimación para solicitar la declaración de concurso con fundamento en este tipo de insolvencia corresponde en exclusiva al deudor. Los acreedores carecen de ella (art. 2.3 LC).

2. *La solicitud de la declaración*

2.1. La solicitud del deudor

2.1.1. *La solicitud. El concurso voluntario*

Debido al principio dispositivo que rige el procedimiento concursal la declaración del concurso no puede producirse de oficio, sino que requiere solicitud de parte legitimada. El primer legitimado es el propio deudor (art. 3.1 I LC). Si es persona jurídica, la decisión o acuerdo de solicitar la declaración corresponde al órgano de administración o de liquidación (art. 3.1. II LC), sin necesidad de acuerdo de la junta de socios. La solicitud de concurso es el documento de ini-

ciación del procedimiento concursal. Por ese motivo, a pesar de la denominación, se trata de una auténtica demanda, que habrá de reunir los requisitos generales previstos en la LEC. Adicionalmente, la LC exige que el deudor justifique su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente (art. 2.3 LC). Asimismo dispone que a la solicitud acompañará los documentos relacionados en la LC (art. 6.2 LC). Cuando no acompañe alguno de ellos o faltara en los mismos alguno de los requisitos o datos exigidos, el deudor deberá expresar en su solicitud la causa que lo motive (art. 6.5 LC).

El concurso de acreedores tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del propio deudor (art. 22.1 LC), salvo que, en los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud del deudor, se hubiera presentado y admitido a trámite otra por cualquier legitimado, aunque éste hubiera desistido, no hubiera comparecido o no se hubiese ratificado, en cuyo caso tendrá carácter necesario (art. 22.2 LC). El carácter voluntario o necesario del concurso despliega importantes consecuencias en aspectos trascendentales del procedimiento, comenzando por el propio procedimiento de declaración.

2.1.2. El deber de solicitar el concurso

La LC impone al deudor el deber de solicitar su propia declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia actual (art. 5.1 LC). La insolvencia inminente únicamente faculta al deudor a solicitar el concurso, pero no le obliga, debido a que se trata de un estado en que la insolvencia como tal no existe, sólo se prevé que existirá en un futuro. Salvo prueba en contrario, se presumirá que ha conocido su estado de insolvencia actual cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al art. 2.4 LC, y, si se trata de alguno de los previstos en su párrafo 4º, haya transcurrido el plazo correspondiente (art. 5.2 LC). El incumplimiento de este deber se sanciona con la presunción de culpabilidad del concurso, salvo prueba en contrario (art. 165.1 1º LC).

Como excepción, este deber de solicitar la declaración de concurso no será exigible al deudor que, en estado de insolvencia actual, haya iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación u obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio o haya solicitado la apertura de un procedimiento de acuerdo extrajudicial de pagos en que se haya producido la aceptación del mediador y, dentro del plazo anterior, dichas circunstancias se pongan en conocimiento del juzgado competente para su declaración de concurso. Cumplido este requisito no será exigible al deudor el deber de solicitar la declaración de concurso volun-

tario. Transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado el AR o el AEP deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que no se encontrara en estado de insolvencia (art. 5 *bis* LC). El cumplimiento de los plazos previstos supone que no se incumpla el deber del deudor de solicitar la declaración de concurso y, en consecuencia, no se produzca la presunción de concurso culpable (art. 165.1.1º LC).

Por otra parte, presentada esta comunicación al juzgado, y mientras no transcurran los plazos anteriores, no se admitirán solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos del deudor. Las solicitudes que se presenten con posterioridad sólo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes que se concede al deudor –tras el transcurso de los tres meses desde la comunicación al juzgado– para solicitar la declaración de concurso, a menos que no se encontrara ya en estado de insolvencia. Si el deudor presenta solicitud de concurso en el referido plazo se tramitará en primer lugar. Declarado el concurso, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes (art. 15.3 LC).

2.2. La solicitud de los acreedores y otros legitimados. El concurso necesario

Cualquier acreedor, por el hecho de serlo, está legitimado para solicitar la declaración de concurso del deudor (art. 3.1 LC). Como excepción no ostentan legitimación los acreedores que carecen de interés legítimo, por razones objetivas, o que hubieran adquirido el crédito por actos *inter vivos* y a título singular, después de su vencimiento, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud (art. 3.2 LC). La legitimación deriva única y exclusivamente de la condición de acreedor, cualquiera que sea la naturaleza y clase de su crédito, de modo que en la solicitud deberá expresar el origen, naturaleza, importe, fechas de adquisición y vencimiento y situación actual del crédito, del que acompañará documento acreditativo (art. 7.1 II LC). Habrá de expresar asimismo el título o hecho externo en el que, de acuerdo con el artículo 2.4 LC, funda su solicitud (art. 7.1 I LC), proponiendo los medios de prueba de que se valga o pretenda valerse para acreditar la concurrencia del mismo, sin que la prueba testifical sea bastante por sí sola (art. 7.2 LC). Sin embargo, no se requiere que el hecho externo le afecte en particular a él.

La LC incentiva a los acreedores a solicitar el concurso reconociendo a los créditos de que fuera titular el instante un privilegio general hasta el 50% de su importe, siempre que no se trate de créditos subordinados (art. 91.7º LC). Sin embargo, sanciona las solicitudes no fundamentadas imponiendo al acreedor cuya solicitud haya sido desestimada las costas del procedimiento, salvo que el juez

aprecie que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Además, podrá acordarse una indemnización de los daños y perjuicios que se hubieran irrogado al deudor como consecuencia de la solicitud de concurso (art. 20.1 LC).

Además de los acreedores, están legitimados para solicitar la declaración de concurso el mediador de AEP y en caso de personas jurídicas los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables de las deudas de aquélla (art. 3.3 LC). Estos legitimados deberán expresar en la solicitud el carácter con el que la formulan, acompañando el documento del que resulte su legitimación o proponiendo la prueba para acreditarla (art. 7.1 III LC). El concurso se considerará necesario cuando la primera de las solicitudes sea presentada por cualquiera de estos legitimados, salvo que el deudor haya efectuado la comunicación prevista en el art. 5 *bis* LC con anterioridad, en cuyo caso tendrá carácter voluntario (art. 22.1 LC). Por otra parte, los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia podrán solicitar la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente. La solicitud formulada por un heredero producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario (art. 3.4 LC).

3. *Procedimiento de la declaración*

3.1. Órgano competente

La competencia objetiva para la declaración del concurso corresponde a los jueces de lo mercantil (art. 8 LC), que se caracterizan por ser órganos judiciales especializados de primera instancia, con sede, por regla general, en la capital de la provincia y jurisdicción en toda ella (art. 86 *bis* LOPJ). Además la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las materias relacionadas en la LC y en la LOPJ (arts. 8 y 9 LC y 86 *ter* 1 LOPJ); si bien, con las excepciones que la propia LC prevé.

Territorialmente, la competencia corresponde al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales. Si el deudor tuviese además en España su domicilio y el lugar de éste no coincidiese con el centro de sus intereses principales, será también competente, a elección del acreedor solicitante, el juez de lo mercantil en cuyo territorio radique aquél. Por centro de los intereses principales se entenderá el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses. En caso de deudor persona jurídica, se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social. Será ineficaz a estos efectos el cambio de domicilio efectuado en los seis meses anteriores a la solicitud del concurso (art. 10.1 LC).

Funcionalmente, de los recursos devolutivos que se deduzcan frente a las resoluciones dictadas por los juzgados de lo mercantil conocerán las secciones de lo mercantil de las audiencias provinciales, salvo las que se dicten en incidentes concursales que resuelvan cuestiones de materia laboral y de los recursos de suplicación y los demás que prevé la ley contra las resoluciones de los juzgados de lo mercantil de la comunidad autónoma en materia laboral, en cuyo caso la competencia se atribuye a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia correspondiente (arts. 75.2 y 82.4 LOPJ).

3.2. Fases del procedimiento

En el procedimiento de declaración se advierte un trámite común al concurso voluntario y necesario y dos específicos para cada uno de ambos. En el trámite común corresponde al órgano judicial examinar la solicitud de concurso y decidir sobre su admisión considerando si la solicitud o la documentación que la acompaña adolecen o no de algún defecto procesal o material y si están completas. Si aprecia alguno de estos defectos señalará al solicitante un único plazo de justificación o subsanación. De no justificarse o subsanarse el defecto el juez dictará auto que declare no haber lugar a la admisión de la solicitud. Esta resolución será susceptible de recurso de reposición. En otro caso, proveerá según se trate de concurso voluntario o necesario (art. 13 LC).

En el caso de concurso voluntario el juez dictará auto que declare el concurso sin oír a los acreedores, previo análisis de la concurrencia de alguno de los hechos externos relacionados en el art. 2.4 LC u otros que acrediten la insolvencia alegada por el deudor, a la vista de la documentación aportada (art. 14 LC).

En el supuesto de concurso necesario, si la solicitud hubiera sido presentada por un acreedor y se fundara en un embargo o en una investigación de patrimonio infructuosos o que hubiera dado lugar a una declaración administrativa o judicial de insolvencia, el juez dictará auto de declaración de concurso, sin oír al deudor, ni a otros interesados (art. 15.1 LC). Por el contrario, cuando la solicitud hubiera sido presentada con fundamento en otro de los hechos previstos en el art. 2.4 LC, distinto de los anteriores, la declaración del concurso solo se acordará previa contradicción. El juez dictará auto, admitiéndola a trámite y ordenando el emplazamiento del deudor, con traslado de la solicitud, para que comparezca y pueda formular oposición a la misma, proponiendo los medios de prueba de que intente valerse (art. 15.2 LC). En el mismo auto de admisión a trámite, el juez resolverá sobre la petición de medidas cautelares que, en su caso, se hayan solicitado (art. 17 LC).

El deudor podrá basar su oposición en la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o en que, aun existiendo, no se encuentra en estado de insolvencia. En este último caso, incumbirá al deudor la prueba de su solvencia y, si estuviera obligado legalmente a llevar contabilidad, esta prueba habrá de basarse en la que llevara conforme a derecho (art. 18.2 LC). Formulada la oposición por el deudor, se celebrará la vista (art. 18.2 LC), tras la cual (art. 19 LC) el juez resolverá mediante auto declarando el concurso o desestimando la solicitud (art. 20.1 LC). Contra dicho auto cabe recurso de apelación (art. 20.2 LC).

3.3. El auto de declaración del concurso

El auto de declaración de concurso contendrá los pronunciamientos relacionados en la LC (art. 21.1. LC). El auto produce sus efectos de inmediato, abre la fase común de tramitación del concurso y es ejecutivo aunque no sea firme (art. 21.2 LC). El letrado de la administración de justicia notificará el auto a las partes que hubiesen comparecido así como a los organismos previstos en la LC en caso de concurso de entidades de crédito, de seguro o relacionadas con el mercado de valores (art. 21.5 LC). El extracto del auto de declaración, que contendrá únicamente los datos enumerados en la LC, se publicará, con la mayor urgencia y de forma gratuita, en el BOE (art. 23.1 II LC). Además se insertará en el Registro Público Concursal (arts. 23. 5 y 198 LC). Pero el juez, podrá acordar cualquier publicidad complementaria que considere imprescindible para su efectiva difusión (art. 23.2 LC). Dicha publicidad se realizará preferentemente por medios telemáticos, informáticos y electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, garantizando la seguridad y la integridad de las comunicaciones (art. 23.1 I LC).

Por otra parte, el auto es objeto de publicidad registral. Tratándose de personas naturales dicha publicidad se arbitra mediante la inscripción en el Registro Civil. Si el deudor es sujeto inscribible en el Registro Mercantil mediante la inscripción en este. En otro caso, la inscripción se practicará en el Registro que corresponda, según las normas generales que rigen la inscripción en cada uno de ellos. Adicionalmente, si el deudor tuviera bienes o derechos inscritos en registros públicos, también se inscribirá en el folio correspondiente a cada uno de ellos (art. 24 LC).

4. *Los concursos conexos*

Por concursos conexos entiende la LC aquellos relativos a distintos deudores que son declarados conjuntamente (art. 25 LC) o que se acumulan, una vez declarados (art. 25 *bis* LC). Podrán solicitar la declaración judicial conjunta de concurso aquellos deudores que sean cónyuges o que sean administradores, socios,

miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica, así como cuando formen parte del mismo grupo de sociedades. El acreedor podrá solicitar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores, cuando sean cónyuges, exista entre ellos confusión de patrimonios o formen parte del mismo grupo de sociedades. Finalmente, el juez podrá declarar el concurso conjunto de dos personas que sean pareja de hecho inscrita, a solicitud de los miembros de la pareja o de un acreedor, cuando aprecie la existencia de pactos expresos o tácitos o de hechos concluyentes de los que se derive la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común. Será juez competente para la declaración conjunta de concurso el del lugar donde tenga el centro de sus intereses principales el deudor con mayor pasivo y, si se trata de un grupo de sociedades, el de la sociedad dominante o, en supuestos en que el concurso no se solicite respecto de ésta, el de la sociedad de mayor pasivo.

La acumulación de concursos ya declarados procederá respecto de quienes formen parte de un grupo de sociedades, tuvieren sus patrimonios confundidos, sean administradores, socios, miembros o integrantes personalmente responsables de las deudas de la persona jurídica, miembros o integrantes de una entidad sin personalidad jurídica y respondan personalmente de las deudas contraídas en el tráfico en nombre de ésta, o cónyuges o pareja de hecho inscrita, cuando concurra alguna de las circunstancias enunciadas al tratar de la declaración conjunta. No impide la acumulación el que los concursos hayan sido declarados por diferentes juzgados. En ese supuesto, la competencia para la tramitación de los concursos acumulados corresponderá al juez que estuviera conociendo del concurso del deudor con mayor pasivo en el momento de la presentación de la solicitud de concurso o, en su caso, del concurso de la sociedad dominante o cuando ésta no haya sido declarada en concurso, el que primero hubiera conocido del concurso de cualquiera de las sociedades del grupo.

La acumulación podrá ser solicitada por cualquiera de los concursados, de las administraciones concursales o de los acreedores. No obstante, las consecuencias jurídicas de la conexión son bastante limitadas puesto que, como regla general, solo supone la tramitación coordinada de los concursos, sin consolidación de las masas. Únicamente podrán consolidarse inventarios y listas de acreedores a los efectos de elaborar el informe de la administración concursal cuando exista confusión de patrimonios y no sea posible deslindar la titularidad de activos y pasivos sin incurrir en un gasto o en una demora injustificados (art. 25 *ter* LC). Asimismo, el juez podrá nombrar una administración concursal única designando auxiliares delegados, en la medida en que ello resulte posible. En caso de acumulación de concursos ya declarados, el nombramiento podrá recaer en una de las administraciones concursales ya existentes (art. 27.8 LC).

III. LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

1. *Caracterización, composición y clases*

La administración concursal es el órgano de gestión del concurso. Es un órgano necesario tanto porque su nombramiento tiene carácter imperativo, como por las funciones que le encomienda la LC, imprescindibles para la tramitación del concurso. La composición de este órgano varía en atención a las circunstancias previstas en la LC, lo que permite advertir la existencia de dos clases de administración concursal. La regla general es la composición unipersonal del órgano (art. 27.1 LC). Como excepción, la composición podrá ser dual en el caso de concursos que revistan interés público (art. 27. 7LC), si bien la LC no define el interés público.

2. *Nombramiento*

2.1. *Requisitos*

2.1.1. *Condiciones positivas*

El análisis de las condiciones positivas exigidas por la LC para integrar la administración concursal exige diferenciar los supuestos de composición unipersonal y dual del órgano. A su vez, en caso de composición unipersonal, cabe distinguir el régimen general y los particulares, que se aplican cuando el concursado sea una entidad sometida a supervisión administrativa. Al respecto, no obstante, del régimen general se produce la extraña circunstancia de que las previsiones de la LC no han alcanzado vigencia por cuanto esta quedó supeditada al desarrollo reglamentario, que debería aprobarse, a iniciativa de los Ministerios de Justicia y de Economía, en un plazo máximo de seis meses, tras la entrada en vigor de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, lo que, por el momento no se ha hecho.

Entretanto se aplica, pues, el régimen anterior. Conforme a él, el administrador concursal puede ser una persona natural o jurídica. En el primer supuesto, estará integrada por un abogado con experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo, que haya acreditado su formación en materia concursal, o por un auditor de cuentas, un economista o un titulado mercantil, con la misma experiencia profesional y grado de conocimiento de la materia concursal que el abogado (art. 27.1 I LC). La persona jurídica ha de estar integrada, al menos, por un abogado y un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil y deberá designar como representante en el concurso a quien ostente las condiciones de experiencia y formación exigidas a las personas naturales (art. 27.1 II LC).

En caso de que se apruebe el Reglamento, únicamente podrán ser designadas las personas físicas o jurídicas que figuren inscritas en la sección cuarta del Registro Público Concursal y que hayan declarado su disposición a ejercer las labores de administrador concursal en el ámbito de competencia territorial del juzgado del concurso. Podrán inscribirse en dicha sección las personas que cumplan los requisitos que se determinen reglamentariamente. Dichos requisitos podrán referirse a la titulación requerida, a la experiencia a acreditar y a la realización o superación de pruebas o cursos específicos; si bien, se podrán exigir requisitos específicos para ejercer como administrador concursal en concursos de tamaño medio y gran tamaño. Reglamentariamente se fijarán las características que permitan definir el tamaño del concurso.

El régimen particular resulta de aplicación cuando el concursado sea una entidad vinculada con el mercado de valores o se trate de entidades de crédito o seguro (art. 27.6 LC). En el primer caso, el juez nombrará al administrador concursal de entre los propuestos por la CNMV. En el segundo, de entre los propuestos por el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria o por el Consorcio de Compensación de Seguros en el caso de entidades aseguradoras. En las hipótesis de composición dual, el primer administrador concursal ha de reunir los requisitos anteriores. Será este quien ostente la representación de la administración concursal frente a terceros. El segundo será una Administración pública o una entidad de Derecho Público vinculada o dependiente de ella, que, no obstante, podrá renunciar al nombramiento y cuyo representante tendrá la condición de empleado público con titulación universitaria, de graduado o licenciado en ámbitos pertenecientes a las ciencias jurídicas o económicas pero su régimen de responsabilidad será el específico de la legislación administrativa (art. 27. 7LC).

2.1.2. *Prohibiciones legales*

La LC prevé un heterogéneo conjunto de circunstancias que impiden el nombramiento como administrador concursal. Estrictamente consideradas algunas son incapacidades en sentido estricto, mientras que otras pueden ser calificadas como prohibiciones o incompatibilidades. Pero, genéricamente, actúan como prohibiciones que impiden el desempeño del cargo a las siguientes personas (art. 28 LC):

- i) Quienes no puedan ser administradores de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada.
- ii) Quienes hayan prestado cualquier clase de servicios profesionales al concursado o a personas especialmente relacionadas con éste en los últimos tres años, incluidos aquellos que durante ese plazo hubieran compartido con aquél el ejercicio de actividades profesionales de la misma o diferente

- naturaleza. Y quienes estén especialmente relacionados con alguna persona que haya prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con este en los tres años previos.
- iii) Quienes se encuentren en relación con el concursado, sus directivos o administradores, o con un acreedor que represente más del 10 por ciento de la masa pasiva del concurso en alguna de las situaciones que constituyen causa de incompatibilidad en la LAC.
 - iv) Quienes hubieran sido separados de este cargo dentro de los tres años anteriores y quienes se encuentren inhabilitados por sentencia firme de desaprobación de cuentas en concurso anterior (art. 181 LC) o por haber adquirido bienes y derechos de la masa activa (art. 151.2 LC).
 - v) En el caso de que existan suficientes personas disponibles en el listado correspondiente, quienes hubieran sido designados para dicho cargo por el mismo juzgado en tres concursos dentro de los dos años anteriores. A estos efectos, los nombramientos efectuados en concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas se computarán como uno solo.
 - vi) Salvando a las personas jurídicas, no podrán ser nombrados administradores concursales en un mismo concurso quienes estén entre sí vinculados personal o profesionalmente. Para apreciar la vinculación personal se aplicarán las reglas establecidas para esta cuestión en materia de créditos subordinados en el art. 93 LC. Se entenderá que están vinculadas profesionalmente las personas entre las que existan, o hayan existido en los dos años anteriores a la solicitud del concurso, de hecho o de derecho, relaciones de prestación de servicios, de colaboración o de dependencia, cualquiera que sea el título jurídico que pueda atribuirse a dichas relaciones.
 - vii) Quien sin justa causa no compareciese, no tuviera seguro suscrito o no aceptase el cargo, podrá ser designado administrador en los procedimientos concursales que puedan seguirse en el mismo partido judicial durante un plazo de tres años (art. 29.2 LC).
 - viii) Quien, como experto independiente, hubiera emitido el informe relativo al acuerdo de refinanciación que hubiera alcanzado el deudor antes de su declaración de concurso.

Estas prohibiciones se aplican al administrador concursal persona natural. Si se encuentra integrado en alguna persona jurídica de carácter profesional se extienden a los restantes socios o colaboradores de la misma (art. 30.2 II LC). Rigen asimismo para el administrador concursal persona jurídica y para su representante, aunque, en este último caso, naturalmente, solo en la medida en que afecten a la persona jurídica (art. 30.2 I LC). Afectan, finalmente, a los representantes de

la Comisión Nacional del Mercado de Valores, del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, Consorcio de Compensación de Seguros y de cualesquiera Administraciones Públicas acreedoras, las normas contenidas en este artículo, con excepción de las prohibiciones por razón de cargo o función pública, de las relativas a la vinculación profesional entre administradores concursales y a la vinculación con el concursado persona jurídica en razón de la condición de administrador, de derecho o de hecho, liquidador o apoderado general del misma (arts. 28.4 y 93.2.2º LC).

Las prohibiciones impiden el nombramiento como administrador concursal de modo absoluto, de modo que vinculan al juez, al propio administrador concursal, en quien generan un deber de no aceptar el nombramiento –deber de abstención– (art. 29.1 I LC) y atribuyen a todas las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso la facultad de recusación (art. 32 LC). En atención a ello, operan también de forma sobrevenida, de manera que, si se incurre en alguna de ellas con posterioridad a la designación, darán lugar al cese del administrador. Además constituyen justa causa de separación del cargo, de oficio o a petición de parte (art. 37 LC).

2.2. Designación

La designación del administrador concursal es competencia, exclusiva y excluyente, del juez del concurso. Sin embargo, dicha competencia está sometida a tres limitaciones:

- i) Solo puede designar a sujetos que cumplan los requisitos, positivos y negativos, establecidos en la LC para el nombramiento. Adicionalmente, si se trata del régimen general de nombramiento o del nombramiento del primer administrador en caso de administración concursal dual, han de estar necesariamente incluidos en la lista oficial. Entretanto se apruebe el Reglamento que desarrolle el nuevo sistema de nombramiento hay que distinguir entre la lista oficial y los listados. Los listados son las relaciones de administradores concursales que remiten a los decanatos de los juzgados competentes los colegios profesionales y el ROAC. En su elaboración unos y otros carecen de capacidad decisoria. Han de limitarse a incluir a todos aquellos que hayan puesto de manifiesto su disponibilidad para el desempeño de la función de administrador concursal, su formación en materia concursal y su compromiso de continuidad en la formación en esta materia. Su confección y remisión es *a los meros efectos* de confeccionar parte de la lista oficial del decanato (art. 27.3 II LC).

La lista oficial es única y es la que forman los decanatos de los juzgados competentes. La designación debe hacerse necesariamente y solo de esa lista oficial, puesto que es la única que tiene validez oficial. Esta lista se forma agregando a los listados a aquellos administradores concursales que lo soliciten siempre y cuando se trate de profesionales cuya colegiación no resulte obligatoria o de personas jurídicas. Frente a la decisión de los colegios profesionales, del ROAC o del juez decano de excluir a algún peticionario, podrá este presentar la oportuna queja en el decanato [arts. 27.6 LC y 168.2.c) LOPJ], sin perjuicio de los recursos que puedan admitirse frente a ello (art. 127.4 LOPJ). Cuando se apruebe el Reglamento, será imprescindible que el sujeto figure inscrito en la sección cuarta del Registro Público Concursal y que hayan declarado su disposición a ejercer las labores de administrador concursal en el ámbito de competencia territorial del juzgado del concurso.

- ii) En el régimen transitorio, vigente hasta la aprobación del reiterado Reglamento, como regla general, el nombramiento es relativamente discrecional ya que se efectuará procurando una distribución equitativa de designaciones entre los incluidos en las listas que existan. No obstante, el juez podrá, apreciándolo razonadamente, designar a unos concretos administradores concursales cuando el previsible desarrollo del proceso exija una experiencia o unos conocimientos o formación especiales, como los vinculados a asegurar la continuidad de la actividad empresarial o que se puedan deducir de la complejidad del concurso. Además, para concursos ordinarios deberá designar a quienes acrediten su participación como administradores o auxiliares delegados en otros concursos ordinarios o, al menos, tres concursos abreviados, salvo que el juez considere, de manera motivada, idónea la formación y experiencia de los que designe en atención a las características concretas del concurso (art. 27.4 LC).

Cuando se apruebe el Reglamento, la designación del administrador concursal recaerá en la persona física o jurídica del listado de la sección cuarta del Registro Público Concursal que corresponda por turno correlativo y que, reuniendo las condiciones legales y reglamentarias, haya manifestado al tiempo de solicitar su inscripción en dicho registro o, con posterioridad, su voluntad de actuar en el ámbito de competencia territorial del juzgado que lo designe. La primera designación de la lista se realizará mediante sorteo. No obstante, en los concursos de gran tamaño, el juez, de manera motivada, podrá designar a un administrador concursal distinto del que corresponda al turno correlativo cuando considere que el perfil del administrador alternativo se adecúa mejor a las características del concurso. El juez deberá motivar su designación atendiendo a

alguno de los siguientes criterios: la especialización o experiencia previa acreditada en el sector de actividad del concursado, la experiencia con instrumentos financieros empleados por el deudor para su financiación o con expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales.

- iii) Excepción a la regla anterior constituyen los supuestos particulares de entidades sometidas a régimen de supervisión, esto es, entidades de crédito, seguro y relacionadas con el mercado de valores está obligado a nombrar a los sujetos propuestos por los organismos que dispone la LC, respectivamente, el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, el Consorcio de Compensación de Seguros y la CNMV (art. 27.6 TRLC).

2.3. Aceptación

Como regla general los designados deben comparecer personalmente ante el juzgado dentro de los cinco días siguientes al de recibo de la comunicación, para manifestar si aceptan o no el encargo (art. 29.1 LC). Por excepción no se exige la aceptación cuando el nombramiento recaiga en personal técnico de la CNMV, en el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria o en el Consorcio de Compensación de Seguros (art. 29.5 LC). Quiere decir que en tales casos la aceptación es automática por el mero hecho del nombramiento.

La declaración de voluntad en que consiste la aceptación ha de ser expresa. Con carácter general, requiere el cumplimiento previo por parte del aceptante de tres condiciones. En caso de persona jurídica ha de cumplir una adicional. Se trata de las siguientes: i) Ha de acreditar que tiene suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente proporcional a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto para responder de los posibles daños en el ejercicio de su función (art. 29.1 LC y Real Decreto 1333/2012, de 21 de septiembre, por el que se regula el seguro de responsabilidad civil y la garantía equivalente de los administradores concursales). La falta de seguro impide la aceptación. Además, quien sin justa causa no tuviera seguro suscrito no podrá ser designado administrador en los procedimientos concursales que puedan seguirse en el mismo partido judicial durante un plazo de tres años (art. 29.2 LC); ii) Deberá facilitar al juzgado las direcciones postal y electrónica en las que efectuar la comunicación de créditos, así como cualquier otra notificación. La dirección electrónica que se señale deberá cumplir las condiciones técnicas de seguridad de las comunicaciones electrónicas en lo relativo a la constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas y del contenido íntegro de las comunicaciones (art. 29.4 y 6 LC); y, iii) Cuando el nombramiento de administrador concursal recaiga en una persona jurídica, ésta, al aceptar el car-

go, deberá comunicar la identidad de la persona natural que haya de representarla y asumir la dirección de los trabajos en el ejercicio de su cargo (art. 30.1 LC).

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que la emisión de la declaración de aceptación no se configura como un acto discrecional del designado. Al contrario, salvo que se trate de Administración Pública acreedora o a una entidad de Derecho Público acreedora vinculada o dependiente de ella, quienes podrán renunciar al cargo (art. 27.7 LC), tanto la comparecencia como la declaración de voluntad en que consiste la aceptación son diseñadas por la LC como cargas ya que, de no comparecer en el plazo fijado o no aceptar el cargo, la LC crea como sanción específica una causa de inhabilitación: no se le podrá designar administrador en los procedimientos concursales que puedan seguirse en el partido judicial durante un plazo de tres años, salvo que acredite la concurrencia de justa causa (art. 29.2 LC). El fundamento de tal prescripción parece residir en el matiz público con que se halla revestido el ejercicio de las funciones encomendadas a la administración concursal por su inserción en el marco del procedimiento concursal.

Justas causas serán en todo caso las circunstancias constitutivas de incapacidades, inhabilitaciones, prohibiciones e incompatibilidades y las establecidas en la legislación procesal civil para la recusación de peritos (arts. 28, 29.1 II y 32 LC); si bien es posible considerar también como justas causas otros motivos físicos o jurídicos, objetivos o subjetivos. Su concurrencia debe ser manifestada por el designado en el trámite de la aceptación al objeto de eludirla regularmente (art. 29.1 II LC). Constatada la justa causa el juez deberá dejar sin efecto el nombramiento (arg. *ex* arts. 28 y 32 LC). En cualquier caso de falta de aceptación, esto es, se estime por el juez o no la suficiencia de la causa, éste procederá de inmediato al nombramiento de un nuevo administrador concursal (arts. 29.2.I y 38 LC).

3. El estatuto de la administración concursal

3.1. Derechos: la retribución

Como contraprestación a las importantes funciones que desarrolla la administración concursal, la LC le atribuye el derecho a percibir una retribución económica, salvo que se trate del personal de la CNMV, del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, del Consorcio de Compensación de Seguros (art. 34.1 LC). La retribución se percibe en concepto de crédito contra la masa (art. 34.1 LC), de modo que su percepción está sujeta al régimen general que gobierna este tipo de créditos, con las precisiones contenidas en la LC al respecto de la misma y en su desarrollo reglamentario. Ahora bien, se produce en este ámbito la misma anómala situación que al tratar de la designación. Los preceptos que la LC dedica a la

materia carecen de vigencia (arts. 34 a 34 *quáter* LC) a la espera de que se apruebe su desarrollo reglamentario. Por tanto, en la actualidad se aplica la versión anterior de la normativa y el vigente RD 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales.

A tenor de ello, el importe de la retribución está determinado por el arancel, atendiendo a la cuantía del activo y del pasivo, al carácter ordinario o abreviado del procedimiento, a la acumulación de concursos y a la previsible complejidad del concurso. Adicionalmente, el arancel se ajustará necesariamente a las siguientes reglas: i) exclusividad. Significa que los administradores concursales sólo podrán percibir por su intervención en el concurso las cantidades que resulten de la aplicación del arancel; ii) limitación. Se refiere a que la administración concursal no podrá ser retribuida por encima de la cantidad máxima que se fije reglamentariamente para el conjunto del concurso; y iii) efectividad. Alude a que en aquellos concursos en que la masa sea insuficiente, se garantizará el pago de un mínimo retributivo establecido reglamentariamente, mediante una cuenta de garantía arancelaria que se dotará con aportaciones obligatorias de los administradores concursales. Estas dotaciones se detraerán de las retribuciones que efectivamente perciban los administradores concursales en los concursos en que actúen en el porcentaje que se determine reglamentariamente. Sin embargo, el actual arancel no contempla los dos últimos principios.

De aprobarse el nuevo Reglamento, entrarían en vigor las actuales disposiciones LC. Conforme a ellas, el arancel atenderá al número de acreedores, a la acumulación de concursos, al tamaño del concurso según la clasificación considerada a los efectos de la designación de la administración concursal y a las funciones que efectivamente desempeñe la administración concursal. Y se ajustará necesariamente a las reglas previstas en la LC, que a los principios de exclusividad, limitación y efectividad añade el de eficiencia. La eficiencia significa que la retribución se devengará conforme se vayan cumpliendo las funciones por el administrador y que la retribución inicialmente fijada podrá ser reducida por el juez de manera motivada por el incumplimiento de las obligaciones de la administración concursal, un retraso atribuible a la administración concursal en el cumplimiento de sus obligaciones o por la calidad deficiente de sus trabajos. En todo caso, se considerará que la calidad del trabajo es deficiente y deberá reducirse la retribución, salvo que el juez, atendiendo a circunstancias objetivas o a la conducta diligente del administrador, resuelva lo contrario, cuando la administración concursal incumpla cualquier obligación de información a los acreedores, cuando exceda en más de un cincuenta por ciento cualquier plazo que deba observar o cuando se resuelvan impugnaciones sobre el inventario o la lista de acreedores en favor de los demandantes por una proporción igual o superior al diez por ciento del valor de la masa activa o de la masa pasiva presentada por la administración concursal

en su informe. En este último caso, la retribución será reducida al menos en la misma proporción.

Especifica asimismo que el principio de limitación determina que la cantidad total máxima que la administración concursal podrá percibir por su intervención en el concurso será la menor de las dos siguientes: la cantidad resultante de multiplicar el activo del deudor por un 4 por ciento y un millón quinientos mil euros. No obstante, el juez de forma motivada y oídas las partes, podrá aprobar una remuneración que supere el límite anterior cuando debido a la complejidad del concurso los costes asumidos por la administración concursal lo justifiquen, sin que en ningún caso pueda exceder del 50 por ciento de dicho límite. También concreta las obligaciones derivadas del principio de efectividad disponiendo que las cantidades a ingresar en la cuenta de garantía arancelaria se calcularán sobre las retribuciones que efectivamente perciba cada administrador concursal por su actuación en el concurso aplicando los siguientes porcentajes: un 2,5 por ciento por la remuneración obtenida que se encuentre entre los 2.565 euros y los 50.000 euros, un 5 por ciento por la remuneración obtenida que se encuentre entre los 50.001 euros y los 500.000 euros y un 10 por ciento por la remuneración obtenida que supere los 500.000 euros; quedando, no obstante, excluidos de la obligación de dotación de la cuenta los administradores concursales cuya retribución no alcance para el conjunto del concurso los 2.565 euros, o aquellos que tengan derecho a ser resarcidos con cargo a la referida cuenta.

El importe concreto de la retribución y los plazos en que deba ser satisfecho serán fijados por el juez mediante auto, dictado de conformidad con el arancel y previo informe de la administración concursal (art. 34.3). Pero, en cualquier estado del procedimiento, el juez, de oficio o a solicitud de deudor o de todo acreedor, podrá modificar la retribución fijada, si concurriera justa causa, aplicando siempre el arancel (art. 34.4 LC). Por otra parte, el auto por el que se fije o modifique la retribución de los administradores concursales será apelable por cualquiera de éstos y por las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso (art. 34.5 LC).

3.2. Obligaciones

3.2.1. *Los deberes de diligencia y lealtad*

3.2.1.1. El deber de diligencia

Junto a los concretos deberes que la LC asigna a los administradores concursales, es importante destacar la sujeción de los mismos a los deberes de diligencia y lealtad (art. 35.1 LC). El contenido del primer deber está determinado en la LC por remisión al modelo de conducta del ordenado administrador, lo que, en

conjunción con los requisitos de acceso al cargo, y aplicando analógicamente la LSC aclara, en primer término, que se está en el ámbito de una concreta diligencia profesional, que no es la de un hombre medio, ni la del buen padre de familia, ni siquiera la del empresario, sino la de un profesional con conocimientos especializados. Y, en segundo lugar, que la diligencia no puede medirse en atención a criterios subjetivos, sino objetivos. Conforme a ello, el deber de diligencia comprende dos dimensiones. Por un lado, la dimensión cuantitativa, que obliga a los administradores a ocuparse efectivamente de la función encomendada prestando al ejercicio de la misma la atención y dedicación adecuadas (arg. anal. *ex* art. 225.2 LSC). Por otro, la dimensión cualitativa, que compele al administrador a poseer las aptitudes y conocimientos exigidos objetivamente por la función atribuida, de acuerdo con el tipo de relación considerada. Y a comportarse como lo harían los administradores normalmente prudentes en circunstancias análogas, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas al mismo, adoptando las decisiones razonables, precisas para el buen desarrollo de aquellas.

Se trata de un deber genérico (arg. anal. *ex* art. 225.1 y 2 LSC) que se manifiesta en otros de índole concreta, estén o no especificados en la Ley, pero en todo caso incluye el deber de exigir información –y el correlativo derecho a recabarla– (arg. anal. *ex* art. 225.3 LSC), que, en la medida en que se trata de un deber de requerir la información adecuada y necesaria que sirva para el cumplimiento de las obligaciones asumidas (art. arg. anal. *ex* 225.3 LSC), exige cerciorarse de la suficiencia y de la fiabilidad de la información. De modo que; por un lado, el deber es específicamente el de informarse adecuadamente y, por ende, se incluyen en él igualmente el deber de vigilar, el de investigar, el de elegir adecuadamente e instruir y el de intervenir. Todos ellos expresan el contenido del deber de adoptar decisiones razonables desde el punto de vista del *iter* de su adopción. Por consiguiente, en el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado (arg. anal. *ex* art. 226.1 LSC).

Materialmente, por otro lado, este deber hace referencia a la calidad de la propia decisión adoptada, que no puede ser injustificada o irracional. Ahora bien, a este respecto debe tenerse en cuenta que la obligación del administrador concursal, como todas aquellas que consisten en prestar determinados servicios, es una obligación de medios, no de resultado, lo que supone que el contenido de la prestación que constituye su objeto no incluye la obtención de un resultado, sino simplemente el empleo del medio, la diligencia debida. El administrador no asume obligación alguna de obtener resultados exitosos en la labor que realiza. No es posible, por tanto, confundir la obtención de un resultado positivo con la

observancia de la diligencia debida, que es lo único que se exige. La obligación de medios que asume el administrador implica el reconocimiento de un margen de discrecionalidad o espacio autónomo de decisión que permite elegir entre aquellas opciones razonables dadas las circunstancias del caso. Con ello, además, se restaura la estructura de la distribución de riesgos entre la entidad y el administrador evitando que este responda del nivel de riesgo creado en beneficio de aquella, salvo que el último actúe fuera del marco que permite la discrecionalidad que se le reconoce.

A este respecto, hay que distinguir entre el ámbito de las decisiones estratégicas y de negocio, sujetas a la discrecionalidad empresarial, y otro tipo de actuaciones. En el primer ámbito el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe y sin interés personal en el asunto objeto de decisión (arg. anal. *ex art.* 226. LSC) considerando la concreta función que desempeña. Si únicamente asume la intervención de las facultades de administración que continúa ejerciendo el concursado, su función es pasiva, ya que ha de limitarse a autorizar o no las decisiones que adopte aquel. En la misma medida su deber de diligencia ha de ser evaluado atendiendo solo a esa concreta actividad. En el resto de actuaciones se aplica la cláusula general en relación con la cual, además, es preciso tener en cuenta que el carácter razonable de la decisión ha de valorarse en atención a las circunstancias concurrentes en el momento en que se adoptó. Por eso, el control judicial no consiste en un juicio de oportunidad que sustituya su criterio y busque *a posteriori* la decisión correcta, sino en valorar si se ha adoptado una medida no razonable, dadas las circunstancias del caso, traspasando con ello el margen de discrecionalidad que debe concederse al administrador. La referencia al modelo de ordenado administrador implica, por ende, el reconocimiento de un margen de discrecionalidad o espacio autónomo de decisión que permite elegir entre aquellas opciones razonables dadas las circunstancias del caso. Con todo, las últimas reformas LC han desvirtuado en cierta medida esta ordenación al imponer al administrador concursal obligaciones de resultado en ciertos supuestos. Por ejemplo, cuando obliga a reducir la retribución del mismo cuando se resuelvan impugnaciones sobre el inventario o la lista de acreedores en favor de los demandantes por una proporción igual o superior al diez por ciento del valor de la masa activa o de la masa pasiva presentada por la administración concursal en su informe (art. 34.2 LC).

3.2.1.2. El deber de lealtad

Adaptando la caracterización genérica del deber de lealtad al ámbito concursal puede afirmarse que admite dos formulaciones de diverso signo, pero no excluyentes, sino complementarias, entre sí. Por un lado, impone la obligación de orientar

la actuación hacia la promoción del interés del concurso, que es, preferentemente, la satisfacción de los acreedores. Por otro, la de perseguir este con preferencia a cualesquiera otros, lo que justifica suficientemente el hecho de que engendre ante todo un deber de anteponer el interés del concurso al propio o al de terceros, incluyendo a los acreedores individualmente considerados o a un grupo de ellos, en caso de conflicto entre ambos y, por ende, la prohibición de obtener ventajas propias o ajenas a costa del sacrificio del conjunto de los acreedores.

El carácter de cláusula general de este deber permite afirmar que constituye elemento modulador de los derechos y obligaciones legales, esto es, pauta de actuación en el ejercicio y cumplimiento de unos y otras, pero también fundamento de nuevos deberes, estén o no especificados en la LC. La LC se refiere a algunos de ellos a lo largo de su articulado. En particular cuando prohíbe a los administradores concursales adquirir por sí o por persona interpuesta, ni aun en subasta, los bienes y derechos que integren la masa activa del concurso (art. 151 LC).

3.2.2. *La rendición de cuentas*

La rendición de cuentas se configura como un deber que se impone a la administración concursal, cuyo fundamento radica en la condición de gestor de intereses ajenos que la LC atribuye a aquella. Su contenido incluye una relación justificada de todas las operaciones realizadas por la administración concursal en el ejercicio de las facultades de administración conferidas, así como el resultado y saldo final de las mismas, que ha de concluir solicitando su aprobación (art. 181.1 LC).

A pesar de los equívocos términos en que se pronuncia la LC, la rendición de cuentas ha de efectuarse una sola vez y en un único momento. En la hipótesis general dicho momento coincide con el de emisión del informe que debe elaborar la administración concursal con carácter previo a la resolución mediante la que se acuerde la conclusión del concurso por finalización de la liquidación, insuficiencia de masa activa, pago o consignación de la totalidad de los créditos reconocidos, o íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio o inexistencia sobrevenida de la situación de insolvencia, así como por desistimiento o renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos (arts. 176.2, 176 *bis* 3, 152.2 y 181.2 LC). Si el concurso concluye por cumplimiento del convenio, la rendición de cuentas debe ser realizada con anterioridad. Dentro del plazo que el juez señale tras la eficacia del convenio, ya que es en ese momento cuando cesan los administradores concursales (art. 133.2 II LC). Asimismo el administrador concursal rendirá cuentas de su actuación en el plazo determinado en la LC cuando cese por cualquier motivo antes de la conclusión del concurso (art. 38.4 LC).

La rendición de cuentas se efectúa ante el juez, que está obligado a aprobarlas, salvo que exista oposición de parte legitimada. En este caso decidirá mediante sentencia previa apertura del correspondiente incidente (art. 181.2 y 3 LC). La aprobación o la desaprobación de las cuentas no prejuzga la procedencia o improcedencia de la acción de responsabilidad de los administradores concursales, pero la desaprobación comportará su inhabilitación temporal para ser nombrados en otros concursos durante un período que determinará el juez en la sentencia de desaprobación y que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a dos años (art. 181.4 LC).

3.3. Responsabilidad

La LC regula la responsabilidad civil de los administradores concursales de manera coherente con los rasgos que individualizan esta en el régimen común y en atención al carácter de órgano del concurso que atribuye a la administración concursal. Es, en efecto, una responsabilidad orgánica porque se circunscribe al haz o conjunto de funciones o competencias y deberes que la LC asigna a los administradores concursales. Por ese motivo es una responsabilidad personal, pues son las personas miembros del órgano de administración quienes asumen el ejercicio de dichas competencias y deberes (art. 36.1 LC).

Es una responsabilidad civil porque sus presupuestos son los típicos de esta en la legislación común. En consecuencia, requiere la existencia de un daño en relación causal con una determinada conducta –acción u omisión– antijurídica, que sea imputable al administrador. La conducta comprende los actos contrarios a la ley y los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, en particular los de diligencia y lealtad (art. 36.1 LC). La imputabilidad se determina en atención a la concurrencia de dolo o culpa, que habrán de ser probados por quien los alegue, ya que la LC no ordena ninguna presunción a este respecto, ni se justifica en modo alguno.

Considerando el patrimonio que haya recibido el daño se distinguen dos tipos de acciones. La acción concursal, que exige que el daño sea ocasionado directamente a la masa activa del concurso (art. 36.1 LC). Y la acción individual, en que el daño es causado directamente en los patrimonios individuales del deudor, de los acreedores o de los terceros (art. 36.6 LC). Ha de tratarse de daños directos, no basta el daño reflejo o colateral derivado del ocasionado a la masa. En el primer caso la legitimación activa corresponde al deudor y a cada uno de los acreedores (art. 36.1 y 5 LC). En el segundo a los titulares de los intereses lesionados (art. 36.6 LC).

El administrador concursal responde en razón de los actos propios en los que concurran las circunstancias anteriores y también por los realizados por los auxiliares delegados. En estos casos, existe una responsabilidad por hecho propio que compete a los auxiliares y una responsabilidad del administrador concursal por infracción del deber de elegir, instruir, vigilar o intervenir para evitar el daño. Debido a ello la responsabilidad es solidaria entre ambos y el administrador puede exonerarse probando haber empleado toda la diligencia debida para prevenir o evitar el daño (art. 36.2 LC). Como regla general, el administrador concursal no responderá de los actos lesivos realizados con la previa autorización del juez del concurso en atención a la ausencia del requisito de la culpa.

3.4. El cese

El cese del administrador concursal puede ser ordinario o anticipado. Es ordinario el que se produce por la conclusión del concurso y por la eficacia del convenio. En este último caso, no obstante su cese, el administrador concursal conservará plena legitimación para continuar los incidentes en curso, pudiendo solicitar la ejecución de las sentencias y autos que se dicten en ellos, hasta que sean firmes, así como para actuar en la sección de calificación hasta que recaiga sentencia firme (art. 133.3 LC).

El cese anticipado puede tener lugar por renuncia, recusación o separación.

Dado el fuerte matiz público que se atribuye al ejercicio del cargo la renuncia solo se admite por causa grave (art. 29.3 LC) y debe ser aceptada por el juez.

Son causas de recusación las circunstancias constitutivas de incapacidad, incompatibilidad y prohibición analizadas en un epígrafe anterior y todas las establecidas en la legislación procesal civil para la recusación de peritos (art. 32.2 LC). La recusación podrá ser ejercitada por todas las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso (art. 32.1 LC) en el momento en que el recusante tenga conocimiento de la causa en que se funde (art. 32.3 LC), pero no tendrá efectos suspensivos, de modo que el recusado seguirá actuando como administrador concursal hasta que recaiga resolución en el incidente que se tramitará a estos efectos. Asimismo, aunque se acuerde el cese, se mantendrá la validez de las actuaciones previas realizadas por el administrador concursal (art. 32.4 LC).

Finalmente, la separación procede cuando concurra justa causa, determinando el cese del administrador. En todo caso será causa de separación del administrador, salvo que el juez, atendiendo a circunstancias objetivas, resuelva lo contrario, el incumplimiento grave de las funciones de administrador y la resolución de impugnaciones sobre el inventario o la lista de acreedores en favor de los demandantes por una cuantía igual o superior al veinte por ciento del valor de la masa

activa o de la lista de acreedores presentada por la administración concursal en su informe (art. 37.1 LC). A diferencia de la recusación, la separación puede ser acordada no solo a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso, sino también, en su caso, del otro administrador concursal y de oficio, por el juez (art. 37.1 LC). En todos los supuestos de cese anticipado del administrador concursal el juez procederá de inmediato a efectuar un nuevo nombramiento (art. 38.1 LC). Si el cesado fuera el representante de una persona jurídica administradora, el juez requerirá la comunicación de la identidad de la nueva persona natural que haya de representarla en el ejercicio de su cargo (art. 38.2 LC), salvo que se entienda que la separación del representante de una persona jurídica implica el cese automático de ésta como administrador concursal (art. 37.2 LC).

3.5. Auxiliares delegados y expertos independientes

Los auxiliares delegados son terceras personas cuya función es ejercitar determinadas funciones comprendidas en la competencia del administrador concursal, incluidas las relativas a la continuación de la actividad del deudor, con sujeción a la supervisión de aquel. Se diferencian de otros colaboradores, que pueden ser dependientes o independientes, de la administración concursal en que los auxiliares reciben un específico tratamiento concursal. Asimismo el administrador concursal puede solicitar la colaboración de los dependientes del deudor (art. 31.1 y 4 LC).

El nombramiento de los auxiliares delegados es siempre competencia del juez del concurso, pero, en atención a las circunstancias que rodean este, hay que distinguir dos situaciones:

- i) En caso de administrador concursal único persona jurídica o de administrador concursal dual, el nombramiento solo procede a propuesta de la administración concursal cuando la complejidad del concurso así lo exija (art. 31.1 I LC)
- ii) En el supuesto de administrador concursal único persona natural no se requiere propuesta, ni aquiescencia del administrador, únicamente ha de ser oído. El auxiliar puede ser nombrado por el juez cuando lo considere en atención a las circunstancias concreta y habrá de ostentar en todo caso la condición profesional que no tenga el administrador (art. 31.1 II LC).

Adicionalmente el nombramiento es obligatorio para el propio juez en las hipótesis siguientes: 1º En empresas con establecimientos dispersos por el territorio; 2º En empresas de gran dimensión; 3º cuando se solicite prórroga para la emisión del informe; y, 4º En concursos conexos en los que se haya nombrado una administración concursal única (art. 31.1 II LC).

Junto a la decisión del nombramiento, el juez del concurso es competente también para especificar las funciones delegadas y determinar la retribución del auxiliar, la cual correrá a cargo de los administradores concursales y, salvo que expresamente acuerde otra cosa, en proporción a la correspondiente a cada uno de ellos, en su caso (art. 31.2 LC). En cuanto a su estatuto, los auxiliares delegados están sometidos al régimen de incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones, recusación, responsabilidad (art. 31.3 LC) y separación (art. 37.1 LC) establecido para los administradores concursales y sus representantes.

A diferencia de los auxiliares delegados, los expertos independientes son meros asesores de la administración concursal cuya función consiste en elaborar un informe sobre alguna de las dos materias tasadas por la LC, a saber, la estimación de los valores de bienes y derechos y la viabilidad de las acciones de reintegración (art. 83.1 y 3 LC). El informe se unirá al inventario de la masa activa. No obstante, su estatuto es similar al de los auxiliares delegados. Su nombramiento compete al juez del concurso, previa propuesta del administrador concursal (art. 83.1 LC). Su retribución corre a cargo de la administración concursal (art. 83.3 LC). Y están sometidos al régimen de incapacidades, incompatibilidades, prohibiciones, recusación y responsabilidad establecido para los administradores concursales y sus representantes (art. 83.2 LC).

4. Funciones de la administración concursal

4.1. Funciones

La relevancia de la administración concursal se advierte en las competencias y funciones que le atribuye la LC, que están relacionadas con carácter meramente ejemplificativo en el artículo 33 LC. Sobre ella recaen decisiones trascendentales del procedimiento y funciones de la máxima envergadura. Se le encomiendan las competencias básicas relativas, en primer término, a la gestión del patrimonio sometido al concurso en relación con los efectos patrimoniales que el mismo despliega sobre el deudor concursado. En segundo lugar es la responsable de formar y verificar el aparato informativo del concurso. Debe elaborar el fundamental informe a que alude el art. 75.1 LC, así como otros dictámenes de no menor trascendencia, como el escrito de evaluación de las propuestas de Convenio que se hayan presentado, que comprende un juicio razonado en torno al plan de pagos, y, en su caso, al plan de viabilidad que las acompañen (arts. 75.2.3º, 107.2, 115.1 y 2, art. 100.4 y 5 LC). O el informe sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso (art. 169 LC). O los diversos informes en relación con la conclusión del concurso (arts. 176, 176 *bis* LC). Como regla general, es asimismo la encargada de elaborar el Plan de Liquidación (art. 148 LC), la lista de acreedores

y el inventario de la masa activa (arts. 75.2.1º y 2º, 82, 94 a 97 *ter* LC), si bien con una competencia compartida con el órgano judicial. En fin, es el principal responsable, muchas veces en exclusiva, del ejercicio de las acciones en defensa de la masa activa y de la pasiva dentro y fuera del procedimiento concursal.

Cuando la administración concursal esté integrada por dos miembros, estas funciones se ejercerán conjuntamente, de modo que las decisiones se adoptarán de forma mancomunada, salvo para el ejercicio de aquellas competencias que el juez les atribuya individualizadamente. En caso de disconformidad, resolverá el juez (art. 35.2 LC). Sin embargo, la representación de la administración concursal frente a terceros recaerá sobre el primer administrador concursal (art. 27.7 LC). Las decisiones y los acuerdos de la administración concursal que no sean de trámite o de gestión ordinaria se consignarán por escrito y serán firmados por todos sus miembros (art. 35.3 LC). En todo caso, la administración concursal estará sometida a la supervisión del juez del concurso. En cualquier momento, el juez podrá requerirle una información específica o una memoria sobre el estado de la fase del concurso (art. 35.4 LC).

4.2. El informe de la administración concursal

El informe de la administración concursal constituye el vértice informativo del concurso por cuanto ha de contener una información completa e inteligible sobre la situación patrimonial del deudor, sus actividades y las circunstancias que han motivado la declaración del concurso. Por tanto, el carácter de la información que suministra es fundamentalmente retrospectivo, pero dinámico ya que se extiende al plazo de tiempo anterior a la declaración que determina la LC. El contenido del informe, que está precisado en la LC, comprende cuatro apartados (art. 75.1 y 3 LC):

i) El análisis de los datos y circunstancias del deudor, que este ha de expresar en la memoria prevista en el art. 6.2.2º LC.

ii) La opinión sobre el estado de la contabilidad del deudor, y, en su caso, el juicio sobre las cuentas, estados financieros, informes y memoria a que se refiere el art. 6.3 LC. La opinión sobre el estado de la contabilidad comprende los aspectos integrados en el ámbito de la contabilidad formal. Al objeto de que la administración concursal pueda emitir esta opinión, la LC obliga al deudor a poner a su disposición los libros de llevanza obligatoria y cualesquiera otros libros, documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad profesional o empresarial. A solicitud de la administración concursal, el juez acordará las medidas que estime necesarias para la efectividad de esta obligación (art. 45 LC).

La índole del juicio a que alude la LC difiere según se trate de las cuentas anuales o de otros estados financieros o documentos contables. En el primer caso, ha de dictaminar si dichas cuentas expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera, del resultado de las operaciones y, en su caso, de los flujos de efectivo de la entidad, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación y, en particular, con los principios y criterios contables contenidos en el mismo. Adicionalmente, cuando la entidad viniera obligada a emitir el informe de gestión, o lo hubiera emitido voluntariamente, se verificará la concordancia de los datos contenidos en el mismo con los de las cuentas anuales examinadas y si su contenido es conforme con lo establecido en la normativa de aplicación (arts. 4 y 5 LAC, 4, 5 y 6 REAC y 268 LSC). Asimismo, se indicarán, en su caso, las posibles incertidumbres significativas o materiales relacionadas con hechos o condiciones que pudieran suscitar dudas significativas sobre la capacidad de la entidad para continuar como empresa en funcionamiento. También se hará referencia a las cuestiones que, no aun no constituyendo salvedades, se considere necesario destacar a fin de enfatizarlas (arts. 5 LAC, 5 y 6 REAC y 268 LSC).

Tratándose de otros estados financieros, la índole del juicio depende del tipo de marco normativo de información financiera aplicable. En el caso de que el marco normativo de información financiera aplicable sea un marco de imagen fiel, la opinión técnica adoptará la forma prevista en el informe de auditoría de cuentas anuales, si bien referida a la información contenida en el estado financiero o documento contable concreto auditado. Se considera que un marco de información financiera es de imagen fiel cuando, además de exigir la aplicación de unos principios y normas contables determinados, prevea explícitamente la posibilidad de incluir las informaciones complementarias precisas para alcanzar dicha imagen fiel y, en casos excepcionales, la de dejar de utilizar los principios y normas contables aplicables que fueran incompatibles con la misma. Cuando el marco normativo de información financiera aplicable sea un marco de cumplimiento, la opinión técnica deberá versar sobre si los estados financieros o documentos contables auditados han sido preparados, en todos los aspectos significativos, de conformidad con el marco normativo de información financiera expresamente establecido para la elaboración de dichos documentos o estados. Se entiende que el marco es de cumplimiento en el caso de que requiera el cumplimiento de unos determinados principios y normas contables, sin posibilidad de aplicar las previsiones relativas a la imagen fiel (arts. 4.2 LAC y 12 REAC).

iii) El informe incluirá también una memoria de las principales decisiones y actuaciones de la administración concursal; y

iv) Concluirá con la exposición motivada acerca de la situación patrimonial del deudor y de cuantos datos y circunstancias pudieran ser relevantes para la ulterior tramitación del concurso.

Al informe se adjuntará necesariamente el inventario de la masa activa, la lista de acreedores y la valoración de la empresa en su conjunto y de las unidades productivas que la integran bajo la hipótesis de continuidad de las operaciones y liquidación y, en su caso, el escrito de evaluación de las propuestas de convenio y el plan de liquidación (art. 75.2 LC).

En el procedimiento ordinario, el plazo para la presentación del informe será de dos meses, contados a partir de la fecha en que se produzca la aceptación de un administrador concursal (art. 74.1 LC). El plazo podrá ser prorrogado por el juez a solicitud de la administración concursal en tres supuestos (art. 74.2 y 3 LC): i) por tiempo no superior a dos meses más en caso de que concurren circunstancias excepcionales. No obstante, el administrador que haya sido nombrado en, al menos, tres concursos en tramitación no podrá solicitar prórroga para la emisión de su informe, salvo que justifique que existen causas ajenas a su ejercicio profesional; ii) si al vencimiento del plazo de dos meses no hubiera concluido el plazo de comunicación de créditos, a solicitud de la administración concursal, hasta los cinco días siguientes a la conclusión del plazo; y, iii) por tiempo no superior a cuatro meses más, cuando el número de acreedores sea superior a dos mil. Si el procedimiento es el abreviado el plazo de presentación se reduce a un mes y la prórroga no podrá exceder en ningún caso de 15 días (art. 191.2 LC).

La falta de presentación del informe dentro de los plazos legales se sanciona con la pérdida del derecho a la remuneración fijada por el juez del concurso, generando la obligación de devolver a la masa las cantidades percibidas. Además puede dar lugar a la responsabilidad y a la separación del administrador concursal (art. 74.4 LC).

Lección 19

Efectos de la declaración de concurso

SUMARIO: I. CARACTERIZACIÓN. II. EFECTOS SOBRE EL DEUDOR. 1. Relativos a su situación personal. 1.1. Efectos generales. 1.2. Efectos sobre sus derechos fundamentales. 2. Efectos patrimoniales. 2.1. Caracterización. 2.2. Efectos sobre el ejercicio de las facultades de administración. 2.3. Efectos sobre el ejercicio de las facultades de disposición. 2.4. La formulación, la auditoría y la aprobación de las cuentas. 3. Efectos sobre el deudor persona jurídica. 3.1. Efectos sobre la persona jurídica. 3.2. Efectos sobre los órganos de la persona jurídica. 3.2.1. Caracterización. 3.2.2. Efectos sobre el órgano de administración. 3.2.3. Efectos sobre la junta de socios. 3.3. Efectos sobre los socios. III. EFECTOS SOBRE LOS ACREEDORES. 1. Constitución de la masa pasiva. 2. Efectos sobre las acciones. 2.1. Caracterización. 2.2. Acciones declarativas. 2.3. Acciones ejecutivas. 3. Efectos sobre los créditos. 3.1. Caracterización y enumeración. 3.2. La prohibición de compensación. 3.3. La suspensión del devengo de intereses. IV. EFECTOS SOBRE LOS CONTRATOS. 1. El sistema legal. 2. Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos vigentes. 2.1. Régimen general. 2.1.1. Contratos pendientes de cumplimiento por una parte. 2.1.2. Contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes. 2.2. Contratos de trabajo y convenios colectivos. 2.3. Contratos con las administraciones públicas. 3. La rehabilitación de contratos.

I. CARACTERIZACIÓN

Los efectos de la declaración del concurso se proyectan sobre el deudor, sobre los acreedores y sobre los contratos. Dichos efectos se prolongan durante la fase de convenio. Solo se modifican con la apertura de la fase de liquidación.

II. EFECTOS SOBRE EL DEUDOR

1. Relativos a su situación personal

1.1. Efectos generales

La declaración de concurso engendra tres efectos relativos a la situación personal del concursado, que se traducen en tres deberes (art. 42.1 LC):

- i) El deber de comparecer personalmente ante el juzgado de lo mercantil y ante la administración concursal cuantas veces sea requerido. Si la decisión proviene de esta última no se precisa orden judicial. El deber ha de ser cumplido personalmente, no puede hacerse a través de representante.
- ii) El deber de colaborar en todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso. Este deber supone un previo requerimiento por parte del juez o de la administración concursal al objeto de que el concursado pres-

te su colaboración activa en el procedimiento cuando ello sea necesario, o simplemente conveniente, para el interés del concurso. El deber incluye la colaboración por los dependientes del deudor (arg. *ex* art. 42.1 y 32.4 LC). Tanto el deudor, como sus dependientes tendrán derecho a ser resarcidos con cargo a la masa de los gastos soportados como consecuencia del cumplimiento de este deber (art. 84.2.5º LC).

- iii) El deber de informar de todo lo necesario o conveniente para el interés del concurso. A diferencia del anterior, este deber no precisa requerimiento previo, sino que ha de ser cumplido por el deudor en la medida en que disponga de cualquier información que revista esos caracteres. Ahora bien, el deber se instaura únicamente en relación con los órganos del concurso. En ningún caso respecto de los acreedores, cuyo derecho de información no comprende la solicitud de datos al deudor a salvo las previsiones que se efectúan en el contexto de la junta de acreedores al respecto de la propuesta de convenio elaborada por el deudor (art. 120 LC).

Cuando el deudor sea persona jurídica, estos deberes incumbirán a sus administradores o liquidadores y a quienes hayan desempeñado estos cargos dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso. Alcanzarán también a los apoderados del deudor y a quienes lo hayan sido dentro del período señalado (art. 42.2 LC). El incumplimiento de estos deberes determina la existencia de una presunción de concurso como culpable (art. 165.1 2º LC), sin perjuicio de que pueda generar otras consecuencias en aplicación de las normas generales.

1.2. Efectos sobre sus derechos fundamentales

La LORC permite la adopción de tres tipos de medidas restrictivas de los derechos fundamentales del deudor: i) La intervención de las comunicaciones, si bien con garantía del secreto de los contenidos que sean ajenos al interés del concurso; ii) La imposición del deber de residencia del deudor persona natural en la población de su domicilio. Si el deudor incumpliera este deber o existieran razones fundadas para temer que pudiera incumplirlo, el juez podrá adoptar las medidas que considere necesarias, incluido el arresto domiciliario; y, iii) la entrada en el domicilio del deudor y su registro (art. 1.1. LORC). Si se tratare del concurso de una persona jurídica, estas medidas podrán acordarse también respecto de todos o alguno de sus administradores o liquidadores, tanto de quienes lo sean en el momento de la solicitud de declaración de concurso como de los que lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores (art. 1.2 LORC).

Las medidas pueden adoptarse en cualquier estado del procedimiento a instancia de parte legitimada o de oficio (art. 1.1 LORC), pero se requerirá en todo caso

previa audiencia del Ministerio Fiscal. Por otra parte, la adopción solo procederá mediante decisión judicial motivada, conforme a los criterios enunciados en la LORC y en la LECrim, de conformidad con la doctrina del TC. Con carácter general, se exige la idoneidad de la medida en relación con el estado del procedimiento de concurso; el resultado u objetivo perseguido, que se expondrá de manera concreta; la proporcionalidad entre el alcance de cada medida y el resultado u objetivo perseguido y, en cuanto a su duración, la fijación del tiempo máximo de vigencia, que no podrá exceder del estrictamente necesario para asegurar el resultado u objetivo perseguido, sin perjuicio de que, de persistir los motivos que justificaron la medida, el juez acuerde su prórroga con los mismos requisitos que su adopción. Durante el tiempo de vigencia de la medida, el juez podrá acordar en cualquier momento su atenuación o cese (art. 1.3 LORC).

En particular, la intervención de las comunicaciones telefónicas deberá realizarse conforme a lo previsto en la LEC (art. 1.4 LORC) y la autorización judicial de entrada y registro en el domicilio, cuando el afectado niegue su consentimiento habrá de basarse en indicios racionales de existencia de documentos de interés para el procedimiento concursal, no aportados, o en la necesidad de esta medida para la adopción de cualquier otra procedente (art. 1.5 LORC).

Las decisiones judiciales estimatorias podrán ser recurridas en apelación por el deudor en el plazo de cinco días, sin efectos suspensivos, ante la Audiencia Provincial. Este recurso tendrá tramitación preferente (art. 1.6 LORC).

2. Efectos patrimoniales

2.1. Caracterización

Los efectos patrimoniales que produce en la situación del deudor la declaración de concurso afectan al ejercicio de las facultades relativas a la administración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso (art. 40.6 LC), ya que la titularidad de las mismas se conserva en todo caso por aquel (art. 40.1 y 2 LC). El deudor, por tanto, no se ve privado de la titularidad de aquéllas, sino sólo de su ejercicio. Si se trata de un empresario o un profesional hay que tener presente que la declaración de concurso no interrumpe la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo, por lo que la restricción de facultades abarca también las relativas al ejercicio de la empresa. Dicho ejercicio se ve afectado por el concurso en distinta forma según se trate de facultades de mera administración o de disposición y según hayan sido sometidas a mera intervención o a suspensión.

2.2. Efectos sobre el ejercicio de las facultades de administración

Estos efectos pueden consistir, bien en el sometimiento de las facultades de administración a intervención, bien en su suspensión (art. 40 1. y 2 LC). La intervención significa la autorización o conformidad de los administradores concursales con los actos de administración que realice el deudor al respecto de los bienes que forman parte de la masa activa del concurso (art. 40.1 LC). No se trata, por tanto, de un simple conocimiento, sino de consentimiento. Tal consentimiento se exige en todo caso, sea cual sea el tipo de acto que pretenda realizarse, pero puede prestarse antes de la realización del acto o después y ser expreso o tácito (arg. *ex* art. 40.7 LC). En este último caso, si no se ejercita la acción de anulación en el plazo previsto en la LC. Finalmente, el citado consentimiento puede ser específico para cada acto, o general para un conjunto de ellos, tratándose, en este último caso, de profesionales o empresarios. En estas hipótesis, con el fin de facilitar la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, la administración concursal podrá determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general.

La suspensión supone la sustitución del deudor por los administradores concursales en el ejercicio de las facultades de administración sobre los bienes, derechos y obligaciones que formen parte de la masa activa del concurso (art. 40.2 LC). El deudor pierde temporalmente el ejercicio de dichas facultades de administración, que es encomendado a los administradores concursales. En estas hipótesis corresponderá a la administración concursal adoptar las medidas necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial.

2.3. Efectos sobre el ejercicio de las facultades de disposición

Como principio general, las facultades de disposición sobre los bienes y derechos que integran la masa activa están en todo caso suspendidas, ya sea en el régimen de intervención, como en el de suspensión. Y tampoco están atribuidas a la administración concursal. Su ejercicio exige autorización del juez (arts. 43.2 y 155. 3 y 4 LC). Como excepción, no obstante, podrán realizarse actos de disposición con sujeción al sistema de intervención o suspensión en tres casos:

- i) En primer lugar, cuando se trate de actos de disposición que la administración concursal considere indispensables para garantizar la viabilidad de la empresa o las necesidades de tesorería que exija la continuidad del concurso. En esta hipótesis deberán comunicarse inmediatamente al juez del concurso los actos realizados, acompañando la justificación de su necesidad (art. 43.3.1º LC).

- ii) En segundo lugar, si se trata de actos de disposición de bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad, cuando se presenten ofertas que coincidan sustancialmente con el valor que se les haya dado en el inventario. Se entenderá que esa coincidencia es sustancial si, en el caso de inmuebles, la diferencia es inferior a un diez por ciento, y, en el caso de muebles, de un veinte por ciento, y no constare oferta superior. En este supuesto, la administración concursal deberá comunicar inmediatamente al juez del concurso la oferta recibida y la justificación del carácter no necesario de los bienes. La oferta presentada quedará aprobada si en plazo de diez días no se presenta una superior (art. 43.3.2º LC).
- iii) Finalmente, es posible realizar actos de disposición siempre que sean inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial de la sociedad (arts. 43.3 LC). En este caso, la sujeción al régimen general de intervención o suspensión es plena, de modo que no se requiere comunicación al juez (art. 44 LC). Solo se precisa que, en la hipótesis de intervención, con el fin de facilitar la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, la administración concursal podrá determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general (art. 44.2 I LC). Asimismo, hasta la aceptación de los administradores concursales los administradores sociales podrán realizar los actos propios del objeto social que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado (art. 44.2 II LC).

De este régimen se excluye, no obstante, la transmisión de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, que exige autorización judicial (art. 155.3 y 4 LC). Además, si estos bienes estuviesen incluidos en unidades productivas que se enajenen en conjunto, se transmitiesen sin subsistencia de la garantía y el precio a percibir no alcanzase el valor de la garantía será necesario que manifiesten su conformidad a la transmisión los acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada, que representen al menos el 75 por ciento del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y que pertenezcan a la misma clase. En tal caso, la parte del valor de la garantía que no quedase satisfecha tendrá la calificación crediticia que le corresponda según su naturaleza (art. 149.2 LC). Se excluye asimismo la enajenación de unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al concursado, que, en todo caso se sujetarán a las previsiones establecidas para la fase de liquidación (arts. 146 *bis* y 149 LC).

2.4. La formulación, la auditoría y la aprobación de las cuentas

La LC regula la obligación de elaborar las cuentas anuales únicamente por referencia a las sociedades. Por tanto, sus prescripciones deben aplicarse *mutatis mutandi* por analogía al resto de supuestos en que el deudor esté obligado a formarlas.

La disciplina varía según el deudor esté sometido a intervención o a suspensión. En el primer caso, su formulación y sometimiento a auditoría, seguirán constituyendo obligación legal de los administradores sociales, pero bajo la supervisión de los administradores concursales (art. 46.1 I LC). En la hipótesis de suspensión, la obligación legal de formular y de someter a auditoría las cuentas anuales corresponde a los administradores concursales (art. 46.3 LC).

Al respecto de la formulación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio anterior a la declaración de concurso, la eventual contradicción que se advierte entre las previsiones del art. 75.1.2º II LC, cuando ordena su formulación por la administración concursal, y el art. 46.1 II del mismo texto legal, que confiere a esta última la facultad de autorizar a los administradores del deudor concursado a cumplir su obligación legal de formular dichas cuentas anuales con retraso, siempre que no exceda del mes siguiente a la presentación del inventario y de la lista de acreedores, ha de resolverse a favor de este último. Se trata de una norma posterior, ya que ha sido introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, de donde procede la primera. En consecuencia, los administradores concursales podrán; o bien, formular por sí mismos dichas cuentas; o bien, instar a los administradores sociales a su formulación en las condiciones previstas en el art. 46.1 II de la LC.

Las cuentas anuales han de ser aprobadas por la junta de socios mientras el concurso se encuentre en fase común o de convenio.

3. Efectos sobre el deudor persona jurídica

3.1. Efectos sobre la persona jurídica

La sujeción al procedimiento concursal no causa efecto alguno en la organización, que, continúa como tal, con su misma personalidad jurídica, sin que avenga tampoco cambio en su objeto (arts. 361.1 LSC). Estos efectos se mantienen en la fase de convenio.

3.2. Efectos sobre los órganos de la persona jurídica

3.2.1. *Caracterización*

Considerando como prototipo de persona jurídica susceptible de ser declarada en concurso a las sociedades de capital, dos son sus órganos necesarios, el órgano de administración y la junta de socios. En la disciplina del órgano de administración se comprenden previsiones en torno a su estatuto y a sus funciones, competencias y responsabilidades. El estatuto de los administradores incluye el régimen de nombramiento, duración, cese y retribución, principalmente (arts. 212 a 224 LSC). En cuanto a sus funciones y competencias, al órgano de administración corresponde realizar todas aquellas actividades necesarias o convenientes, esto es, en relación instrumental, con la promoción del objeto y fin social, tanto desde la perspectiva interna –gestión–, como desde la externa –representación– (art. 209 LSC).

Gestión y representación constituyen los dos aspectos de la función administrativa que incumbe al órgano de administración, pero no se trata de actividades de naturaleza distinta, sino de dos manifestaciones de la unitaria actividad de administración. De modo que, siendo aquella conceptualmente una, se desdobra en dos sectores: la administración o gestión en sentido estricto y la representación, según en qué esfera se desenvuelva el mecanismo administrador. Si la actividad se realiza en el marco de la organización de la sociedad sin que sobrepase la esfera interna, es administración –gestión–. Si tiene trascendencia externa, respecto de terceros, en juicio o fuera de él, es representación (art. 233 LSC).

Por su parte la gestión puede ser estrictamente empresarial e interna o intrasocietaria. La primera incluye la realización de actos comprendidos en la actividad empresarial que constituye el objeto social, esto es, el ejercicio de las facultades de administrar y disponer del patrimonio empresarial. La segunda acoge los actos relativos a la organización de la sociedad en su dimensión estructural y, entre ellos, los atinentes a las relaciones interorgánicas, en particular la convocatoria de juntas.

En la disciplina de la junta de socios con relevancia en el contexto concursal cabe distinguir dos aspectos básicos. Por una parte, su competencia; por otra, su régimen de funcionamiento. Al respecto del primero ha de tenerse en cuenta que la junta de socios es un órgano no permanente, de carácter deliberante, que carece de funciones ejecutivas y representativas (art. 233.1 LSC). Además, su capacidad de decisión no es universal, sino que queda limitada a los asuntos de su competencia incluidos en el pertinente orden del día (art. 159.1 LSC). La LSC relaciona expresamente alguno de ellos (art. 160 LSC). A grandes rasgos se trata de las cuestiones de mayor trascendencia jurídica y económica para la sociedad –que, básicamente, coinciden con la alteración de los estatutos y las modificaciones

estructurales—, de la designación y destitución de los miembros del órgano de administración y del control de su actuación, que efectúa de forma periódica al pronunciarse anualmente acerca de la aprobación de las cuentas anuales y de la gestión de aquellos. Fuera de estos y otros previstos expresamente en la Ley, pueden reconocérsele ciertas competencias en materia de gestión que, en principio, corresponde al órgano de administración (arts. 161, 209 y 236 LSC).

En lo atinente a su régimen de funcionamiento cabe destacar que la junta está formada por los socios que ostentan derecho de asistencia, quienes expresan la voluntad de la sociedad mediante acuerdos adoptados por mayoría. Por este motivo sus acuerdos vinculan a todos los socios, incluso a los disidentes y a los que no hayan participado en la reunión (art. 159.2 LSC). Pues bien, ese mismo dato es el que informa el régimen jurídico de su funcionamiento. En efecto, para que la voluntad mayor se identifique con la única voluntad de la sociedad, la Ley de Sociedades de Capital somete el proceso de adopción de los acuerdos a una serie de requisitos que tienen por objeto garantizar esa identificación. Tales requisitos son la convocatoria, el «*quórum*» de constitución en caso de sociedad anónima, la deliberación y la adopción del acuerdo por las mayorías predeterminadas, junto al respeto de los derechos concedidos a los socios, tales como el de asistencia, representación, voto, información e impugnación de acuerdos.

La Ley Concursal no sienta un criterio de carácter general a partir del cual deba efectuarse la coordinación entre disciplina societaria y concursal. Eso no obstante, de la reglamentación que dicta ese texto legal, así como de la propia LSC, es posible deducir como premisa básica que el sometimiento al concurso de la sociedad no excluye la vigencia de la normativa societaria *in totum*. La disciplina concursal es de aplicación prioritaria, lo que significa que regirán las normas societarias en toda su extensión, salvo que estén excepcionadas mediante previsiones concursales o societarias (arts. 48.1 LC y 372 LSC). Aplicación prioritaria quiere decir aplicación del Derecho Concursal con preferencia al Derecho de Sociedades, de modo que debe existir una norma concursal o societaria que autorice la desviación. No permite, pues, desconocer el Derecho de Sociedades de modo general a consecuencia del concurso.

3.2.2. *Efectos sobre el órgano de administración*

Tanto el estatuto como las competencias del órgano de administración sufren modificaciones a consecuencia de la declaración de concurso. Estas mismas consecuencias se prorrogan durante la fase de convenio. En estas fases el estatuto de los administradores permanece sin variación, salvo en lo atinente a la remuneración, puesto que el juez del concurso podrá acordar la supresión del derecho a la

retribución o la reducción de su importe, a la vista del contenido y la complejidad de las funciones de administración y disposición del patrimonio de la concursada (art. 48.4. LC).

En materia de competencias y funciones, en lo relativo a la representación, los administradores sociales continuarán con la representación de la entidad dentro del concurso (art. 48.3 I LC). Esta declaración legal se efectúa con independencia de la situación de intervención o suspensión a que esté sometida la concursada por lo que no procede distinguir. La representación se mantendrá en todo caso. Interpretado este inciso a sensu contrario, los administradores pierden el ejercicio exclusivo del poder de representación de la sociedad, que queda sometido al régimen de intervención o suspensión dictado. Corrobora esta apreciación la previsión expresa que efectúa la LC en torno a los apoderamientos que pudieran existir al tiempo de la declaración de concurso, disponiendo que quedarán afectados por la suspensión o intervención de las facultades patrimoniales (art. 48.3 II LC). Lo hacen asimismo las previsiones en materia de representación procesal (arts. 51 y 54 LC).

Especialmente debatida viene siendo la cuestión en torno a si los administradores sociales retienen sus facultades para ejercer los derechos políticos en las juntas generales de las sociedades participadas por la sociedad concursada. Estimando que el paquete accionario que ostenta la concursada en otra sociedad ha de considerarse un activo integrado en la masa activa del concurso y que los derechos políticos forman parte del todo indisoluble que es cualquier participación societaria, resulta que tales facultades deben quedar afectadas por el régimen de intervención o suspensión. Sin embargo, las disfunciones que esta solución provoca en caso de intervención aconsejan un tratamiento particular de esta cuestión. La reforma concursal de 2011 atendió este requerimiento con una solución prácticamente oportuna, aunque técnicamente discutible. Dispone, en efecto, que, a solicitud de la administración concursal, el juez podrá atribuirle, siempre que se encuentren afectados los intereses patrimoniales de la persona jurídica concursada, el ejercicio de los derechos políticos que correspondan a ésta en otras entidades (art. 48.5 LC).

Conviene con todo precisar que la atribución de derechos políticos no alcanza a cosa distinta que a tal atribución, que debe entenderse, obviamente, con sujeción al régimen societario. A consecuencia de ello, la administración concursal no podrá ejercitar en la sociedad participada actos distintos del ejercicio de esos derechos políticos. En particular no está habilitada para solicitar el concurso necesario de la sociedad dominada, ni para nombrar o separar a sus administradores.

En materia de gestión empresarial, que comprende las facultades relativas a la administración y disposición sobre los bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en el concurso (arts. 40.6 LC, 48.1, 48.3 II LC), se aplica el mismo

régimen que en caso de concursado persona natural, en los términos analizados en un epígrafe anterior. Considerando los preceptos aducidos allí, es obvio que solo comprenden previsiones en torno a las facultades de administración y disposición del patrimonio empresarial incluido en la masa activa del concurso, esto es, según las categorías societarias, disposiciones relativa a la denominada gestión empresarial, y no, por tanto, a otras competencias que las leyes societarias atribuyen a los administradores sociales, ni, en particular, a la gestión interna o intrasocietaria. Hay que recordar que la situación de concurso no permite desconocer la vigencia de las leyes societarias. Su única consecuencia se resuelve en otorgar primacía a las disposiciones concursales sobre las societarias, lo que, con evidencia, exige una disposición concursal. En ausencia de ella, rige el ordenamiento societario.

Por consiguiente, en ausencia de disposición concursal que ordene otra cosa, los administradores sociales retienen, por ejemplo, la competencia para presidir la junta de socios, si así se prevé en los estatutos sociales o en la normativa societaria y son los únicos legitimados para convocar la junta de socios, sea cual sea el régimen de limitación patrimonial. La reforma concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre corroboró esta interpretación cuando dispuso que la administración concursal deberá ser convocada en la misma forma y con la misma antelación que los integrantes del órgano que ha de reunirse. Es obvio, por tanto, que la Ley la señala como sujeto pasivo de la convocatoria, lo que parece incompatible con considerarla legitimada activamente para efectuarla (art. 48.2 I LC).

Únicamente cuando exista una previsión expresa es posible excluir este régimen. En particular, la LC atribuye el deber de convocatoria de la junta o asamblea de socios a la administración concursal cuando, a consecuencia de la inhabilitación impuesta en la sentencia de calificación culpable del concurso, los administradores sociales cesen en sus cargos, con el solo objeto de que se proceda al nombramiento de quienes hayan de cubrir las vacantes de los inhabilitados (art. 173 LC). Si bien se trata de una prescripción de difícil comprensión puesto que comprende la sentencia de calificación dictada tras la aprobación de un convenio (art. 167.1 LC). Y la eficacia del convenio provoca el cese de todos los efectos de la declaración de concurso, y, entre ellos, el de la administración concursal (arts. 133.2 y 3 y 145.1 II LC), salvo las excepciones expresamente previstas en la Ley Concursal, que únicamente concede legitimación a la administración concursal para continuar los incidentes en curso, así como para actuar en la sección sexta, pero en este caso solo hasta que recaiga sentencia firme (art. 133.3 LC). Por consiguiente, el art. 173 de la LC supone una antinomia del sistema que debe resolverse en contra de su vigencia, ya que las excepciones previstas en el art. 133.3 de la LC proceden de Ley posterior, la Ley 38/2011, de 10 de octubre. En consecuencia, estas situaciones de acefalia deben resolverse con los remedios que prevé el Derecho de Sociedades.

3.2.3. *Efectos sobre la junta de socios*

En materia de competencia de la junta de socios, la LC establece contiene dos disposiciones de carácter particular y sienta una regla de general aplicación. Dispone la pérdida de la competencia de la junta para decidir la exigencia de responsabilidad social a los administradores, ya que la legitimación activa para el ejercicio de este tipo de acciones se atribuye en exclusiva a la administración concursal (art. 48 quáter LC). Asimismo, a petición fundada de la administración concursal, el juez del concurso podrá acordar la revocación del nombramiento del auditor de cuentas de la persona jurídica deudora y el nombramiento de otro para la verificación de las cuentas anuales (art. 46.2 LC).

Con carácter general ordena que todos los acuerdos que puedan tener contenido patrimonial o relevancia directa para el concurso requerirán, para su eficacia, de la autorización o confirmación de la administración concursal (art. 48.2 II LC). El objeto del control se define de manera deliberadamente amplia para incluir no solo los acuerdos cuyo contenido sea patrimonial, sino también otros que, aun careciendo de él, puedan tener relevancia para el concurso. Ahora bien, la sujeción a la autorización como requisito, únicamente, de eficacia del acuerdo, pero no de validez, permite afirmar que el acuerdo adoptado es válido, pero no produce efecto alguno hasta que no concurra la mencionada autorización que, en los términos de la LC, puede ser anterior (autorización) o posterior (confirmación) a su adopción y expreso o tácito.

La regla anterior resulta excepcionada en particular cuando se trate de acuerdos con aquel contenido que formen parte de una propuesta de convenio. En estos casos prevalece la disciplina relativa a la formación del convenio, lo que elimina la necesidad de autorización por parte de la administración concursal. Serían, entre otros, las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, que normalmente requerirán un acuerdo de aumento de capital (art. 100.2 LC), las proposiciones de enajenación del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada (art. 100.2 LC) y todos los supuestos de modificaciones estructurales, tanto aquellas a las que alude la propia LC, esto es, la fusión, la escisión, incluyendo la segregación, o la cesión global de activo y pasivo (art. 100.3 LC), como aquellas otras que no menciona, en particular la transformación. Naturalmente, la eficacia de estas operaciones exigirá el respeto a las previsiones de la LC en materia de convenio y las especificaciones previstas en la LME, lo que no deja de suscitar variadas cuestiones en las que ahora no es posible detenerse.

Por otro lado, la regla no admite una interpretación general a sensu contrario. Esto es, no implica que todos los acuerdos que puedan tener contenido patrimo-

nial o relevancia directa para el concurso tengan eficacia contando únicamente con la autorización o confirmación de la administración concursal (art. 48.2 II LC). En este ámbito la norma debe interpretarse en conjunción con las competencias atribuidas a la administración concursal, de modo que el acuerdo carecerá de eficacia, a pesar de su autorización, si la LC exige requisitos adicionales o distintos (arts. 40, 43 a 44, 155. 3 y 4 y 149 LC).

En el régimen jurídico de funcionamiento de la junta las modificaciones que impone el concurso se refieren a la atribución a la administración concursal del derecho de asistencia y de voz. A estos efectos, deberá ser convocada en la misma forma y con la misma antelación que los socios. Por otra parte, la constitución de la junta con el carácter de universal no será válida sin la concurrencia de la administración concursal (art. 48.2 LC). En ambos supuestos se trata de requisitos impuestos por Ley imperativa para la validez de la junta, por lo que su contravención origina la nulidad de los acuerdos sociales adoptados (art. 204 LSC).

3.3. Efectos sobre los socios

La declaración de concurso no modifica la posición jurídica de los socios en cuanto tales, con la excepción relativa a la reclamación de desembolsos pendientes, que, además, de que corresponderá exclusivamente a la administración concursal, podrá ser efectuada en el momento y cuantía que estime conveniente, cualquiera que sea el plazo fijado en la escritura o en los estatutos; así como la de las prestaciones accesorias pendientes de cumplimiento (art. 48 *bis* 2 LC). Por otra parte, se atribuye también a la administración concursal de forma exclusiva la legitimación para el ejercicio de la acción contra el socio o socios personalmente responsables por las deudas de ésta anteriores a la declaración de concurso (48 *bis* 1 LC).

III. EFECTOS SOBRE LOS ACREEDORES

1. *Constitución de la masa pasiva*

La declaración de concurso impone como efecto fundamental sobre los acreedores la agrupación de todos ellos en una colectividad que recibe el nombre de masa de acreedores o masa pasiva, con la consecuencia inmediata de que sus créditos no serán satisfechos de forma ordinaria, sino de conformidad con la solución que se alcance en el concurso y con sujeción al principio de la *par condicio creditorum* o de igualdad o paridad de trato de los acreedores iguales. En consecuencia, la integración en la masa supone que, con carácter general, no es posible

iniciar ejecuciones singulares contra el patrimonio del deudor. Asimismo afecta al ejercicio de las acciones declarativas individuales de los acreedores y produce importantes modificaciones en los créditos de los que son titulares. La masa pasiva carece de personalidad jurídica y de otro nexo de conexión distinto de la sujeción de los acreedores, créditos y acciones a las previsiones de la LC. Tampoco existe entre ellos una comunidad de intereses más allá del interés común del concurso que impone la LC de que todos ellos sean satisfechos conforme al principio de la *par condicio creditorum*.

Por regla general forman parte de la masa pasiva todos los acreedores del deudor anteriores a la declaración de concurso, ordinarios o no, cualquiera que sea su nacionalidad y domicilio (art. 49.1 LC). Su integración en la masa pasiva se produce de derecho, esto es, de modo automático, aunque el crédito no haya sido reconocido en el concurso. En este aspecto radica el principio de la universalidad del concurso. Estos acreedores se denominan concursales. Si, además, se produce el reconocimiento del crédito se tratará de acreedores concurrentes. Como excepciones, no forman parte de la masa pasiva los siguientes acreedores:

- i) Aquellos que la LC ha querido considerar acreedores de la masa (activa), a pesar de ser anteriores a la declaración (art. 84.2 1º y 2º I LC).
- ii) Los titulares de créditos con privilegios sobre los buques y aeronaves, quienes podrán separar estos bienes de la masa activa del concurso mediante el ejercicio, por el procedimiento correspondiente, de las acciones que tengan reconocidas en su legislación específica (art. 76.3 LC).
- iii) Los acreedores públicos y los laborales que, con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, hayan iniciado, respectivamente, un procedimiento administrativo de ejecución en el que se hubiera dictado diligencia de embargo o una ejecución laboral en la que se hubiera embargado bienes del concursado, también antes del concurso, quienes podrán continuar el procedimiento hasta la aprobación del plan de liquidación, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 55.1 II LC).
- iv) Los titulares de créditos con garantía real o asegurados mediante situaciones funcionalmente equivalentes, esto es, bienes que han sido transmitidos al concursado pero cuya propiedad retiene el acreedor con fines de garantía del pago de su precio (condición resolutoria, reserva de dominio o arrendamiento financiero), siempre que se trate de bienes o derechos no afectos o no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, quienes podrán continuar la ejecución iniciada con anterioridad a la declaración de concurso ante el tribunal que la or-

denó (art. 56.2 LC). En todo caso corresponderá al juez del concurso determinar si un bien del concursado se encuentra o no afecto a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad y si un bien o derecho resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 56. 5 LC).

2. *Efectos sobre las acciones*

2.1. Caracterización

La sujeción de todos los acreedores integrados en la masa pasiva del concurso al principio de la *par condicio creditorum* tiene como presupuesto ciertas variaciones en el régimen jurídico de las acciones que el ordenamiento les concede para hacer efectivos sus créditos. Dichas variaciones difieren en atención a la naturaleza del procedimiento en que se ejercitan (jurisdiccional o arbitral), de la índole de la acción (declarativa, ejecutiva o cautelar), del orden jurisdiccional ante el que se deduzcan (civil o social) y del estado del procedimiento (pendiente o no iniciado).

2.2. Acciones declarativas

Las acciones civiles declarativas con trascendencia patrimonial que pretendan interponerse contra el concursado una vez declarado el concurso son competencia del juez del concurso, de modo que, en este ámbito, la variación que impone la declaración de concurso consiste en el cambio del órgano objetivamente competente (arts. 8.1º y 50.1 LC). Los jueces de primera instancia se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado (art. 50.1 LC). Sucede lo mismo con las acciones sociales de carácter colectivo sobre extinción, modificación y suspensión de contratos de trabajo, con las acciones individuales sobre suspensión o extinción de contratos de alta dirección (art. 8.2º LC) y con las solicitudes de adopción de medidas cautelares que afecten al patrimonio del concursado (art. 8.4º LC).

Como excepción, los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejerciten acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución (art. 50.2 LC). Asimismo, durante idéntico plazo, los jueces de primera instancia no admitirán a

trámite las demandas en las que se ejercite la acción que se reconoce al subcontratista de una obra que hubiera aportado trabajo y materiales en beneficio del contratista, contra el promotor de la obra –comitente– para reclamar lo que el contratista le adeuda conforme al art. 1597 Cciv (art. 50.3 LC).

En caso de que el procedimiento declarativo esté ya iniciado la regla es la contraria, puesto que continuará sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia (art. 51 LC). No obstante, esta regla se exceptúa en dos casos con consecuencias diversas: i) Por un lado, los procedimientos relativos a la responsabilidad de administradores sociales por no promoción de la disolución y las acciones ejercitadas por el subcontratista contra el promotor de la obra en aplicación del art. 1597 Cciv quedarán en suspenso, declarado el concurso y hasta su conclusión (art. 51 *bis* LC); ii) Por otro lado, se acumularán de oficio al concurso todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista. Estos juicios acumulados continuarán su tramitación ante el juez del concurso, por los trámites del procedimiento por el que viniera sustanciándose la reclamación, incluidos los recursos que procedan contra la sentencia (art. 51.1 LC).

En materia de mediación y arbitraje la LC dispone que la declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado, de modo que ha de entenderse que dicha declaración no impide la iniciación de este tipo de procedimientos. Como excepción, 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, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales (art. 52.1 LC). Asimismo, a los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso se aplica la misma regla que en caso de procedimientos declarativos judiciales, ya que se continuarán hasta la firmeza del laudo (art. 52.2 LC).

2.3. Acciones ejecutivas

El principio de la *par condicio creditorum* exige la sujeción de todos los acreedores integrados en la masa pasiva al modo de satisfacción de sus créditos determinado en el concurso, lo que justificaría la eliminación de la posibilidad de iniciar o continuar procedimientos de ejecución extra concursales. De modo coherente con ello, la LC sienta, como regla general, que, declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios

administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor (art. 55.1. I LC), quedando asimismo en suspenso las actuaciones que se hallaran en tramitación desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos (art. 55.2 LC). No obstante, esta regla general se exceptúa en relación con los procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, con anterioridad a la declaración del concurso, que podrán continuarse hasta la aprobación del plan de liquidación, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 55.1 II LC).

La situación de los titulares de créditos con garantía real o asegurados mediante situaciones funcionalmente equivalentes, esto es, bienes que han sido transmitidos al concursado pero cuya propiedad retiene el acreedor con fines de garantía del pago de su precio (condición resolutoria, reserva de dominio o arrendamiento financiero) difiere también según si el bien resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, o no, decisión que, en todo caso, compete al juez del concurso (art. 56. 5 LC).

En el primer supuesto, una vez declarado el concurso, los acreedores no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía (art. 56.1. LC) y las actuaciones ya iniciadas se suspenderán desde que dicha declaración conste en el correspondiente procedimiento, aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho (art. 56.2 LC). Sin embargo, esta prohibición tiene una duración temporal limitada puesto que desaparece cuando se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación (art. 56.1 LC). En ambos casos, es posible iniciar o reanudar la ejecución, correspondiendo la competencia al juez del concurso, que acordará, en su caso, la tramitación en pieza separada, acomodando las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda (art. 57.1 LC). Sin embargo, abierta la fase de liquidación, solo conservan el derecho a la ejecución en pieza separada los acreedores que hubieran ejercitado estas acciones antes de la declaración de concurso y, como consecuencia de él, hubieran quedado suspendidas, quienes podrán reanudarlas acumuladas al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada (art. 57.3 LC). De modo que aquellos que no las hubieran ejercitado con anterioridad a la declaración del concurso, solo podrán realizar la garantía dentro del procedimiento de ejecución colectiva.

Si los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, el acreedor podrá

continuar la ejecución iniciada con anterioridad a la declaración de concurso ante el tribunal que la ordenó (art. 56.2 LC). Si pretende iniciarla con posterioridad a la declaración del concurso, la competencia corresponde al juez del concurso, que la tramitará en pieza separada (arts. 86 *ter* 1 LOPJ y 8.3 LC), sin que proceda ningún plazo de espera.

3. Efectos sobre los créditos

3.1. Caracterización y enumeración

La declaración de concurso no altera la naturaleza de los créditos, de modo que no produce la conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones, ni provoca su vencimiento anticipado ya que, en el orden de los principios, el procedimiento pretende la satisfacción de los acreedores no a través de la liquidación del patrimonio del concursado, sino mediante un convenio que permita, en su caso, la continuación de la actividad empresarial o profesional del concursado. No obstante, es preciso determinar el valor objetivo de dichos créditos como presupuesto para fijar el volumen total de los que se ostentan frente al deudor, las cuotas de satisfacción y los *quorums* y mayorías de votación en el convenio. Por este motivo, la LC ordena, a los solos efectos de la cuantificación del pasivo, que todos los créditos concursales se computen en dinero y se expresen en moneda de curso legal, en la fecha de declaración del concurso, sin que ello suponga su conversión ni modificación, disponiendo la reglas para efectuar tal cuantificación en caso de prestaciones no dinerarias y dinerarias futuras (arts. 88 y 146 *a sensu contrario* LC).

La declaración de concurso provoca dos efectos en los créditos. La prohibición de compensación y la suspensión del devengo de intereses. Asimismo interrumpe la prescripción de las acciones contra el deudor por los créditos anteriores a la declaración de concurso, de modo que el cómputo del plazo para la prescripción se iniciará nuevamente, en su caso, en el momento de la conclusión del concurso (art. 60.1 y 4 LC).

3.2. La prohibición de compensación

La compensación presupone que dos personas son, por derecho propio, recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra. Su efecto es extinguir una y otra deuda en la cantidad concurrente por razones de justicia y eficacia. En el régimen común la compensación se produce de forma automática o «*ipso iure*», pero con una eficacia «*ex tunc*» cuando se trata de una compensación legal.

Para ello es preciso que reúna los requisitos previstos en el Cciv (arts. 1195 a 1202, 1125, 1113 y 1114 Cciv), esto es, que las prestaciones debidas en virtud de cada una de las obligaciones sean de la misma naturaleza, homogéneas y fungibles, que las deudas sean líquidas por existir certeza sobre su cuantía o porque esta pueda determinarse mediante sencillas operaciones aritméticas; que estén vencidas, por haberse cumplido el término pactado en las deudas a plazo o por haberse cumplido la condición suspensiva y, finalmente, porque resulten exigibles, de modo que pueda ser reclamado su cumplimiento con eficacia jurídica, por sus respectivos acreedores. Junto a esta compensación legal, se admiten otras clases de compensación, que tienen el mismo efecto que la legal a pesar de que no concurren en los respectivos créditos y deudas todos los requisitos enunciados anteriormente. Cuando se produce por voluntad unilateral de la que persona que puede oponerse a ella, se denomina facultativa. Si aviene por acuerdo de las partes, se conoce como compensación convencional. Si la decisión es del juez, hay compensación judicial.

Conforme al sistema latino, el ordenamiento español configura la compensación como un pago, a diferencia de los sistemas germánico y anglosajón, que la conciben como una garantía. Por ese motivo, en estos últimos se admite su operatividad en el concurso, mientras que, en el primero, está prohibida en la medida en que el concursado no puede hacer pagos individuales de los créditos concursales una vez declarado el concurso por imperativo de la *par condicio creditorum*. De modo que, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella (art. 58.1 LC). En consecuencia, la LC prohíbe, después de la declaración de concurso, la compensación de créditos y deudas del concursado que no se hubieran podido compensar antes de la declaración de concurso, por no reunir los requisitos legales. Y, al mismo tiempo, admite la compensación de créditos y deudas cuya compensación se hubiera podido hacer valer por las partes antes de la declaración de concurso, cuando se hace uso de esta facultad después. En atención a su fundamento, dicha prohibición de compensación afecta únicamente a los créditos concursales, pero no a los créditos contra la masa.

No obstante, esta regla resulta excepcionada en los siguientes supuestos:

- i) Cuando tiene lugar por el tracto sucesivo de una relación contractual que sigue en vigor tras la declaración del concurso y cuya operativa técnica se asienta precisamente en el sistema de compensación automática por acuerdo de las partes y por la naturaleza propia de la dinámica contrac-

tual, como es el caso de la cuenta corriente de crédito en la que se reflejan las disposiciones e ingresos del acreditado.

- ii) Cuando se haya pactado un acuerdo de compensación, entre entidades de crédito, o entre éstas y personas jurídicas o físicas (art. 4 RDL 5/2005), que tenga por objeto las operaciones financieras definidas en el art. 5.2 del RDL 5/ 2005 (DA 2ª LC). En virtud de este acuerdo, que en la práctica financiera se conoce como «acuerdo de *netting*», se produce la sustitución de la pluralidad de deudas y créditos recíprocos derivados de las operaciones financieras incluidas en él por una única deuda o crédito cuyo importe será la suma neta de los importes de cada una de las deudas y créditos recíprocos derivados de dichas operaciones financieras, de modo que las partes sólo tengan derecho a exigirse el saldo neto del producto de la liquidación de estas operaciones (art. 5.1 RDL 5/2005). Estos acuerdos mantienen su vigencia, aun cuando cualquiera de las partes participantes en el *netting* se encuentre incurso en un procedimiento concursal (art. 16.1 RDL 5/2005). De este modo que, declarado el concurso de una de ellas se incluirá como crédito o deuda de la parte incurso en tal situación exclusivamente el importe neto de las operaciones financieras amparadas por el acuerdo, calculado conforme a las reglas establecidas en él (art. 16.2 RDL 5/2005), sin que la declaración de concurso pueda limitar, restringir o afectar en cualquier forma la declaración de vencimiento anticipado, resolución, terminación, ejecución o efecto equivalente de las operaciones financieras realizadas en el marco del acuerdo de compensación contractual.
- iii) La declaración de concurso no afectará al derecho de un acreedor a compensar su crédito cuando la ley que rija el crédito recíproco del concursado lo permita en situaciones de insolvencia (art. 205.1 LC).

3.3. La suspensión del devengo de intereses

Desde la declaración de concurso quedará suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales que generen los créditos concursales (art. 59.1 LC). La suspensión se aplica únicamente a los intereses que habrían de devengarse con posterioridad a la declaración de concurso. Los anteriores tienen la consideración de créditos subordinados. La regla de la suspensión tiene dos excepciones: i) No se suspende el devengo de los intereses correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía. ii) Tampoco se suspende el de los correspondientes a los créditos salariales. Estos créditos devengarán intereses conforme al interés legal del dinero fijado en la Ley de Presupuestos.

Estos intereses son exigibles después de la declaración de concurso, pero la LC les otorga el mismo tratamiento que a los devengados con anterioridad al mismo, de modo que serán calificados como créditos subordinados. Por otro lado, la regla de la suspensión no tiene carácter definitivo (art. 59.2 LC). Siempre que el convenio no implique quita, la LC autoriza a pactar en él el cobro, total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiese resultado suspendido, calculados al tipo legal o al convencional si fuera menor. Si la solución del concurso es la liquidación, los intereses se reactivarán por ministerio de la ley si resultara remanente después del pago de la totalidad de los créditos concursales, calculándose su importe al tipo convencional.

IV. EFECTOS SOBRE LOS CONTRATOS

1. *El sistema legal*

El sistema legal sobre esta materia se estructura sobre la base de dos órdenes de previsiones. En primer término, las relativas a los efectos que la declaración de concurso provoca en los contratos vigentes. En segundo lugar, las atinentes a la posibilidad de rehabilitar, tras la declaración, cierto tipo de contratos extinguidos con anterioridad a ella. Las primeras se articulan alrededor de un régimen general, que regula los efectos que provoca la declaración del concurso en los contratos suscritos por el concursado, y dos regímenes especiales, relativos respectivamente, a las especialidades aplicables a los contratos laborales y a los contratos administrativos. En el régimen general, la LC parte del principio de que la declaración de concurso no afecta a la vigencia de los contratos suscritos por el deudor, que, por tanto se mantiene. El sistema se ordena distinguiendo dos supuestos de contratos pendientes de ejecución, según que el contrato esté pendiente de cumplimiento solo por un contratante (concurado o parte *in bonis*), o esté pendiente de cumplimiento por ambas partes.

2. *Efectos de la declaración de concurso sobre los contratos vigentes*

2.1. Régimen general

2.1.1. *Contratos pendientes de cumplimiento por una parte*

Cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que co-

rrsponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso (art. 61.1 LC). De modo que si el contrato hubiera sido cumplido íntegramente por el concursado, existirá un crédito en la masa activa frente al tercero, que deberá ser cobrado como cualquier otro. Sin embargo, si el cumplidor es el tercero no concursado, este únicamente tendrá un crédito concursal, que solo podrá ser cobrado conforme a las normas concursales con sujeción al principio de la *par condicio creditorum*. La previsión legal afecta, pues, a los contratos bilaterales con obligaciones recíprocas, pero el principio que inspira la reglamentación justifica que se aplique igualmente a los contratos unilaterales.

2.1.2. *Contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes*

Conforme a la regla general, la declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte (art. 61.2 I LC). La LC reitera esta regla al disponer que se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes (art. 61.3 LC).

Dicha regla queda exceptuada en los supuestos en que una Ley disponga o permita expresamente pactar la extinción del contrato en los casos de situaciones concursales o de liquidación administrativa de alguna de las partes (art. 63.2 LC). Asimismo la prohibición no alcanza al ejercicio de la facultad de denuncia unilateral del contrato que proceda conforme a la Ley (art. 63.1 LC). De modo que es preciso acudir a disposiciones extra-concursales al objeto de determinar en qué casos disponen o permiten pactar la extinción o facultan para extinguir el contrato mediante denuncia unilateral. Sucede, por ejemplo, en el contrato de mandato, en el contrato de agencia o en los acuerdos de compensación contractual (*netting*), en cuyo marco es posible acordar el vencimiento anticipado de las operaciones financieras que amparan con motivo de la declaración de concurso (art. 16 RD-Ley 5/2005, y DA 2ª LC).

Por otra parte, en la hipótesis general de continuación de la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, la LC no prevé excepción alguna al régimen de cumplimiento ordinario, de modo que el contrato subsiste tras el concurso en las condiciones pactadas y de acuerdo con las normas legales aplicables al tipo contractual. La previsión afecta tanto al tercero *in bonis*, como al concursado, que habrá de cumplir las prestaciones a que esté obligado de forma regular con cargo a la masa (art. 61.2 I LC). No obstante, considerando siempre el interés del concurso, la LC regula dos excepciones a este régimen ordinario mediante la atribución al juez de dos fa-

cultades especiales de signo contrario. De un lado, la de declarar la resolución de los contratos. De otro, la de enervar la resolución por incumplimiento que podría oponer la parte *in bonis*.

- i) Previa solicitud de la administración concursal, en caso de suspensión, del concursado, en caso de intervención, el juez podrán declarar resuelto el contrato en interés del concurso, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa. Cuando se trate de la resolución de contratos de arrendamiento financiero, y a falta de acuerdo entre las partes, con la demanda incidental se acompañará tasación pericial independiente de los bienes cedidos que el juez podrá tener en cuenta al fijar la indemnización (arts. 61.2 II y 84.2 6º LC).
- ii) La vigencia de contrato conforme al régimen ordinario explica que su incumplimiento autorice el recurso a los remedios previstos en la legislación común. De modo que, ante el incumplimiento del contrato por el concursado, el contratante *in bonis* podrá hacer uso de la excepción de contrato no cumplido, negándose, por tanto, a cumplir lo que le incumbe, así como solicitar la resolución por incumplimiento. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso (art. 62.1 LC).

La acción resolutoria se ejercitará ante el juez del concurso y se sustanciará por los trámites del incidente concursal (art. 62.2 LC). Acordada la resolución por el juez, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda (arts. 62.3 y 84.2 6ºLC).

Sin embargo, aunque exista causa de resolución, el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado (arts. 63.2. y 84.2 6ºLC). Finalmente, como excepción al sistema de cumplimiento previsto, cabe destacar que, a modo de sanción, la LC permite que los créditos derivados de estos contratos o de su resolución sean calificados como subordinados cuando el juez constate, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso (art. 92 7º LC).

2.2. Contratos de trabajo y convenios colectivos

La LC no contiene previsiones específicas sobre los contratos de trabajo, de modo que estos continúan regulándose por su normativa específica, sin que además el juez del concurso ostente competencia sobre esta materia. Como excepciones, la LC atribuye la competencia al juez del concurso para las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección (art. 8.2° LC).

La extinción, modificación o suspensión colectivas, así como los traslados colectivos, se efectuarán de conformidad con el procedimiento concursal de regulación de empleo previsto en la LC (arts. 64 y 44. 4 LC). Ahora bien, cuando dicho expediente concursal de regulación de empleo consista en la modificación de condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo, la modificación requerirá «en todo caso» el acuerdo de los representantes de los trabajadores, cuya falta no podrá ser suplida por la decisión del juez (arts. 8.2° y 66 LC).

La LC prevé también un régimen sustantivo para la extinción o suspensión de los contratos de alta dirección, tras la declaración del concurso. Encomienda la decisión al juicio discrecional de la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del deudor. No obstante, la decisión podrá ser impugnada ante el juez del concurso a través del incidente concursal en materia laboral. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación (art. 65.1 LC). En caso de extinción del contrato de trabajo, el juez del concurso podrá moderar la indemnización que corresponda al alto directivo, quedando en dicho supuesto sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato, con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo (art. 65.3 LC). En el supuesto de suspensión, el contrato podrá extinguirse por voluntad del alto directivo, con preaviso de un mes, conservando el derecho a la indemnización en los términos anteriores (art. 65.2 LC).

Por otra parte, la administración concursal podrá solicitar del juez que el pago de este crédito se aplaze hasta que sea firme la sentencia de calificación (art. 65.4 LC), en previsión de que el alto directivo pueda ser considerado afectado por la calificación o cómplice. Finalmente cabe destacar que, sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de la LC, en el enjuiciamiento de estas materias deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral (art. 8.2° LC).

2.3. Contratos con las administraciones públicas

Los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos celebrados con las administraciones públicas difieren según se trata de contratos de carácter administrativo o, por el contrario, sean contratos de naturaleza privado. Para determinar la existencia de una y otra clase ha de atenderse al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (art. 19 y 20 TRLCSP).

Los contratos privados se regirán por la LC; mientras que los administrativos se regulan por lo establecido en su legislación especial (art. 67 LC), que está constituida básicamente por el mencionado TRLCSP. Conforme a ella, la declaración de concurso constituye causa de resolución del contrato, [arts. 223 b) y 269 b) TRLCSP], que la Administración podrá no oponer de forma discrecional en atención al interés público si el contratista concursado prestare las garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución (art. 224.2 II, 224.5 y 270.2 TRLCSP). Por el contrario, en caso de apertura de la fase de liquidación la resolución resulta obligada (arts. 224.2 I y 270.2 TRLCSP).

3. *La rehabilitación de contratos*

La LC prevé la posibilidad de rehabilitar, tras la declaración de concurso, cierto tipo de contratos extinguidos con anterioridad a ella. Dada la excepcionalidad de la medida, se restringe a los supuestos expresamente previstos en la LC, en los estrictos términos que la misma prevé (arts. 68 a 70 LC):

- i) Los contratos de préstamo y demás de crédito a favor del concursado cuyo vencimiento anticipado por impago de cuotas de amortización o de intereses devengados se haya producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso (art. 68.1 LC).
- ii) Los contratos de adquisición de bienes muebles o inmuebles con contraprestación o precio aplazado cuya resolución se haya producido dentro de los tres meses precedentes a la declaración de concurso (art. 69.1 LC).
- iii) Los contratos de arrendamiento de inmuebles. En estos casos podrá enervarse la acción de desahucio ejercitada contra el deudor con anterioridad a la declaración del concurso, así como rehabilitarse la vigencia del contrato hasta el momento mismo de practicarse el efectivo lanzamiento.

La decisión compete a la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del concursado, con sujeción a dos condiciones. En primer lugar es preciso que, antes de que finalice el plazo para presentar la comunicación de créditos, notifique la rehabilitación al acreedor o transmitente. En segundo lugar

que satisfaga o consigne la totalidad de las cantidades debidas al momento de la rehabilitación y asuma los pagos futuros con cargo a la masa. En el supuesto de contratos de arrendamiento no rige la primera condición. Respecto de la segunda, se añaden las posibles costas procesales causadas hasta ese momento.

Sin embargo, no procederá la rehabilitación de los contratos de crédito cuando el acreedor se oponga y con anterioridad a la apertura del concurso hubiese iniciado el ejercicio de las acciones en reclamación del pago contra el propio deudor, contra algún codeudor solidario o contra cualquier garante (art. 68.2 LC). No procederá la de los contratos de adquisición de bienes con precio aplazado cuando, con anterioridad a la declaración de concurso, se hubiese iniciado el ejercicio de las acciones de resolución del contrato o de restitución del bien transmitido, o cuando, con la misma antelación, se hubiese recuperado la posesión material del bien por cauces legítimos y devuelto o consignado en lo procedente la contraprestación recibida o se hubiesen realizado actos dispositivos sobre el mismo en favor de tercero (art. 69.2 LC).

La masa activa. La masa pasiva. Los créditos contra la masa

SUMARIO: I. LA MASA ACTIVA. 1. Caracterización y composición. 2. Operaciones de la masa activa. 2.1. Caracterización. 2.2. La reintegración. 2.2.1. El sistema de reintegración. 2.2.2. La rescisión concursal. 2.2.2.1. Caracterización y presupuestos. 2.2.2.2. Efectos de la rescisión concursal. 2.2.3. Legitimación y procedimiento. 2.3. La separación. 3. Los bienes conyugales. 3.1. Régimen de gananciales. 3.2. Régimen de separación de bienes. 4. El inventario de la masa activa. II. LA MASA PASIVA. 1. La determinación de la masa pasiva. 2. Reconocimiento de créditos. 2.1. Caracterización. 2.2. Llamamiento a los acreedores y comunicación de créditos. 2.3. El reconocimiento. 2.3.1. Régimen general. 2.3.2. Supuestos especiales de reconocimiento. 3. Clasificación de los créditos. 3.1. Caracterización y clases de créditos. 3.2. Créditos privilegiados. 3.2.1. Caracterización. 3.2.2. Créditos con privilegio especial. 3.2.2.1. Enumeración. 3.2.2.2. Los privilegios. 3.2.3. Créditos con privilegio general. 3.3. Créditos ordinarios. 3.4. Créditos subordinados. 4. La lista de acreedores. III. LA FORMACIÓN DEL INVENTARIO DE LA MASA ACTIVA Y DE LA LISTA DE ACREEDORES. 1. Los textos provisionales. 2. Los textos definitivos. 3. La modificación del inventario definitivo y de la lista definitiva de acreedores. IV. CRÉDITOS CONTRA LA MASA. 1. Caracterización. 2. Régimen jurídico.

I. LA MASA ACTIVA

1. Caracterización y composición

Por masa activa se entiende el conjunto de los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor destinado a la satisfacción de sus acreedores. Se trata, por tanto, de un conjunto patrimonial separado por el destino que la Ley le impone. La determinación de los elementos que la componen se efectúa de acuerdo con los principios de universalidad y ejecutabilidad (art. 1911 Cciv y 76 LC). Conforme al primero, constituyen la masa activa los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento (art. 76.1 LC), esto es, todos su bienes presentes y futuros (art. 1911 Cciv). A tenor del segundo, no forman parte de ella los elementos que no pueden servir para la satisfacción de los acreedores; bien por su propia naturaleza, debido a que carecen de carácter patrimonial o son inherentes a la persona (art. 605 LEC); bien por disposición de la Ley cuando los considera legalmente inembargables o inalienables (arts. 76.2 LC y 605 a 607 LEC).

En atención a ello, la declaración de concurso provoca la escisión del activo del concursado en dos masas patrimoniales. Por un lado, su patrimonio personal, que incluye los elementos sustraídos del poder de agresión de los acreedores. Este con-

junto patrimonial permanece bajo el poder de disposición y administración del deudor. Por otro, los bienes y derechos afectos a la satisfacción de los acreedores, que constituyen el patrimonio concursal o masa activa del concurso. La titularidad de esta segunda masa patrimonial no varía mientras el concurso se sustancia. Continúa perteneciendo al concursado, pero el ejercicio de las facultades de administrar y disponer de ella se halla limitado a consecuencia de aquel, de modo que se excluye la posibilidad de su modificación por actos del concursado. Es lo que se denomina principio de inalterabilidad objetiva de la masa.

Por tanto, la integración en la masa activa únicamente supone una variación subjetiva en lo relativo al ejercicio de las facultades de administrar y disponer de los bienes y derechos del concursado. No implica modificación objetiva alguna de estos. De modo que, como regla general, todos ellos continúan ostentando la misma configuración jurídica que tenían con anterioridad a la apertura del procedimiento concursal. No obstante, la LC prevé dos excepciones a esta regla al tratar de las situaciones de copropiedad. La primera se produce en materia de *cuentas indistintas*. En este supuesto, la LC presume que los saldos acreedores de dichas cuentas son propiedad del concursado. Por ese motivo, ordena la inclusión de los mismos en la masa activa del concurso, salvo prueba en contrario apreciada como suficiente por la administración concursal, cuya decisión podrá ser recurrida mediante incidente concursal (art. 79 LC). La segunda modificación se produce en el caso de los bienes conyugales, cuestión a la que se aludirá más abajo.

Ahora bien, esta división patrimonial no agota las operaciones de delimitación de la masa. Excluido el patrimonio personal y efectuadas, en su caso, las adscripciones especiales anteriores, todavía es preciso realizar dos operaciones de signo inverso. La reintegración y la separación. En atención a ello se distingue la masa de hecho y la de derecho. La primera está compuesta por los bienes que se encuentren en el patrimonio del deudor en el momento de la declaración de concurso. La segunda incluye los elementos que definitivamente quedan afectados a la satisfacción de los acreedores, tras la realización de las operaciones y adscripciones anteriores.

2. Operaciones de la masa activa

2.1. Caracterización

Las operaciones de la masa activa se imponen al objeto de determinar la masa activa de derecho. Incluyen dos tipos de actuaciones de signo inverso. La reintegración y la separación.

2.2. La reintegración

2.2.1. *El sistema de reintegración*

La reintegración pretende devolver a la masa lo que salió de ella indebidamente. El sistema de reintegración que prevé la LC se compone de dos elementos. De un lado, instituye un mecanismo específicamente concursal, la acción rescisoria concursal. De otro, reconoce la posibilidad de ejercitar cualesquiera otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho (arts. 71.6 LC y 1.111 y 1.291.3º Cciv). Junto a ello, no excluye el ejercicio de otras acciones que procedan conforme a la Ley, de modo que también podrán utilizarse (vgr. la nulidad o la anulabilidad). Los presupuestos para el ejercicio de las acciones no específicamente concursales serán los previstos en el régimen común, pero se ejercerán ante el juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento previstas para la acción rescisoria concursal (art. 72 LC).

2.2.2. *La rescisión concursal*

2.2.2.1. Caracterización y presupuestos

La acción rescisoria concursal permite declarar la ineficacia de todos los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso, aunque no hubiere existido intención fraudulenta (art. 71.1 LC). Con ello se elimina el requisito subjetivo del fraude propio de las acciones de impugnación en el régimen común. Es indiferente, pues, que no existiera intención fraudulenta ni por parte del concursado, ni del tercero afectado. Por otro lado, conforme a la naturaleza común de la acción de rescisión el acto rescindible no ha de estar afectado por vicio alguno. Se trata de actos perfectamente válidos y eficaces (art. 1.290 LC). Junto al requisito temporal, el único adicional que exige la LC consiste en la existencia de perjuicio para la masa activa. Atendiendo al tratamiento de la prueba del perjuicio se distinguen tres supuestos:

- i) Actos cuya mera realización provoca la presunción de perjuicio con el carácter *iuris et de iure*, esto es, sin admitir prueba en contrario. Estos actos están tasados en la LC de modo taxativo. Se trata de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso la presunción admite prueba en contrario (art. 71.2 LC).

- ii) Actos cuya realización provoca la presunción de perjuicio, pero se admite prueba en contrario. Se trata de los actos dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado, la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas y los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso (art. 71.3 LC).
- iii) Actos cuya realización no engendra presunción alguna de perjuicio, de modo que este ha de ser probado por quien ejerce la acción. Se trata de actos no comprendidos en las categorías anteriores (art. 71.4 LC). Como excepción a este régimen la LC prevé dos categorías de actos que no podrán ser objeto de rescisión. La primera incluye aquellos no rescindibles en todo caso. La segunda, aquellos no rescindibles con sujeción a los requisitos que menciona la LC.

No son rescindibles en ningún caso los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales, los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados y las garantías constituidas a favor de los créditos de Derecho Público y a favor del FOGASA en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica (art. 71.5 LC). Tampoco son rescindibles los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor con anterioridad al concurso, así como los negocios, actos y pagos y las garantías constituidas en ejecución de los mismos (art. 71 *bis* y DA 4ª LC), ni los acuerdos extrajudiciales de pago (art. 238.4 LC), en los términos analizados en la lección 18.

Fuera de la LC el ejercicio de esta acción se somete a condiciones particulares en algunos supuestos. Destacan entre ellos los relativos al contrato de factoring y los previstos para los acuerdos de garantías financieras y de compensación. En el primer caso los pagos realizados por el deudor cedido al cesionario no estarán sujetos a la rescisión concursal en el caso de declaración de concurso del deudor de los créditos cedidos. Sin embargo, podrá ejercitarse la acción rescisoria cuando se hayan efectuado pagos cuyo vencimiento fuera posterior al concurso o cuando quien la ejerce pruebe que el cedente o cesionario conocían el estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha de pago por el cesionario al cedente. Dicha revocación no afectará al cesionario sino cuando se haya pactado así expresamente (DA 3º LECR). De otra parte la rescisión de los acuerdos de garantías financieras o la aportación de estas exige la prueba del fraude de acreedores; mientras que la rescisión de los acuerdos de netting requiere en todo caso la demostración de

perjuicio en dicha contratación (arts. 15.5 y 16.3 RD-Ley 5/2005, de 11 de marzo de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública).

2.2.2.2. Efectos de la rescisión concursal

La rescisión concursal determina la ineficacia del acto impugnado y la obligación de restituir las prestaciones objeto de aquel, con sus frutos e intereses (art. 73.1 LC). Si los bienes y derechos salidos del patrimonio del deudor no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a tercero no demandado o que hubiera procedido de buena fe o gozase de irreivindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que tuvieran cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal. Si la sentencia apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa (art. 73.2 LC).

El derecho a la prestación que resulte a favor de cualquiera de los demandados como consecuencia de la rescisión tendrá la consideración de crédito contra la masa, que habrá de satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos objeto del acto rescindido, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el acreedor, en cuyo caso se considerará crédito concursal subordinado (art. 73.3 LC).

2.2.3. *Legitimación y procedimiento*

Las cuestiones relativas a la legitimación y el procedimiento se regulan de forma conjunta para la acción rescisoria concursal y para las acciones de impugnación de la legislación común. Como regla general, la legitimación activa corresponde a la administración concursal, y subsidiariamente, a los acreedores, si la administración concursal no la ejercita dentro del plazo legal, tras haber sido requerida por aquellos (art. 72.1 LC). Por excepción, compete exclusivamente a la administración concursal cuando se trate de acuerdos de refinanciación. En este caso no será de aplicación la legitimación subsidiaria de los acreedores (art. 72.2 LC).

La legitimación pasiva corresponde al deudor y a quienes hayan sido parte en el acto impugnado. Si el bien que se pretenda reintegrar hubiera sido transmitido a un tercero, la demanda también deberá dirigirse contra éste cuando el actor pretenda desvirtuar la presunción de buena fe del adquirente o atacar la irreivindicabilidad de que goce o la protección derivada de la publicidad registral (art. 72.3 LC). La competencia para dilucidar estas acciones se atribuye al juez del concurso, que ordenará su tramitación por el cauce del incidente concursal. Las

demandas interpuestas por los legitimados subsidiarios se notificarán a la administración concursal (art. 72.4 LC)

2.3. La separación

En sentido propio, la separación comprende los bienes y derechos de titularidad ajena que se encuentren en poder del concursado (art. 80 LC). Ampara, por tanto, al propietario del bien, sea mueble o inmueble; pero también al titular de ciertos derechos reales o incluso personales, como pueden ser los de propiedad intelectual. Como regla general, estos bienes y derechos serán entregados a sus legítimos titulares por la administración concursal, cuya decisión denegatoria podrá ser impugnada en incidente concursal (art. 80 LC). Por excepción la devolución no tendrá lugar en dos casos:

- i) Cuando el concursado ostente sobre ellos un derecho de uso, garantía o retención (art. 80 LC). En estos supuestos, no procederá su devolución debido a que el concursado tiene derecho a retener la posesión. Sin embargo, el bien o derecho en sí no se integrará en la masa activa. Solo lo hará el derecho que el concursado ostente sobre él (art. 82.5 LC).
- ii) Cuando los bienes o derechos susceptibles de separación hubieran sido enajenados por el deudor antes de la declaración de concurso a tercero de quien no puedan reivindicarse. En estos supuestos el titular perjudicado podrá optar entre exigir la cesión del derecho a recibir la contraprestación si todavía el adquirente no la hubiera realizado, o comunicar a la administración concursal, para su reconocimiento en el concurso, el crédito correspondiente al valor que tuvieran los bienes y derechos en el momento de la enajenación o en otro posterior, a elección del solicitante, más el interés legal, que tendrá la consideración de crédito ordinario, si su comunicación se efectuó dentro del plazo legal (art. 81 LC).

De esta separación en sentido propio, también denominada *separatio ex iure dominio* se distingue la separación impropia, llamada tradicionalmente *separatio ex iure crediti*. Esta última comprende las hipótesis de créditos cuyos titulares ostentan el derecho a su ejecución separada fuera del concurso sobre bienes específicos. Entre ambas existen notables diferencias puesto que con la primera se sustrae de la masa activa el bien de propiedad ajena sin que, por ende, se modifique la masa pasiva; mientras que la segunda se ejercita sobre bienes de propiedad del concursado cuya realización se pide para hacer efectivo el crédito al margen del concurso por lo que, por su intermedio, se disminuye tanto la masa activa como la pasiva.

Además de los acreedores con privilegio especial que gozan de ejecución separada extra concursal, analizados en la lección anterior, ostentan derecho de separación de esta índole los titulares de créditos con privilegios sobre los buques y las aeronaves, quienes podrán separar estos bienes de la masa activa del concurso mediante el ejercicio, por el procedimiento correspondiente, de las acciones que tengan reconocidas en su legislación específica. Si de la ejecución resultara remanente a favor del concursado, se integrará en la masa activa (art. 76.3 I LC). No obstante, el derecho tiene carácter claudicante pues si la ejecución separada no se hubiere iniciado en el plazo de un año desde la fecha de declaración del concurso, ya no podrá efectuarse, debiendo someterse a la ejecución colectiva concursal (art. 76.3 II LC).

3. Los bienes conyugales

El tratamiento concursal de los bienes conyugales difiere según el tipo de régimen económico matrimonial por que los cónyuges hayan optado.

3.1. Régimen de gananciales

Si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, la masa activa comprende desde luego los bienes y derechos propios del concursado (art. 77.1 LC). Junto a ellos, se integrarán también los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado (art. 77.2 LC). Las condiciones en que dichos bienes responden de obligaciones del concursado difieren si este es o no empresario. En el primer caso, responden en dos supuestos. En primer lugar cuando se hubieran obtenido por el ejercicio de la actividad empresarial. En segundo lugar, si media el consentimiento de ambos cónyuges. No obstante el Ccom presume concedido el consentimiento, que conlleva la afectación de los bienes, en dos casos. Cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo (art. 7 Ccom). Y cuando, al contraer matrimonio, se hallare uno de los cónyuges ejerciendo el comercio y lo continuare sin la oposición del otro (art. 8 Ccom). En ambos casos, la responsabilidad es directa.

Asimismo, cuando el concursado no ostente la condición de empresario los bienes gananciales responden directamente de las obligaciones contraídas por el cónyuge concursado en el ejercicio de la potestad doméstica o de la gestión o disposición de los gananciales que le corresponda y por las generadas por la explotación regular de sus negocios o el desempeño de su profesión, arte u oficio y las derivadas de la administración ordinaria de sus propios bienes (arts. 1362 4º

y 1.365 LC). De otro lado, los bienes gananciales responden de forma subsidiaria de las obligaciones del concursado cuando sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas frente (art. 1.373 CCiv). Pero, en este caso, el otro cónyuge podrá pedir que, en la traba, se sustituyan los bienes gananciales por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquella y su liquidación conforme a lo previsto en el Cciv (arts. 1373 a 1.396 a 1410 Cciv).

Por este motivo cuando la LC exige que en la lista de acreedores se relacionen separadamente los créditos que solo pueden hacerse efectivos sobre el patrimonio privativo del concursado y los que pueden hacerse efectivos también sobre el patrimonio común (arts. 86.4 y 94.2 II LC) incurre en un defecto de técnica jurídica porque no existen créditos que solo puedan hacerse efectivos sobre el patrimonio privativo. Las deudas se pueden hacer efectivas con cargo al patrimonio privativo y, a la vez, con cargo al patrimonio ganancial en los supuestos de responsabilidad directa y, siempre, subsidiariamente, con cargo al patrimonio ganancial (art. 1373 Cciv). Ahora bien, en este último supuesto tienen sentido las previsiones legales por cuanto el cónyuge del concursado dispone de una facultad similar a la que le atribuye el Cciv. Podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el Juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso (art. 77.2 LC). En estos casos, cuando la vivienda habitual del matrimonio tuviese carácter ganancial o les perteneciese en comunidad conyugal, el cónyuge del concursado tendrá derecho a que aquella se incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance o abonando el exceso (art. 78.4 LC).

Por otra parte, considerando que los bienes gananciales continúan respondiendo de las deudas gananciales (art. 1369 Cciv), la LC dispone que integren en la masa pasiva los créditos contra el cónyuge del concursado, que sean, además, créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal (art. 49.2 LC). Como regla general los bienes privativos del cónyuge no concursado no integran la masa activa del concurso. No obstante cuando aquel ostente la condición de empresario dichos bienes podrán quedar sujetos sin el cónyuge *in bonis* hubiera consentido de forma expresa esa posibilidad (art. 9 Ccom).

3.2. Régimen de separación de bienes

Cuando el régimen económico del matrimonio es el de separación de bienes, la LC establece dos presunciones de donaciones en beneficio de la masa, basadas en la tradicional presunción muciana (art. 1442 Cciv). Salvo prueba en contrario, se presume, en primer término, que el cónyuge concursado donó al cónyuge *in bonis*

la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. De no poderse probar la procedencia de la contraprestación se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso (art. 78.1 LC).

Como excepción estas presunciones no rigen cuando los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho (art. 78.2 LC). Todavía en el contexto de este régimen económico, la LC dicta una norma especial para el caso de adquisición de bienes con pacto de sobrevivencia. Estos bienes se considerarán divisibles en el concurso de cualquiera de ellos, integrándose en la masa activa la mitad correspondiente al concursado. Ahora bien, el cónyuge del concursado tendrá derecho a adquirir la totalidad de cada uno de los bienes satisfaciendo a la masa la mitad de su valor. Si se tratare de la vivienda habitual del matrimonio, el valor será el del precio de adquisición actualizado conforme al índice de precios al consumo específico, sin que pueda superar el de su valor de mercado. En los demás casos, será el que de común acuerdo determinen el cónyuge del concursado y la administración concursal o, en su defecto, el que como valor de mercado determine el juez, oídas las partes y previo informe de experto cuando lo estime oportuno (art. 78.3 LC).

4. El inventario de la masa activa

El inventario de la masa activa es un documento que contiene la relación y el avalúo de los bienes y derechos del deudor y, en su caso, de los bienes gananciales, integrados en la masa activa del concurso a la fecha de cierre, que será el día anterior al de emisión del informe de la administración concursal (art. 82.1 LC). La relación identificará cada uno de los bienes y derechos expresando su naturaleza, características, lugar en que se encuentre y, en su caso, datos de identificación registral. Se indicarán también los gravámenes, trabas y cargas que afecten a estos bienes y derechos, con expresión de su naturaleza y los datos de identificación (art. 82.2 LC).

El avalúo de cada uno de los bienes y derechos se realizará con arreglo a su valor de mercado, teniendo en cuenta los derechos, gravámenes o cargas de naturaleza perpetua, temporal o redimible que directamente les afecten e influyan en su valor, así como las garantías reales y las trabas o embargos que garanticen o aseguren deudas no incluidas en la masa pasiva (art. 82.3 LC). En documento aparte, se adjuntarán al inventario dos relaciones. En la primera se identificarán todos los litigios cuyo resultado pueda afectar a su contenido. La segunda comprenderá cuantas acciones debieran promoverse, a juicio de la administración concursal,

para la reintegración de la masa activa. En ambas relaciones se informará sobre viabilidad, riesgos, costes y posibilidades de financiación de las correspondientes actuaciones judiciales (art. 82.4 LC)

II. LA MASA PASIVA

1. La determinación de la masa pasiva

La determinación de los créditos incluidos en la masa pasiva del concurso entraña dos tipos de operaciones. En primer lugar, el reconocimiento de los créditos. En segundo término su clasificación.

2. Reconocimiento de créditos

2.1. Caracterización

El reconocimiento admite dos significados. En primer término, es una operación cuya finalidad consiste en verificar los créditos pretendidamente concursales, seleccionando entre ellos los que son legítimos y los que no lo son. Desde este punto de vista el reconocimiento se arbitra mediante un procedimiento que comprende el llamamiento a los acreedores y la comunicación por estos de sus créditos.

En segundo lugar, pero al mismo tiempo, el reconocimiento es la decisión en virtud de la cual se estima la legitimidad del crédito y se determinan sus circunstancias a efectos del concurso. Por su intermedio, aquel se integra de derecho en la masa pasiva del concurso, adquiriendo con ello los derechos que corresponden a los créditos concurrentes.

2.2. Llamamiento a los acreedores y comunicación de créditos

La LC prevé dos llamamientos a los acreedores para que comuniquen sus créditos en el concurso. El primero, de carácter genérico, es el que se efectúa en el propio auto de declaración del concurso (art. 21.1 5º LC). El segundo, de carácter individual, es el que debe realizar sin demora la administración concursal mediante notificación dirigida a cada uno de los acreedores cuya identidad y domicilio consten en la documentación que obre en autos, informando de la declaración de concurso y del deber de comunicar los créditos (art. 21.4 LC). La notificación se efectuará por medios telemáticos, informáticos o electrónicos cuando conste la dirección electrónica del acreedor y cuando se trate de la Agencia Estatal de la

Administración Tributaria y de la Tesorería General de la Seguridad Social. En los dos últimos casos se realizará a través de los medios que éstas habiliten en sus respectivas sedes electrónicas, conste o no su condición de acreedoras (art. 21.4 LC).

Los acreedores deben comunicar sus créditos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación en el BOE del auto de declaración de concurso (arts. 21.1 5º y 85.1 LC). La comunicación se dirigirá a la administración concursal y puede remitirse al domicilio designado por esta, que deberá estar en la localidad en la que tenga su sede el juzgado, o efectuarse por medios electrónicos remitiéndola a la dirección electrónica que necesariamente ha de señalar la administración concursal al tiempo de la aceptación del cargo (art. 85.2 LC). En cualquier caso se formulará por escrito firmado por el acreedor, por cualquier otro interesado en el crédito o por quien acredite representación suficiente de ellos, y se dirigirá a la administración concursal (art. 85.2 LC) y expresará el nombre, domicilio y demás datos de identidad del acreedor, así como los relativos al crédito, su concepto, cuantía, fechas de adquisición y vencimiento, características y calificación que se pretenda. Si se invocare un privilegio especial, se indicarán, además, los bienes o derechos a que afecte y, en su caso, los datos registrales. También se señalará un domicilio o una dirección electrónica para que la administración concursal practique cuantas comunicaciones resulten necesarias o convenientes, produciendo plenos efectos las que se remitan al domicilio o a la dirección indicados (art. 85.3 LC).

Al escrito de comunicación se acompañará copia, en forma electrónica en caso de que se haya optado por esta forma de comunicación, del título o de los documentos relativos al crédito. Salvo que los títulos o documentos figuren inscritos en un registro público, la administración concursal podrá solicitar los originales o copias autorizadas de los títulos o documentos aportados, así como cualquier otra justificación que considere necesaria para el reconocimiento del crédito (art. 85.4 LC).

2.3. El reconocimiento

2.3.1. Régimen general

En esta materia la LC parte de dos principios generales. El primero, que el reconocimiento provisional que efectúa la administración concursal no se produce *de oficio*, sino que, por utilizar una terminología procesal, precisa de instancia de parte. En concreto exige una comunicación previa que ha de efectuar el acreedor titular del crédito a la administración concursal en la forma y en los plazos indicados anteriormente. En segundo lugar, que el reconocimiento presupone una verificación de la legitimidad del crédito que se encomienda al juicio discrecional

de la administración concursal. La administración concursal no está obligada a reconocer como concurrentes todos los créditos, sino solo aquellos que estime están justificados en su existencia y hasta dónde lo estime, esto es, puede variar la cuantía y el resto de sus extremos si así lo considera procedente. Ni qué decir tiene que no es una operación que se deje a su arbitrio, sino simplemente a su juicio discrecional fundado en la documentación de la disponga, la carga de cuya aportación corresponde, como no podía ser de otra forma, a quien pretenda el reconocimiento.

Como excepción a estos principios, la LC prevé ciertos supuestos en que no es preciso que el reconocimiento venga precedido de solicitud, otros en que procede aunque la comunicación se efectúe fuera de plazo y otros en que el reconocimiento no es discrecional, sino obligatorio. En concreto tendrá que efectuarse el reconocimiento de los créditos no comunicados que resultaren de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constaren en el concurso (arts. 86.1 LC). Sin perjuicio de las consecuencias que produzca en orden a la clasificación de los créditos, la comunicación fuera de plazo no obstaculiza el reconocimiento de los créditos si es anterior a la presentación de la lista definitiva de acreedores (art. 96 *bis* 1 LC). Con posterioridad a ella solo se admite en los casos tasados por la LC (arts. 96.3 y 97. 1, 3 y 4 LC).

Finalmente, es obligatorio el reconocimiento de los créditos que hayan sido reconocidos por laudo o por resolución procesal, aunque no fueran firmes, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los reconocidos por certificación administrativa, los asegurados con garantía real inscrita en registro público, y los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso (art. 86.2 LC). Es importante precisar, con todo, que la obligatoriedad se restringe al reconocimiento. No alcanza a la clasificación del crédito, que es competencia de la administración concursal. No obstante, la administración concursal podrá impugnar en juicio ordinario y dentro del plazo para emitir su informe, los convenios o procedimientos arbitrales en caso de fraude, conforme a lo previsto en el art. 53.2 LC, y la existencia y validez de los créditos consignados en título ejecutivo o asegurados con garantía real, así como, a través de los cauces admitidos al efecto por su legislación específica, los actos administrativos (art. 86.2 LC).

2.3.2. *Supuestos especiales de reconocimiento*

La LC prevé tres supuestos especiales de reconocimiento:

- i) Los créditos condicionales. Son de esta clase los créditos sometidos a condición resolutoria (art. 87.1 LC) y los créditos de derecho público recu-

rridos en vía administrativa o jurisdiccional, aun cuando su ejecutividad se encuentre cautelarmente suspendida (art. 87.2 II LC). Estos créditos disfrutarán de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación, en tanto no se cumpla la condición. Cumplida ésta, podrán anularse, a petición de parte, las actuaciones y decisiones en las que el acto, la adhesión o el voto del acreedor condicional hubiere sido decisivo. Todas las demás actuaciones se mantendrán, sin perjuicio del deber de devolución a la masa, en su caso, de las cantidades cobradas por el acreedor condicional, y de la responsabilidad en que dicho acreedor hubiere podido incurrir frente a la masa o frente a los acreedores (art. 87.1 LC).

- ii) Los créditos contingentes. Son de esta clase los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos, salvo que se trate de créditos de derecho público (art. 87.3 LC), los créditos que no puedan ser hechos efectivos contra el concursado sin la previa excusión del patrimonio del deudor principal mientras que el acreedor no justifique cumplidamente a la administración concursal haber agotado la excusión, confirmándose, en tal caso, el reconocimiento del crédito en el concurso por el saldo subsistente (art. 87.5 LC), desde la admisión a trámite de la querrela o denuncia y hasta su reconocimiento por sentencia judicial, las cantidades defraudadas a la Hacienda Pública y a la Tesorería General de la Seguridad Social, en el caso de no existir liquidación administrativa (art. 87.2 II LC); los créditos de derecho público que resulten de procedimientos de comprobación o inspección hasta su cuantificación, a partir de la cual tendrán el carácter que les corresponda con arreglo a su naturaleza sin que sea posible su subordinación por comunicación tardía (art. 87.2 II LC) y los créditos públicos o de los trabajadores cuya cuantía no pueda ser determinada por ausencia de datos; así como los que consten en las declaraciones o autoliquidaciones presentadas por el concursado. A este respecto ha de tenerse en cuenta que, cuando no se hubiera presentado alguna declaración o autoliquidación que sea precisa para la determinación de aquellos, deberá cumplimentarse por el concursado en caso de intervención o, en su caso, por la administración concursal cuando no lo realice el concursado o en el supuesto de suspensión de facultades de administración y disposición (art. 86.3 LC).

Estos créditos serán reconocidos en el concurso sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro. En todo caso, la confirmación del crédito contingente o su reconocimiento en sentencia firme o susceptible de ejecución provisional, otorgará a su titular la totalidad de los derechos

- concursoales que correspondan a su cuantía y calificación (art. 87.3 LC). Además cuando el juez del concurso estime probable el cumplimiento de la condición resolutoria o la confirmación del crédito contingente, podrá, a petición de parte, adoptar las medidas cautelares de constitución de provisiones con cargo a la masa, de prestación de fianzas por las partes y cualesquiera otras que considere oportunas en cada caso (art. 87.4 LC).
- iii) Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. Siempre que se produzca la subrogación por pago, en la calificación de estos créditos se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador (art. 87.6 LC). Por otra parte, a solicitud del acreedor que hubiese cobrado parte de su crédito de un avalista, fiador o deudor solidario del concursado, podrán incluirse a su favor en la lista de acreedores tanto el resto de su crédito no satisfecho como la totalidad del que, por reembolso o por cuota de solidaridad, corresponda a quien hubiere hecho el pago parcial, aunque éste no hubiere comunicado su crédito o hubiere hecho remisión de la deuda (86.7 LC).

3. Clasificación de los créditos

3.1. Caracterización y clases de créditos

La clasificación de los créditos consiste en atribuir a cada uno la graduación prevista en la LC. La clasificación es una actividad fundamental puesto que determina la satisfacción de los mismos en el concurso. Los créditos concursales se clasifican en tres categorías. Créditos ordinarios, privilegiados y subordinados (art. 89.1 LC).

3.2. Créditos privilegiados

3.2.1. Caracterización

Los créditos privilegiados son de dos tipos. Créditos con privilegio especial, si afectan a determinados bienes o derechos, y créditos con privilegio general, si afectan a la totalidad del patrimonio del deudor (art. 89.2 LC). Aunque la LC limita el catálogo de créditos privilegiados a los previstos expresamente en ella (89.2 LC), la declaración tiene eficacia retrospectiva ya que no impide que leyes posteriores puedan crear créditos de esta categoría.

3.2.2. *Créditos con privilegio especial*

3.2.2.1. Enumeración

Los créditos con privilegio especial se enumeran en el artículo 90 LC, que, más que un listado de créditos preferentes, contiene preponderantemente un listado de créditos asegurados mediante garantías reales y situaciones funcionalmente equivalentes, esto es, bienes que han sido transmitidos al concursado pero cuya propiedad retiene el acreedor con fines de garantía del pago de su precio. Se trata de los siguientes créditos:

- i) Los garantizados con hipoteca voluntaria o legal (mobiliaria e inmobiliaria), sobre los bienes hipotecados;
- ii) Los asegurados con prenda, sobre los bienes o derechos pignorados. Se incluye la prenda ordinaria respecto de bienes que estén en posesión del acreedor o de un tercero, la prenda sin desplazamiento, la garantía constituida por valores representados mediante anotaciones en cuenta y la prenda de créditos. No obstante, la prenda en garantía de créditos futuros sólo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso cuando, además, la prenda esté constituida en documento público o, en el caso de prenda sin desplazamiento de la posesión, se haya inscrito en el registro público competente. Si se trata de créditos derivados de la resolución de contratos de concesión de obras o de gestión de servicios públicos, es necesario adicionalmente que la pignorcación se haya efectuado en garantía de deudas que guarden relación con la concesión o el contrato, previa autorización del órgano de contratación, que deberá publicarse en el BOE o en los diarios oficiales autonómicos o provinciales (art. 90.1 6º LC y 261.3 LCSP).
- iii) Los créditos por contratos de arrendamiento financiero o plazos de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago;
- iv) Los dotados de garantía anticrética, sobre los frutos del inmueble gravado; y,
- v) Los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado.

Salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los créditos refaccionarios de los trabajadores, en los demás casos, el privilegio se concede previo cumplimiento

de los requisitos exigidos en la legislación específica que regule el crédito para su oponibilidad a terceros (art. 90.2 LC), de modo que, según los casos, se precisa inscripción registral o documento público. Como excepción, la prenda de créditos no requiere documento público, sino solo que conste en documento con fecha fehaciente (art. 90.1.6° LC).

3.2.2.2. Los privilegios

En caso de convenio, el privilegio consiste en que estos créditos solo quedarán afectados por él si los titulares de los mismos aceptan aquel (arts. 123.2 y 134.2 LC), salvo que se den las circunstancias previstas en el art. 134.3 LC, a las que se aludirá en la lección siguiente. En el supuesto de liquidación, el privilegio tiene unos efectos mucho más contundentes puesto que la graduación determina la satisfacción de los créditos por el orden legalmente establecido en los términos que se analizarán en la lección 23. Si el privilegio consiste en una garantía real, el cobro incluye el de los intereses hasta donde alcance la respectiva garantía (arts. 59.1 y 92 3° LC). Adicionalmente la posición jurídica de estos acreedores está rodeada de otras singularidades que, en general, supone un trato beneficioso. En síntesis se trata de las siguientes:

- i) En las condiciones analizadas en la lección anterior, los créditos asegurados mediante garantías reales y situaciones funcionalmente equivalentes gozan del derecho de ejecutar separadamente su garantía (art. 56.2 LC) y de iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía antes de la apertura de la fase de liquidación en pieza separada dentro del concurso (arts. 56.1 y 57 LC).
- ii) Mientras no transcurran los plazos en que tienen vetado iniciar la ejecución o su reanudación en caso de suspensión de la misma, la administración concursal podrá decidir que opta por atender el pago de estos créditos con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos. Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa. En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial (arts. 155.2 y 84.2 7° LC).
- iii) Cuando haya de procederse dentro del concurso, incluso antes de la fase de liquidación, a la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados, podrá autorizarla con subsisten-

cia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva. De no autorizarla en estos términos, el precio obtenido en la enajenación se destinará al pago del crédito con privilegio especial y, de quedar remanente, al pago de los demás créditos (art. 155.3 LC).

- iv) La realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda.

Si la realización se efectúa fuera del convenio, el oferente deberá satisfacer un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado, salvo que el concursado y el acreedor con privilegio especial manifestasen de forma expresa la aceptación por un precio inferior, siempre y cuando dichas realizaciones se efectúen a valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles. La autorización judicial y sus condiciones se anunciarán con la misma publicidad que corresponda a la subasta del bien y derecho afecto y si dentro de los diez días siguientes al último de los anuncios se presentare mejor postor, el juez abrirá licitación entre todos los oferentes y acordará la fianza que hayan de prestar (art. 155.4 LC).

Ahora bien, hay que tener en cuenta que el privilegio especial solo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, calculada de acuerdo con lo dispuesto en la LC; de modo que importe del crédito que exceda del reconocido como privilegiado especial será calificado según su naturaleza (art. 90.3 y 94.5 LC).

3.2.3. *Créditos con privilegio general*

Los créditos con privilegio general son los siguientes:

- i) **Créditos salariales.** En concreto, se trata de los *créditos* por salarios que no tengan reconocido privilegio especial en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo

interprofesional, las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, devengados con anterioridad a la declaración de concurso. Igual privilegio ostentarán los capitales coste de Seguridad Social de los que sea legalmente responsable el concursado, y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, siempre que sean devengadas con anterioridad a la declaración de concurso (art. 91°.1° LC).

- ii) Créditos de Derecho público. Estos créditos gozan de dos privilegios. En razón de las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal (art. 91.2° LC). Y respecto de los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como de los créditos de la Seguridad Social distintos de estos últimos y que no gocen de privilegio especial. Sin embargo, este último privilegio solo podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe (art. 91.4° LC).
- iii) Los créditos de personas naturales derivados del trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso (art. 91.3°),
- iv) Créditos por responsabilidad civil extracontractual y créditos en concepto de responsabilidad civil derivada de delito contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (art. 91.5° LC).
- v) Créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación en la cuantía no reconocida como crédito contra la masa (art. 91.6° LC),
- vi) Créditos de que fuera titular el acreedor a instancia del cual se hubiere declarado el concurso y que no tuvieran el carácter de subordinados, hasta el cincuenta por ciento de su importe (art. 91.7° LC).

En caso de convenio disfrutaban de la misma preferencia que los créditos con privilegio especial. En el supuesto de liquidación, el privilegio se proyecta sobre todos y cada uno de los bienes integrantes de la masa activa, en los términos que se analizarán en la lección 23

3.3. Créditos ordinarios

Esta categoría se define negativamente: son créditos ordinarios aquellos que no sean ni privilegiados ni subordinados.

3.4. Créditos subordinados

Si el concurso concluye en Convenio, los titulares de estos créditos carecen de derecho de voto en la junta de acreedores (art. 122.1.1º LC), pero el convenio aprobado les vincula y veremos que puede contener reducciones de los créditos y/o aplazamientos en el pago, que les afectarán sin su consentimiento. Además los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de los acreedores ordinarios (art. 134.1 LC). En caso de liquidación, su pago se posterga en los términos que se analizarán en la lección siguiente. Los motivos que guían esta decisión legislativa son probablemente tantos como clases de créditos de este tipo hay:

- i) Con la pretensión de sancionar la falta de diligencia del acreedor en presentar su crédito en el concurso, son créditos subordinados los que, habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores, así como los que, no habiendo sido comunicados, o habiéndolo sido de forma tardía, sean incluidos en dicha lista por comunicaciones posteriores o por el juez al resolver sobre la impugnación de ésta (art. 92.1º LC). Se incluyen en esta categoría los nuevos créditos comunicados en el lapso de tiempo transcurrido desde la conclusión del plazo de impugnación y hasta la presentación de los textos definitivos. Estos créditos serán reconocidos conforme a reglas generales, pero se clasificarán como subordinados conforme a este precepto, salvo que el acreedor justifique no haber tenido noticia antes de su existencia, en cuyo caso se clasificarán según su naturaleza (art. 96 *bis* 1 LC).

En ningún caso quedarán subordinados por esta causa, y serán clasificados según corresponda los créditos públicos o de los trabajadores cuya cuantía no hubiera podido ser determinada antes por ausencia de datos, los que consten en las declaraciones o autoliquidaciones presentadas por el concursado o, en su caso, por la administración concursal, los créditos para cuya determinación sea precisa la actuación de comprobación de las Administraciones públicas y los que resulten de procedimientos de comprobación o inspección (art. 86.3 LC). Tras su cuantificación por el órgano competente, todos ellos tendrán el carácter que les corresponda con arreglo a su naturaleza sin que sea posible su subordinación por comunicación tardía (arts. 86.3, 87.2 II LC y 92 1º LC).

Tampoco se subordinarán por esta causa los créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los créditos asegurados con garantía real inscrita en registro público y los que constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial (art. 92 1º LC).

- ii) En la subordinación convenida en pacto contractual (art. 92.2° LC), pretende salvarse el acuerdo entre las partes que, antes de la declaración del concurso, convinieron libremente que el crédito en cuestión resultara satisfecho con posterioridad a todos los demás.
- iii) Con fundamento en el carácter accesorio del crédito, se consideran créditos subordinados los recargos e intereses de cualquier clase, salvo los correspondientes a créditos hipotecarios y pignoratícios (art. 92.3° LC).
- iv) En atención a su naturaleza sancionadora son créditos subordinados los derivados de multas y demás sanciones pecuniarias (art. 92.4° LC).
- v) Con base en la mala fe de su titular se consideran subordinados los créditos cuyo titular haya sido declarado por sentencia parte de mala fe en actos perjudiciales para el concurso (art. 92.6° LC) y los de quienes han obstaculizado de forma reiterada el cumplimiento del contrato con obligaciones recíprocas en perjuicio del interés del concurso (art. 92.7° LC).
- vi) Las hipótesis más importantes de créditos subordinados son los que adquieren esta condición por razón de la proximidad de sus titulares con el deudor (art. 92.5° y 93 LC). En caso de sociedades la medida supone un instrumento de lucha contra la infracapitalización nominal en que la sociedad dispone de patrimonio suficiente para ejecutar las actividades que integran el objeto social, pero no es un patrimonio vinculado, es decir, no integra el capital social y, en consecuencia, no sirve de garantía de los acreedores.

4. *La lista de acreedores*

La importancia de la lista de acreedores no es discutible por cuanto solo los créditos relacionados en la misma como incluidos adquieren la consideración de créditos concurrentes, otorgando, por tanto, a sus titulares las facultades para ejercitar los derechos previstos en la LC. La lista comprende una relación de los acreedores incluidos y otra de los excluidos, ambas ordenadas alfabéticamente, referidos a la fecha de solicitud del concurso y el valor de las garantías constituidas en aseguramiento de los créditos que gocen de privilegio especial (art. 94.1 y 5 LC).

La relación de los acreedores incluidos expresará la identidad de cada uno de ellos, la causa, la cuantía por principal y por intereses, fechas de origen y vencimiento de los créditos reconocidos de que fuere titular, sus garantías personales o reales y su calificación jurídica, indicándose, en su caso, su carácter de litigiosos, condicionales o pendientes de la previa excusión del patrimonio del deudor princi-

pal. Se harán constar expresamente, si las hubiere, las diferencias entre la comunicación y el reconocimiento y las consecuencias de la falta de comunicación oportuna. Además, contendrá una clasificación de los acreedores con privilegio general o especial, respectivamente conforme a las siguientes clases: laborales, entendiéndose por tales los acreedores de derecho laboral; públicos, entendiéndose por tales los acreedores de derecho público; financieros, entendiéndose por tales los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera, y resto de acreedores, entre los cuales se incluirán los acreedores por operaciones comerciales y el resto de acreedores no incluidos en las categorías anteriores (art. 94.2 LC). La relación de los excluidos expresará la identidad de cada uno de ellos y los motivos de la exclusión (art. 94.3 LC).

La lista expresará asimismo el valor de las garantías constituidas en aseguramiento de los créditos que gocen de privilegio especial. Para su determinación se deducirán, de los nueve décimos del valor razonable del bien o derecho sobre el que esté constituida la garantía, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero, ni superior al valor del crédito privilegiado ni al valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoraticia que se hubiese pactado. El valor razonable a estos efectos ha de determinarse conforme prevé de modo expreso la LC (art. 94.5 LC).

III. LA FORMACIÓN DEL INVENTARIO DE LA MASA ACTIVA Y DE LA LISTA DE ACREEDORES

1. Los textos provisionales

La elaboración del inventario provisional de la masa activa es competencia de la administración concursal (art. 82.1 LC); si bien podrá proponer al juez el nombramiento de uno o varios expertos independientes para que le asesoren acerca de la estimación de los valores de bienes y derechos o de la viabilidad de las acciones a que se aludió antes (art. 83.1 LC). En el procedimiento ordinario, el inventario se presentará al juez como documento adjunto al informe de la administración concursal y, por tanto, con sujeción a los mismos plazos que este (arts. 74 y 75 LC). En el procedimiento abreviado ha de procederse a una presentación previa dentro de los 15 días siguientes a la aceptación del cargo (art. 191.1 LC).

Por su parte, la elaboración de la lista provisional se efectúa mediante un procedimiento en el que participan los acreedores y la administración concursal. La decisión de inclusión en la lista compete, en una primera fase, a la administración concursal a través del reconocimiento de créditos al que se aludió antes (art. 86

y concordantes LC). Tras el reconocimiento, la administración concursal elabora la lista provisional de acreedores, que debe presentar al juez como documento adjunto al informe del art. 75 LC (arts. 75.2 y 94.1 LC).

La presentación al juez del informe de la administración concursal y de la documentación complementaria se notificará a quienes se hayan personado en el concurso en el domicilio señalado a efectos de notificaciones y se publicará en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del juzgado (art. 95.2 LC); si bien el juez podrá acordar, de oficio o a instancia de interesado, cualquier publicidad complementaria que considere imprescindible, en medios oficiales o privados. Además, la administración concursal comunicará telemáticamente el informe a los acreedores de cuya dirección electrónica tenga conocimiento (art. 95.3 LC).

No obstante, con carácter previo a la presentación del informe al juez y de la remisión a los acreedores, con la antelación mínima prevista en la LC, la administración concursal está obligada a dirigir una comunicación electrónica a los acreedores que hubiesen comunicado sus créditos y de los que conste su dirección electrónica, informándoles del proyecto de inventario y de la lista de acreedores, estén o no incluidos en la misma. La misma comunicación se publicará en el Registro Público Concursal. Los acreedores podrán solicitar a la administración concursal, igualmente por medios electrónicos, hasta tres días antes de la presentación del informe al juez, que se rectifique cualquier error o que complementen los datos comunicados. La administración concursal dirigirá igualmente por medios electrónicos una relación de las solicitudes de rectificación o complemento presentadas al deudor y a los acreedores, la cual será también publicada en el Registro Público Concursal (arts. 95.1 y 191.3 LC).

2. *Los textos definitivos*

Los textos definitivos de ambos documentos se forman por la administración concursal con la inclusión de las modificaciones ordenadas por las sentencias resolutorias de los incidentes de impugnación (art. 96.5 LC) y de las modificaciones incluidas por la propia administración concursal en los casos que la LC autoriza. En efecto, una vez presentados los textos provisionales, cualquier interesado puede impugnarlos dentro del plazo legal (art. 96.1 LC). La impugnación del inventario podrá consistir en la solicitud de la inclusión o de la exclusión de bienes o derechos, o del aumento o disminución del avalúo de los incluidos (art. 96.2 LC). La impugnación de la lista de acreedores podrá referirse a la inclusión o a la exclusión de créditos, así como a la cuantía o a la clasificación de los reconocidos (art. 96.3 LC).

En el procedimiento ordinario las impugnaciones se sustanciarán por los trámites del incidente concursal, pudiendo el juez acumularlas de oficio para resolverlas conjuntamente, mediante sentencia (art. 96.5 LC). En cambio, en el procedimiento abreviado, el letrado de la administración de justicia formará pieza separada en la que se tramitará lo relativo a las impugnaciones, dando traslado de las mismas a la administración concursal, sin incoar incidente. Si acepta la pretensión, incorporará la modificación a los textos definitivos. Si se opone interpondrá demanda que se tramitará conforme a los cauces del juicio verbal con las especialidades previstas en la LC (arts. 191. 4 y 194.4 LC).

Tras las sentencias, o, en su caso, tras la decisión de la administración concursal, esta incluirá las modificaciones pertinentes en los textos provisionales al objeto de formar los definitivos, dentro del plazo fijado al efecto. Con esa finalidad deberá asimismo incluir las modificaciones de la lista provisional de acreedores que correspondan en los supuestos siguientes:

- i) Las derivadas del cumplimiento de la contingencia, condición o supuesto especial previsto en el art. 87 LC, con anterioridad a la finalización del plazo la presentación de los textos definitivos, de oficio o a solicitud del interesado (art. 87.8 LC).
- ii) Las que estime procedentes respecto de los nuevos créditos comunicados en el lapso de tiempo transcurrido desde la conclusión del plazo de impugnación y hasta la finalización del plazo de presentación de los textos definitivos (art. 96.5 LC). La decisión puede ser impugnada mediante el trámite del incidente concursal, pero la impugnación no impedirá la continuación de la fase de convenio o liquidación (art. 96 *bis* y 97 *ter* LC).

Como medida de agilización del procedimiento, cuando las impugnaciones afecten a menos del veinte por ciento del activo o del pasivo del concurso el juez podrá ordenar la finalización de la fase común y la apertura de la fase de convenio o de liquidación, sin perjuicio del reflejo que las impugnaciones puedan tener en los textos definitivos y las medidas cautelares que pueda adoptar para su efectividad (arts. 96.4 y 191.4. VI LC).

3. La modificación del inventario definitivo y de la lista definitiva de acreedores

A pesar de su denominación, estos documentos todavía pueden ser modificados. Tanto el inventario como la lista son susceptibles de cambios derivados de las alteraciones introducidas en el órgano de apelación ante recursos interpuestos contra las modificaciones introducidas por el juez al resolver otras impugnaciones

(art. 97.1 LC). De otro lado, la lista definitiva puede ser modificada en los siguientes supuestos (art. 97.3 LC):

- i) Cuando se resuelva la impugnación de las modificaciones introducidas por la administración concursal como consecuencia de los nuevos créditos comunicados en el lapso de tiempo transcurrido desde la conclusión del plazo de impugnación y hasta la finalización del plazo de presentación de los textos definitivos (arts. 96 *bis* y 97.3. I 1º LC).
- ii) Cuando, después de presentado el informe inicial de la administración concursal o el texto definitivo de la lista de acreedores, se inicie un procedimiento administrativo de comprobación o inspección del que pueda resultar créditos de Derecho Público de las Administraciones públicas y sus organismos públicos o se inicie un proceso penal o laboral que pueda suponer el reconocimiento de un crédito concursal (art. 97.3. I 2º y 3º LC).
- iii) Cuando, después de presentados los textos definitivos, se hubiera cumplido la condición o contingencia prevista o los créditos hubieran sido reconocidos o confirmados por acto administrativo, por laudo o por resolución procesal firme o susceptible de ejecución provisional con arreglo a su naturaleza o cuantía (art. 97.3. I 4º LC). Caso de resultar reconocidos, tendrán la clasificación que les corresponda con arreglo a su naturaleza, sin que sea posible su subordinación al amparo del artículo 92.1º (art. 97.3. II LC).
- iv) Cuando proceda la modificación o sustitución del acreedor inicial en la lista de acreedores. Esta se admitirá a favor de cualquier persona que haya realizado el pago, salvo que se trate de créditos salariales o por indemnización derivada de extinción laboral, en la que únicamente se tendrá en cuenta la subrogación del FOGASA (art. 97.4.1º LC).

Como regla general se mantendrá la clasificación correspondiente al acreedor inicial (art. 97.4. 5º LC), salvo en tres hipótesis: que se trate de créditos públicos con privilegio general, en cuyo caso únicamente mantendrán su carácter privilegiado cuando el acreedor posterior sea un organismo público (art. 97.4.2º LC); o en supuestos de pago por pago por avalista, fiador o deudor solidario, o cuando el acreedor posterior sea una persona especialmente relacionada con el concursado. En ambas hipótesis en la clasificación del crédito se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor inicial y al posterior (arts. 87.6 y 97.4. 3º y 4º LC).

La modificación del texto definitivo de la lista de acreedores sólo podrá solicitarse antes de que recaiga la resolución por la que se apruebe la propuesta de convenio o se presente en el juzgado el informe de la administración concursal

sobre conclusión del concurso por finalización de la liquidación o por insuficiencia de la masa activa (arts. 197 *bis* 1, 152 y 172 *bis* LC). A tal efecto los acreedores solicitarán la modificación a la administración concursal, que decidirá sobre la misma mediante un informe dirigido al juez. Si el informe fuera contrario al reconocimiento, se rechazará la solicitud, quedando a salvo el derecho del solicitante a promover incidente concursal. Si el informe es favorable a la modificación pretendida, se dará traslado a las partes personadas. Si no se efectúan alegaciones o no son contrarias a la pretensión formulada, el juez acordará la modificación por medio de auto sin ulterior recurso. En otro caso, el juez resolverá por medio de auto contra el que cabe interponer recurso de apelación (art. 97 *bis* 1 y 2 LC).

Es muy importante destacar que la tramitación de la solicitud no impedirá la continuación de la fase de convenio o liquidación, aunque a petición del solicitante, el juez del concurso podrá adoptar las medidas cautelares que considere oportunas en cada caso para asegurar su efectividad, cuando estime probable el reconocimiento (art. 97 *ter* 1 LC). Asimismo, la modificación acordada no afectará a la validez del convenio que se hubiera podido alcanzar o de las operaciones de liquidación o pago realizadas antes de la presentación de la solicitud o tras ella hasta su reconocimiento por resolución firme. No obstante, a petición de parte, el juez podrá acordar la ejecución provisional de la resolución a fin de que se admita provisionalmente la modificación pretendida en todo o en parte a los efectos del cálculo del voto del convenio o de que las operaciones de pago de la liquidación o convenio incluyan las modificaciones pretendidas. Sin embargo, estas cantidades se conservarán depositadas en la masa activa hasta que sea firme la resolución que decida sobre la modificación pretendida, salvo que garantice su devolución por aval o fianza suficiente (art. 97 *ter* 2 LC).

IV. CRÉDITOS CONTRA LA MASA

1. Caracterización

Los créditos contra masa se han caracterizado tradicionalmente por el hecho de que su nacimiento tiene lugar con posterioridad a la declaración del concurso o con ocasión de él; bien porque los genera el propio procedimiento concursal (vgr. costas y gastos judiciales); bien porque derivan de obligaciones nacidas tras la declaración. Esta nota permite diferenciarlos de la otra gran categoría de créditos que son los nacidos con anterioridad y que ocasionan la declaración de concurso, los créditos concursales, que integran la masa pasiva del concurso. A diferencia de estos últimos, los créditos contra la masa no forman parte de la masa pasiva del concurso. Sus titulares no son acreedores en la masa (pasiva), como son, al

contrario, los titulares de créditos concursales. Son acreedores de la masa (activa). Por consiguiente, la exclusión de los acreedores de la masa, de la masa pasiva del concurso es una simple consecuencia de su naturaleza, anudada al momento de su nacimiento, posterior a la declaración del concurso.

La LC mantiene esta misma consecuencia, excluyendo los créditos contra la masa de la masa pasiva (art. 84.1 LC), y asimismo su presupuesto, el nacimiento posterior del crédito. Pero, en este último caso, introduce ciertas excepciones al incluir entre ellos créditos que son *materialmente* concursales, normalmente con la pretensión de privilegiar al acreedor. Entre ellas destaca la relativa a los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional (art. 84.2.1º LC). En cualquier caso, los créditos que pueden merecer esta calificación están relacionados en la LC con carácter tasado, de forma que solo serán considerados como tales aquellos a los que la LC atribuya expresamente tal calificación (art. 84.1.12ª LC). La mayor parte de ellos están relacionados en el art. 84.1 LC, pero ocasionalmente también confiere ese carácter en otros preceptos.

2. Régimen jurídico

Como no podía ser de otra forma el régimen jurídico de los créditos contra la masa constituye una consecuencia de la naturaleza jurídica atribuida a los mismos. Se trata de créditos que no forman parte de la masa pasiva, de forma que no se ven afectados por ninguna de las normas ni principios aplicables a los créditos concursales. En este sentido se trata de créditos extra concursales. Corroborar esta conclusión la circunstancia de que, al regular la lista de acreedores, la Ley disponga que «se detallarán y cuantificarán los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago» (art. 94.4 LC) que ha de actualizarse cuando se presenta la lista definitiva (art. 96.5 LC), porque la propia Ley dispone que es una lista distinta al exigir que se elabore «en relación separada»; estando, además, referida solo a los créditos contra la masa «pendientes de pago». Es, por tanto, una simple relación de créditos contra la masa pendientes de pago, de carácter puramente informativo, que debe ir actualizándose paulatinamente. Por lo que la inclusión o no en el mismo no constituye en modo alguno presupuesto del pago.

Por consiguiente, su régimen jurídico es el ordinario por el que se regirían en caso de no existir concurso, a salvo las especialidades previstas expresamente para ellos en la LC, que les dispensa un tratamiento autónomo por lo que se refiere al reconocimiento, modo y tiempo de pago:

- i) La determinación de su existencia y cuantía ha de producirse al margen de las normas sobre reconocimiento, con sujeción únicamente a las que

gobiernan este tipo de créditos. Conforme a las mismas compete en exclusiva y de forma excluyente a los órganos del concurso con sujeción a las normas específicamente previstas para ellos (art. 84. 3 y 4 LC), de modo que la administración concursal ha de decidir en primera instancia, conservando en todo caso sus facultades discrecionales, aunque se trate de créditos, que, de ser concursales, estarían sometidos a reconocimiento obligatorio. Su decisión podrá ser impugnada ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal.

- ii) En relación con el pago, es importante destacar que los créditos contra la masa gozan de preferencia en el pago respecto de todos los créditos concursales, salvo cuando se trate de créditos con privilegio especial, ya que las deducciones para atender aquel solo podrán hacerse con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial (art. 154 LC). En cuanto al modo y tiempo del pago conviene distinguir dos situaciones, que la masa activa sea suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa o que no lo sea. El juicio acerca de la suficiencia se encomienda a la administración concursal.

Si la masa activa es suficiente para satisfacer todos los créditos contra la masa opera la regla general que deriva del carácter extraconcursal de estos créditos, de modo que se pagarán a sus respectivos vencimientos cualquiera que sea su naturaleza y el estado del concurso. No obstante, como especialidad concursal, la administración concursal podrá alterar esta regla cuando lo considere conveniente para el interés del concurso con el límite de que la postergación no podrá afectar a los créditos de los trabajadores, a los créditos alimenticios, ni a los créditos tributarios y de la Seguridad Social (art. 84.3 LC).

En caso de que la administración concursal considere que la masa activa no será suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa, es decir, que el concurso fracasará porque ni siquiera será posible pagar a un solo acreedor concursal –que no tenga un privilegio especial–, deberá proceder a pagar los créditos contra la masa conforme al orden siguiente, y, en su caso, a prorrata dentro de cada número, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación: 1º Los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional. 2º Los créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago. 3º Los créditos por alimentos, en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional. 4º Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso. 5º Los demás créditos contra la masa (art. 176 *bis* 2 LC).

En cualquier caso no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o administrativas para hacerlos efectivos hasta que se apruebe el convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos. Esta paralización no impedirá el devengo de los intereses, recargos y demás obligaciones vinculadas a la falta de pago del crédito a su vencimiento (art. 84.4 LC).

Lección 21

Modos de solución del concurso. El convenio

SUMARIO: I. CARACTERIZACIÓN. II. EL CONVENIO. 1. Caracterización. 2. Clases. 2.1. Caracterización. 2.2. El convenio anticipado. 2.2.1. La propuesta, la admisión a trámite y la evaluación. 2.2.2. Aceptación y aprobación judicial del convenio. 2.3. El Convenio ordinario. 2.3.1. La apertura de la fase de convenio. 2.3.2. La tramitación del convenio. 3. Conclusión del convenio. 3.1. La propuesta. 3.1.1. Contenido de la propuesta. 3.1.2. Los documentos adjuntos. 3.2. La aceptación. 4. La aprobación judicial. 4.1. Caracterización. 4.2. Supuestos. 4.2.1. Causas de Oposición y motivos de rechazo de oficio. 4.2.1.1. Infracción de normas legales. 4.2.1.2. Inviabilidad objetiva del cumplimiento del convenio. 4.2.2. Legitimación para formular oposición y procedimiento. 4.2.3. La decisión judicial. 4.3. Efectos de la aprobación judicial del convenio. 5. El cumplimiento del convenio. 6. La nulidad del Convenio.

I. CARACTERIZACIÓN

Considerando que la finalidad preponderante del concurso consiste en satisfacer los créditos que pesan sobre la masa activa del mismo, los modos de solución del concurso son los recursos legales previstos en la LC para conseguir ese objetivo. Estos recursos legales son dos, el convenio y la liquidación. Por intermedio del primero pretende alcanzarse dicho fin a través de un acuerdo entre el deudor y el conjunto de sus acreedores; mientras que la liquidación supone la conversión en dinero de los bienes y derechos que integran la masa activa mediante la realización de los mismos para el pago de los acreedores.

Entre ambos modos, sin duda el preferido por la LC es el convenio, que trata de promover a través de distintos incentivos. El motivo radica en que se estima que el convenio conjuga de manera más eficiente que la liquidación el objetivo predominante del concurso, esto es, la satisfacción de los acreedores, con su finalidad secundaria, que consiste en favorecer la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor. No obstante, este último propósito se advierte igualmente en la liquidación, en cuyo contexto la LC también apuesta por el mantenimiento de la empresa al impulsar la enajenación global de las unidades productivas.

II. EL CONVENIO

1. Caracterización

La estructura y naturaleza del convenio que regula la LC no difiere en esencia de los convenios que preveía la legislación anterior. En su estructura se advierte

en él el doble componente que caracterizaba a aquellos. Por un lado, la tradicional vertiente contractual presente en su génesis, que hace del mismo ante todo un acuerdo entre el concursado y sus acreedores surgido de la concurrencia de la oferta y la aceptación de la misma. Por otro lado, una vertiente procedimental o judicial derivada de su tramitación y de la necesidad de su aprobación judicial. Desde este punto de vista su rasgo más característico consiste en que se trata de un convenio de masa, en el sentido de que, si bien su aceptación requiere únicamente la concurrencia de las mayorías establecidas en la LC, su eficacia se extiende a todos los acreedores ordinarios, a los subordinados y a todos los demás acreedores anteriores a la declaración del concurso cuyos créditos no hubieran sido reconocidos en él y, en ciertas circunstancias, también a los acreedores privilegiados (art. 134 LC).

En lo relativo a su naturaleza, la teleología de la que se halla imbuido no presenta tampoco cambios esenciales. Es verdad que potenciándolo, como se hace, se persigue la conservación de la empresa, pero ésta no constituye un objetivo en sí misma, sino ante todo un medio para la satisfacción de los acreedores. Es, pues, como sus predecesores, un convenio básicamente solutorio, sin que los aspectos reorganizativos estén atendidos más que parcialmente y de forma subordinada a la finalidad satisfactiva. La declaración no es expresa, pero se deduce del conjunto del articulado y se encarga de corroborarla la propia Exposición de Motivos de la LC, aunque es cierto que en las últimas reformas LC se ha pretendido incrementar el matiz conservativo relacionado con la continuidad de la actividad empresarial o profesional.

2. Clases

2.1. Caracterización

La LC admite dos formas de tramitar el convenio, que permiten distinguir dos tipos de convenios. Por un lado, el convenio anticipado, por otro el convenio ordinario. Frente a este último, el convenio anticipado se caracteriza por dos notas. En primer término, porque su tramitación es siempre y únicamente escrita. Frente al convenio ordinario, que puede concluirse en Junta de acreedores y/o de manera escrita, según los casos, el anticipado se acepta por los acreedores en forma de adhesión escrita a la propuesta presentada por el deudor.

En segundo lugar y, sobre todo, porque la propuesta del deudor y la aceptación de los acreedores tienen lugar durante la fase común del procedimiento, es decir, sin que proceda abrir la fase de convenio propiamente dicha (art. 109.2 LC). Mientras que en el convenio ordinario la propuesta se presenta al final de la fase

común o ya en la fase de convenio y se acepta, en su caso, durante esta última, en el convenio anticipado se produce una superposición de trámites, los correspondientes a la fase común y los propios de la tramitación del convenio anticipado. Resulta claro por ello que es una medida con la que se intenta favorecer la rápida consecución del convenio y, a la vez, agilizar y abreviar la tramitación de este. Y, por consiguiente, reducir los costes temporales y económicos del procedimiento y permitir un mayor grado de satisfacción de los acreedores, en un momento en que todavía la incapacidad del patrimonio del deudor para hacer frente a las deudas que pesan sobre él no sea irreversible. Logrando rápidamente el convenio se evita adicionalmente el deterioro del patrimonio del concursado. Así lo reconoce la propia Exposición de Motivos de la LC.

Con el objeto de incentivar la conclusión de este tipo de convenios, la LC permite que el deudor posponga el deber de solicitar el concurso con el único requisito de que comunique al juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (art. 5 *bis* 1 LC), en los términos analizados en la lección 19. Asimismo, durante el plazo de suspensión del deber no se admitirán solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos del deudor (art. 15.3 LC). Con idéntico objetivo, desde la presentación de la comunicación al juzgado de inicio de negociaciones, salvo que se trate de créditos de derecho público, no podrán iniciarse o, en su caso, quedarán suspendidas las ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, hasta que se hayan obtenido las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio; o transcurran tres meses. Los acreedores con garantía real podrán iniciar la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía, pero quedará suspendida igualmente en los términos anteriores (art. 5 *bis* 1 y 4 LC).

2.2. El convenio anticipado

2.2.1. *La propuesta, la admisión a trámite y la evaluación*

La propuesta anticipada únicamente puede ser presentada por el concursado. El plazo de presentación comienza desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y termina cuando expiración el plazo de comunicación de créditos (art. 104.1 LC). Como regla general todo concursado está legitimado para efectuar la presentación. Sin embargo, la LC consagra dos excepciones a este respecto. No le está permitido a quien haya pedido la liquidación, ni al que esté incurso en alguna de las prohibiciones previstas en la LC (arts. 104.1 y 106.3 LC).

En concreto las prohibiciones afectan, en primer lugar, a quien haya sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores. En caso de deudor persona jurídica, se dará esta causa de prohibición si hubiera sido condenado por cualquiera de estos delitos alguno de sus administradores o liquidadores de quienes lo hubieran sido en los tres años anteriores a la presentación de la propuesta de convenio. En segundo término, a quien haya incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales (art. 105 LC).

Presentada la propuesta, el juez ha de resolver sobre su admisión a trámite, inadmitiendo, salvo subsanación en el plazo legal (art. 106.2 LC), las siguientes (art. 106.1 y 3 LC):

- i) Aquellas cuyas adhesiones no se hayan formulado en la forma establecida en la LC o que no alcancen la proporción del pasivo exigida. A este respecto es importante tener en cuenta que la propuesta deberá ir acompañada de adhesiones de acreedores de cualquier clase, prestadas en la forma establecida en la LC y cuyos créditos superen la quinta parte del pasivo presentado por el deudor, salvo que la propuesta se presente con la propia solicitud de concurso voluntario, en cuyo caso bastará con que las adhesiones alcancen la décima parte del mismo pasivo.
- ii) Aquellas que infrinjan las normas previstas en la LC sobre el contenido de la propuesta de convenio.
- iii) Aquellas presentadas por un deudor incurso en alguna de las prohibiciones anteriores.

Admitida a trámite, el contenido de la propuesta de convenio ha de ser evaluado por la administración concursal en atención al plan de pagos y, en su caso, al plan de viabilidad que la acompañen. Si la evaluación fuera favorable, se unirá al informe de la administración concursal. Si fuese desfavorable o contuviere reservas, se presentará en el más breve plazo al juez, quien podrá dejar sin efecto la admisión de la propuesta anticipada o la continuación de su tramitación con unión del escrito de evaluación al referido informe. Contra el auto que resuelva sobre estos extremos no se dará recurso alguno (art. 107 LC). Por consiguiente, la emisión del escrito de evaluación es preceptiva, pero la opinión de la administración concursal tiene una muy relativa incidencia en la prosecución del procedimiento, pues la decisión compete al juez.

2.2.2. *Aceptación y aprobación judicial del convenio*

La aprobación del convenio por los acreedores se efectúa mediante adhesiones escritas, que han de ser formuladas en forma y dentro de los plazos legales, que difieren según se trate de procedimiento ordinario o abreviado (arts. 108.1 y 191*bis* 2 LC). La adhesión es irrevocable, salvo que se haya manifestado antes de la presentación de la lista definitiva de acreedores. En este supuesto, cuando la clase o la cuantía del crédito expresadas en la misma resultaren modificadas en la redacción definitiva de la lista de acreedores, la adhesión podrá ser revocada. De no revocarse, el acreedor se tendrá por adherido en los términos que resulten de la redacción definitiva de la lista (art. 108.2 LC).

Si las adhesiones presentadas alcanzan la mayoría legalmente exigida, el letrado de la administración de justicia, mediante decreto, proclamará el resultado (arts. 109.1 y 191 *bis* 3 LC) y el juez declarará aprobado el convenio y pondrá fin a la fase común del concurso, sin apertura de la fase de convenio, mediante sentencia, salvo que se haya formulado oposición al mismo o proceda su rechazo de oficio en los términos que luego se analizarán (arts. 109.2 y 191 *bis* 3 LC). Si las adhesiones presentadas no alcanzan la mayoría, el juez requerirá de inmediato al deudor para que manifieste si mantiene la propuesta anticipada de convenio, la modifica o formula otra nueva para su sometimiento a la junta de acreedores o desea solicitar la liquidación (art. 110.1 LC) y dictará auto abriendo la fase de convenio o liquidación, según corresponda (art. 109.1 LC).

2.3. El Convenio ordinario

2.3.1. *La apertura de la fase de convenio*

La apertura de la fase de convenio se ordena por el juez en el mismo auto por el que pone fin a la fase común, siempre que el concursado no haya solicitado la liquidación y el juez no haya aprobado un convenio anticipado (art. 111.1 LC). Es decir, procede aunque no se haya presentado propuesta de convenio alguna. Es importante destacar que, declarada la apertura de la fase de convenio y durante su tramitación seguirán siendo aplicables las normas establecidas para la fase común (art. 112 LC).

2.3.2. *La tramitación del convenio*

La legitimación para presentar propuestas de convenio en esta fase se atribuye al concursado, siempre que no haya solicitado la liquidación, incluso aunque ha-

ya presentado propuesta anticipada que no fuera aceptada, pues, en este último caso, puede mantenerla, modificarla o formular otra nueva. (arts. 110.1, 111.2 IV y 113.1 LC). Corresponde también a los acreedores cuyos créditos consten en el concurso y superen, conjunta o individualmente, una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores, siempre que el concursado no hubiera solicitado la liquidación (art. 113.1 LC). La LC prevé dos plazos sucesivos de presentación, pero el segundo tiene carácter subsidiario, de modo que solo se abre cuando no hubiere sido presentada ninguna propuesta en la primera (art. 113 LC).

Presentada la propuesta de convenio, el juez ha de resolver sobre su admisión a trámite, salvo que se trate de una propuesta anticipada mantenida en esta fase (art. 111.2 V LC) ya que, en ese caso, se pronunció sobre ella en la fase común. El juez inadmitirá las propuestas que no cumplan las condiciones de tiempo, forma y contenido establecidas en la LC, salvo subsanación, y todas las que se presenten si el concursado tuviera solicitada la liquidación (art. 114.1 LC).

Admitida a trámite la propuesta de convenio, habrá de ser evaluada por la administración concursal, salvo que se trate de propuesta anticipada mantenida en esta fase, ya que esta fue objeto de este trámite con anterioridad (arts. 107.2 y 111.2 V LC). La evaluación se realizará en los mismos términos que se indicaron en el convenio anticipado. Ahora, sin embargo, la incidencia de tal evaluación es aún menor que allí, pues, sea favorable, desfavorable o contenga reservas, simplemente, se unirá al informe de la administración concursal, si fue emitido antes de la presentación del mismo o, de haberlo sido después, se pondrá de manifiesto en la Oficina Judicial y será comunicada por la administración concursal de forma telemática a los acreedores de cuya dirección electrónica se tenga conocimiento (arts. 75.2 y 115.2 LC).

La aceptación del convenio por los acreedores tendrá lugar previa convocatoria de junta de acreedores, salvo que el número de acreedores exceda de 300, en cuyo caso el juez podrá acordar la tramitación escrita (arts. 111.2 y 115 *bis* LC). No obstante, a pesar de la convocatoria de junta, los acreedores pueden optar por formular su voto en la misma; o bien, mediante adhesión escrita (art. 115.3 LC). De alcanzarse las mayorías necesarias para la aceptación de una propuesta de convenio, no procederá la sumisión a aprobación de las restantes, sometiéndose el convenio aceptado a la aprobación del juez, que lo homologará mediante sentencia, salvo que se haya formulado oposición al mismo o proceda su rechazo de oficio en los términos que luego se analizarán (arts. 115 *bis*, 121.5, 127, 130 y 131 LC).

3. *Conclusión del convenio*

3.1. *La propuesta*

3.1.1. *Contenido de la propuesta*

A pesar del componente contractual propio del convenio, la LC restringe el ámbito de autonomía de la voluntad de las partes al determinar el contenido de la propuesta de convenio. En este marco dispone un contenido esencial, que ha de reunir toda propuesta, sujeto, además, a limitaciones legales, un contenido prohibido y un contenido facultativo, que tiene carácter adicional respecto del contenido esencial, de modo que solo si se ha previsto aquel, puede incluirse este último, pero que también está sometido a restricciones. El contenido esencial, que no puede faltar en ningún convenio, comprende la imposición de ciertas limitaciones a los créditos, que pueden ser relativas, bien a la cuantía de los mismos (quita o remisión de una parte), o al tiempo de pago (espera o dilación en la fecha del vencimiento), propuestas que pueden acumularse (art. 100.1 LC). Ahora bien, la determinación del plazo de espera no es libérrima. No podrá ser superior a diez años [art. 124.1 b) LC]. Los plazos de espera de los acreedores subordinados se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de los ordinarios (art. 134.1.II LC).

El contenido prohibido comprende la inclusión en la propuesta de la alteración de la clasificación de créditos establecida por la LC y que consista en la liquidación global del patrimonio del concursado para satisfacción de sus deudas (art. 100.3 LC). Fuera de ello se admite cualquier otro contenido adicional, si bien sometido a las limitaciones y matizaciones previstas en la LC que afectan en particular a la conversión de créditos en préstamos participativos, a la cesión de bienes en pago o para pago, a la transmisión de unidades productivas y a la conversión del crédito en acciones o participaciones. La conversión de créditos en préstamos participativos no podrá exceder de diez años [art. 124.1 b) LC]. La cesión de bienes en pago o para pago, no podrá afectar a aquellos que sean necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado (art. 100.3 LC). En estos casos, si el valor razonable de los mismos, calculado conforme a lo dispuesto en la LC, es igual o inferior al crédito determinará la extinción de este. Si fuese superior, la diferencia se integrará en la masa activa. En caso de bienes afectos a garantía, la cesión se admite siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda (art. 100.3 y 155.4 LC). En ninguna hipótesis se impondrá la cesión en pago a los acreedores públicos (art. 100.3 LC).

También podrán incluirse en la propuesta de convenio proposiciones de enajenación del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada, pero las proposiciones incluirán necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y se someterá al régimen imperativo previsto para este tipo de cesiones en la LC. En estos casos, además, deberán ser oídos los representantes legales de los trabajadores (arts. 100.2 y 146 *bis* LC). De otro lado, la conversión de créditos en acciones o participaciones sociales, con o sin prima, podrá realizarse aunque los créditos a compensar no sean líquidos, no estén vencidos o no sean exigibles y para la adopción por la junta general de socios del acuerdo de aumentar el capital social por conversión no será necesaria la mayoría reforzada establecida por la LSC o por los estatutos sociales (*art. 100.2 LC*).

Las propuestas adicionales pueden configurarse como alternativas (arts. 100.2 y 102 LC). Estas últimas suponen la concesión a todos o a algunos de los acreedores de la facultad de elegir entre varias opciones. En dichas hipótesis, la propuesta deberá determinar la aplicable en caso de falta de ejercicio de la facultad de elección. Sin embargo, el sometimiento de la eficacia del convenio a cualquier clase de condición es inadmisibles. En este caso, la propuesta se tendrá por no presentada. Por excepción, en el supuesto de concursos conexos, la propuesta que presente uno de los concursados podrá condicionarse a que se apruebe con un contenido determinado el convenio de otro u otros (*art. 101 LC*).

Alude también la LC a la posibilidad de que se encomiende a todos o a alguno de los administradores concursales el ejercicio de cualesquiera funciones, con el previo consentimiento de los interesados y fijando la remuneración que se considere oportuna (*art. 133.4 LC*). Permite asimismo que se incluyan medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor, que serán inscribibles en los registros públicos correspondientes y, en particular, en los que figuren inscritos los bienes o derechos afectados por ellas. La inscripción no impedirá el acceso a los registros públicos de los actos contrarios, pero perjudicará a cualquier titular registral la acción de reintegración de la masa que, en su caso, se ejercite y, además, su infracción constituirá incumplimiento del convenio (*art. 137 LC*).

3.1.2. *Los documentos adjuntos*

Las propuestas deberán presentarse acompañadas de dos documentos. En todo caso, se adjuntará el plan de pagos, en el que se detallan los recursos

previstos para su cumplimiento (art. 100.4 LC). Adicionalmente, cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta deberá ir acompañada, además, de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros (art. 100.5 I LC). Los créditos que se concedan al concursado para financiar el plan de viabilidad se satisfarán en los términos fijados en el convenio (art. 100.5 II LC). En caso, de apertura posterior de la liquidación, el 50% de estos créditos se considerará crédito contra la masa siempre que sus titulares no sean personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 84.2 11º LC).

3.2. La aceptación

Conforme al componente contractual del convenio, la propuesta ha de ser aceptada por los acreedores. La aceptación puede efectuarse mediante adhesión o voto. Necesariamente se realizará por adhesión en el convenio anticipado y en el convenio ordinario tramitado por escrito. En caso de convenio ordinario tramitado con junta de acreedores, el acreedor puede optar entre emitir voto o formular adhesión. La adhesión se realiza por escrito, bien mediante comparecencia ante el letrado de la administración de justicia; bien mediante instrumento público, y habrá de expresar la cuantía del crédito o de los créditos de que fuera titular el acreedor, así como su clase (art. 103.3 LC). Ha de pura y simple, de modo que no es posible introducir modificación ni condicionamiento alguno. En otro caso, se tendrá al acreedor por no adherido (art. 103.2 LC).

Como regla general es irrevocable. Por excepción, es revocable la formulada en el convenio anticipado cuando la clase o la cuantía del crédito expresadas en la adhesión resultaren modificadas en la redacción definitiva de la lista de acreedores, pero si el acreedor no ejercita dicha facultad en el plazo legal, se le tendrán por adherido en los términos que resulten de la redacción definitiva de la lista (art. 108.2 LC), tanto si se trata de convenio anticipado, como si el deudor mantiene la propuesta anticipada para someterla a aceptación en la fase de convenio (art. 110.2 LC). Sin embargo, nunca condiciona el sentido del voto (art. 115.3 LC).

Ostentan derecho de adhesión y voto los acreedores ordinarios y los privilegiados (art. 122.1 LC). En ningún caso disfrutan de estos derechos los acreedores subordinados, incluidos, en particular, aquellos especialmente relacionados que hubiesen adquirido su crédito por actos entre vivos después de la declaración de

concurso (art. 122.1.1 LC). Por otra parte, los acreedores titulares de créditos contingentes tienen suspendidos los derechos de adhesión y de voto en tanto no se confirmen dichos créditos o se reconozcan en sentencia firme o susceptible de ejecución provisional, en cuyo caso recuperarán ambos derechos (art. 87.3 LC). Con todo, es conveniente indicar que el acreedor legitimado retiene en todo caso la posibilidad de emitir una declaración positiva o negativa en torno a la propuesta de convenio. Si la declaración se expresa mediante voto en junta, este podrá ser a favor o en contra de la propuesta. Si se realiza de forma escrita, la declaración de aceptación se expresa mediante la adhesión. Si la declaración es contraria a la aceptación deberá efectuarse con los mismos requisitos previstos para las adhesiones [art. 124 1 a) II LC].

La aprobación del convenio por los acreedores exige reunir las mayorías establecidas en la LC. Los porcentajes se calculan sobre la base del pasivo ordinario, pero se adicionan a él los votos o adhesiones de los acreedores privilegiados que voten a favor de la propuesta (art. 124.2 LC). Cuando la propuesta de convenio contenga quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito; esperas por un plazo no superior a cinco años; o, en el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo, se requiere el 50 por ciento del pasivo computable. Si comprende cualquier otro contenido se requiere la aceptación del 65 por ciento del pasivo computable. No obstante, cuando la propuesta consista en el pago íntegro de los créditos ordinarios en plazo no superior a tres años o en el pago inmediato de los créditos ordinarios vencidos con quita inferior al veinte por ciento, será suficiente que vote a su favor una porción del pasivo superior a la que vote en contra (art. 124.1 LC).

La LC prevé, además, dos reglas especiales en supuestos particulares (art. 125 LC): i) para que se considere aceptada una propuesta de convenio que atribuya un trato singular a ciertos acreedores o a grupos de acreedores determinados por sus características será preciso, además de la obtención de la mayoría que corresponda conforme al artículo anterior, el voto favorable, en la misma proporción, del pasivo no afectado por el trato singular. A estos efectos, no se considerará que existe un trato singular cuando la propuesta de convenio mantenga a favor de los acreedores privilegiados que voten a su favor ventajas propias de su privilegio, siempre que esos acreedores queden sujetos a quita, espera o a ambas, en la misma medida que los ordinarios; y ii) no podrá someterse a deliberación la propuesta de convenio que implique nuevas obligaciones a cargo de uno o varios acreedores sin la previa conformidad de éstos, incluso en el caso de que la propuesta tenga contenidos alternativos o atribuya trato singular a los que acepten las nuevas obligaciones

4. *La aprobación judicial*

4.1. Caracterización

La obtención de las mayorías que determinan la aceptación de la propuesta de convenio por los acreedores no implica por sí la eficacia del mismo. Su vertiente procesal exige la necesidad de someterlo a la aprobación judicial. No obstante, como regla general dicho trámite no incluye un «juicio de mérito» o de «oportunidad» del contenido del convenio, sino un mero control de legalidad. El juez, en efecto, debe aprobar el convenio aceptado por los acreedores salvo que exista oposición o causa de rechazo de oficio. Pero estas últimas se limitan a motivos relacionados con la infracción de normas legales. Sólo en caso de oposición por sujeto legitimado se incluye entre ellos uno que habilita la formulación de aquel juicio de oportunidad, pero, como se verá, con unos contornos bien limitados.

4.2. Supuestos

4.2.1. *Causas de Oposición y motivos de rechazo de oficio*

Tanto las causas de oposición como los motivos de rechazo de oficio a la aprobación del convenio por el juez tienen carácter taxativo. Los supuestos constitutivos de causas de oposición y motivos de rechazo son comunes cuando se trata de circunstancias que afectan a la infracción de normas legales. Por el contrario la relativa a la inviabilidad objetiva de cumplimiento del convenio, sólo puede esgrimirse como causa de oposición, no como motivo de rechazo de oficio.

4.2.1.1. Infracción de normas legales

Constituyen causas de oposición y motivos de rechazo de oficio la infracción de las normas que la LC establece sobre el contenido del convenio, la forma y el contenido de las adhesiones, las reglas sobre tramitación escrita, la constitución de la junta o su celebración. Se consideran incluidos entre los motivos de infracción legal los supuestos en que la adhesión o adhesiones decisivas para la aprobación de una propuesta anticipada de convenio o tramitación escrita, o, en su caso, el voto o votos decisivos para la aceptación del convenio por la junta, hubieren sido emitidos por quien no fuere titular legítimo del crédito u obtenidos mediante maniobras que afecten a la paridad de trato entre los acreedores ordinarios (arts. 128.1 III y IV y 131.1 LC). Ahora bien, salvo en estos dos últimos supuestos, no podrá formularse oposición fundada en infracción legal en la constitución o en la celebración de la junta por quien, habiendo asistido a ésta, no la hubiese de-

nunciado en el momento de su comisión, o, de ser anterior a la constitución de la junta, en el de declararse constituida (art. 128.4 LC).

4.2.1.2. Inviabilidad objetiva del cumplimiento del convenio

Constituye causa de oposición a la aprobación judicial del convenio el que su cumplimiento sea objetivamente inviable (art. 128.2 LC). Aunque el supuesto aparezca formalmente como motivo de oposición, el juez no constata la legalidad de un hecho, sino que decide sobre una situación de contornos indeterminados, por lo que puede afirmarse que es este el único caso en que hay una aprobación en sentido propio, no un mero control de legalidad, sino un verdadero control de oportunidad, ya que se obliga al juez a valorar el contenido del convenio desde el punto de vista de su aptitud para ser cumplido. En la generalidad de los casos esto significará preferentemente contrastarlo con el plan de pagos y con el plan de viabilidad que hubieran acompañado a la Propuesta en relación con los escritos de evaluación de la misma que obligatoriamente ha de formular la administración concursal.

Con todo, los poderes que se atribuyen al juez se hallan restringidos, ya que no se le concede la posibilidad de cambiar los términos del convenio. Si desestima la oposición sólo está autorizado a aprobarlo sin introducir alteración alguna en sus términos. Únicamente podrá «fijar su correcta interpretación, cuando sea necesario para resolver sobre la oposición formulada» y «subsanan errores materiales o de cálculo» (art. 129.1 LC). De estimarla, rechazará sin más el convenio, abriendo de oficio la fase de liquidación (art. 143.1.3º).

4.2.2. *Legitimación para formular oposición y procedimiento*

Si la causa de oposición radica en motivos constitutivos de infracción legal, están activamente legitimados para formular oposición a la aprobación del convenio la administración concursal, los acreedores no asistentes a la junta, los que en ella hubieran sido ilegítimamente privados del voto y los que hubieran votado en contra de la propuesta de convenio aceptada por mayoría, así como, en caso de propuesta anticipada de convenio o tramitación escrita, quienes no se hubiesen adherido a ella (art. 128.1.II LC).

Si el motivo consiste en que el cumplimiento del convenio es objetivamente inviable, la legitimación se reduce pues solo compete los acreedores anteriores que, individualmente o agrupados, sean titulares, al menos, del cinco por ciento de los créditos ordinarios y a la administración concursal (art. 128.2 LC). En todo

caso, si esta última está integrada por dos miembros la decisión ha de contar con la anuencia de ambos (art. 35.2 LC).

También está legitimado el concursado que no haya formulado la propuesta aceptada ni haya manifestado su conformidad a la misma siempre y cuando la causa de oposición consista en la infracción de preceptos legales. Pero, en cualquier caso, sin necesidad de justificar causa alguna, puede pedir directamente la apertura de la fase de liquidación (art. 128.3 LC). De otro modo quedará sujeto al convenio que resulte aprobado. La oposición se ventilará por los cauces del incidente concursal (art. 129.1 LC).

4.2.3. *La decisión judicial*

De no apreciarse motivo de rechazo de oficio o causa de oposición, el juez declarará aprobado el convenio mediante sentencia, sin que en ningún caso pueda modificarlo, aunque sí fijar su correcta interpretación cuando sea necesario para resolver sobre la oposición formulada. El juez podrá también subsanar errores materiales o de cálculo (arts. 129.1 y 130 LC). En otro caso, rechazará el convenio aprobado por los acreedores (arts. 129.1 y 131.1 LC). Los efectos de este rechazo difieren según la índole del motivo o causa.

- i) Si el rechazo se fundamenta en la existencia de una infracción legal en la constitución o en la celebración de la junta, el juez acordará que el letrado de la administración de justicia convoque nueva junta con los mismos requisitos de publicidad y antelación establecidos con carácter general, que habrá de celebrarse dentro del mes siguiente a la fecha de la sentencia (arts. 111.2, 129.2 I y art. 131.3 LC). En esta junta se someterá a deliberación y voto la propuesta de convenio que hubiese obtenido mayoría en la anterior. De resultar rechazada, se someterán todas las demás propuestas admitidas a trámite, por el orden establecido en la LC (arts. 121 y 129.2 II LC).
- ii) Si el defecto consiste en la infracción de las normas sobre tramitación escrita, el juez podrá acordar que el letrado de la administración de justicia convoque junta en los términos anteriores o que se proceda a nueva tramitación escrita por un plazo no superior a treinta días desde la fecha de la sentencia (arts. 129.2 III y 131.4 LC).
- iii) Si la infracción apreciada afectase a la forma y contenido de algunas de las adhesiones, el juez concederá el plazo de un mes para que aquéllas se formulen con los requisitos y en la forma establecidos en la LC, transcurrido el cual dictará la oportuna resolución (art. 131.2 LC).

- iv) Si el motivo de rechazo consiste en la infracción legal en el contenido del convenio o en la inviabilidad objetiva de su cumplimiento declarará rechazado el convenio de forma definitiva mediante sentencia, contra la que podrá presentarse recurso de apelación (art. 129.3 LC).

4.3. Efectos de la aprobación judicial del convenio

La aprobación judicial del convenio confiere eficacia al mismo desde la misma fecha de la sentencia que la declare, aunque no es firme, ya que contra ella cabe recurso de apelación. No obstante, por razón del contenido del convenio, el juez podrá retrasar dicha eficacia, total o parcialmente, a la fecha en que la aprobación alcance firmeza (art. 133.1 LC). La eficacia del convenio comprende la cesación de los efectos de la declaración del concurso y la vinculación al convenio del concursado y de sus acreedores en los términos que se exponen a continuación.

Desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, salvo los deberes de colaboración e información impuestos al deudor, a sus administradores, liquidadores y apoderados generales, que subsistirán hasta la conclusión del procedimiento (arts. 42 y 133.2 LC). Entre esos efectos se incluye el cese de la administración concursal, que deberá rendir cuentas de su actuación ante el juez (art. 133.2). No obstante su cese, conservará plena legitimación para continuar los incidentes en curso, pudiendo solicitar la ejecución de las sentencias y autos que se dicten en ellos, hasta que sean firmes, así como para actuar en la sección de calificación hasta que recaiga sentencia firme (art. 133.3 LC).

El convenio vincula a su cumplimiento al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos o en el caso de los primeros, a pesar de que no hayan votado a favor del mismo o no se hayan adherido (art. 134.1 I LC). Aunque los acreedores subordinados quedan afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los ordinarios, los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de estos últimos, con la salvedad de que acepten propuestas alternativas de conversión de sus créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos (art. 134.1 II LC).

Por el contrario, como regla general, los acreedores privilegiados sólo quedarán vinculados al contenido del convenio si hubieren votado a favor de la propuesta o si su firma o adhesión a aquélla se hubiere computado como voto favorable. Además, podrán vincularse al convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el juez, mediante adhesión prestada en forma antes de la declaración judicial de su cumplimiento, en cuyo caso quedarán afectados por el convenio (art. 134.2

LC). No obstante, los acreedores privilegiados quedarán también vinculados al convenio cuando concurren las mayorías de acreedores de su misma clase determinadas en la LC. En el caso de acreedores con privilegio especial, el cómputo de las mayorías se hará en función de la proporción de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas dentro de cada clase. En el caso de los acreedores con privilegio general, el cómputo se realizará en función del pasivo aceptante sobre el total del pasivo que se beneficie de privilegio general dentro de cada clase. Las mayorías difieren según el contenido de la propuesta. Cuando la propuesta de convenio contenga quitas iguales o inferiores a la mitad del importe del crédito; esperas con un plazo no superior a cinco años; o, en el caso de acreedores distintos de los públicos o los laborales, la conversión de deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo, se exigirá el 60 por ciento. En el resto de supuesto, el 75 por ciento (art. 134.3 LC).

La vinculación supone que los créditos queden extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio (art. 136 LC). No obstante esta consecuencia reviste carácter claudicante puesto que desaparece en caso de incumplimiento del convenio (art. 140.4 LC). Por otra parte, los efectos del convenio únicamente se proyectan sobre el concursado. No alcanzan, como regla, a terceros responsables del pago de los créditos, salvo que el acreedor preste su aquiescencia. Por este motivo, los acreedores que no hubiesen votado a favor del convenio no quedarán vinculados por éste en cuanto a la subsistencia plena de sus derechos frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación ni los efectos del convenio en perjuicio de aquéllos (art. 135.1 LC). Por otro lado, a pesar del voto favorable al convenio, la responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores o avalistas del concursado frente a los acreedores se regirá por las normas aplicables a la obligación que hubieren contraído o por los convenios, que sobre el particular hubieran establecido (art. 135.2 LC).

5. El cumplimiento del convenio

Durante el período de cumplimiento del convenio el deudor informará al juez del concurso acerca del mismo con la periodicidad semestral señalada en la LC (art. 138 LC). Una vez que estime íntegramente cumplido el convenio, presentará al Juez del concurso el informe correspondiente con la justificación adecuada y solicitará la declaración judicial de cumplimiento. Transcurrido el plazo legal, tras la puesta de manifiesto del informe y la solicitud, el juez declarará cumplido el convenio mediante auto, si así lo estimare (art. 139. 1y 2 LC).

No obstante, cualquier acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte podrá solicitar del juez la declaración de incumplimiento, aún después de la publicación del auto de cumplimiento (art. 140.1 LC). Como motivo de incumplimiento podrá aducirse también la infracción de las medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición (art. 137.1 LC). La solicitud se tramitará por el cauce del incidente concursal (art. 140.2 LC) y se resolverá mediante sentencia apelable (art. 140.3 LC).

La sentencia que declare el incumplimiento del convenio supondrá la rescisión de éste y la desaparición de los efectos sobre los créditos (art. 140.4 LC). Asimismo provoca la apertura de oficio de la fase de liquidación (art. 143.1.4º LC). No obstante, si el incumplimiento afectase a acreedores con privilegio especial que hubiesen quedado vinculados al convenio por decisión mayoritaria de la clase a la que pertenecen o que se hubiesen adherido voluntariamente al mismo, podrán iniciar o reanudar la ejecución separada de la garantía desde la declaración de incumplimiento con independencia del inicio de la fase de liquidación. En este caso, el acreedor ejecutante hará suyo el montante resultante de la ejecución en cantidad que no exceda de la deuda originaria, correspondiendo el resto, si lo hubiere, a la masa activa del concurso (arts. 140.4 y 134.3 LC). Por el contrario la declaración de cumplimiento obliga al juez a dictar auto de conclusión del concurso (art. 141 LC).

6. La nulidad del Convenio

La LC únicamente se refiere a la posibilidad de declarar la nulidad del convenio aprobado por el juez para incluir la nulidad como motivo de apertura de oficio de la liquidación (art. 143.1.4º LC). Por eso su régimen jurídico debe construirse sobre la base de las normas generales que regulan la nulidad. El hecho, no obstante, de que en el convenio se aprecie un doble componente contractual y procesal induce a considerar que aquellas normas generales son las que rigen los contratos y, además, los actos procesales. Asimismo, ambas tendrán que ser coordinadas con las reglas previstas en la LC en la medida en que proceda por analogía.

Modos de solución del concurso. La liquidación

SUMARIO: I. LA APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN. II. EFECTOS DE LA APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN. 1. Caracterización. 2. Efectos sobre el concursado. 2.1. Efectos sobre el concursado persona natural. 2.2. Efectos sobre el concursado persona jurídica. 2.2.1. Efectos sobre la persona jurídica. 2.2.2. Efectos sobre los órganos de la persona jurídica. 3. Efectos sobre los créditos. III. LAS OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN. 1. Caracterización. 2. La liquidación del activo. 2.1. El plan de liquidación. 2.2. Las reglas supletorias. 2.3. Las operaciones de liquidación del activo. 3. La liquidación de pasivo. 3.1. Caracterización y créditos afectados. 3.2. La prelación en el pago. 3.3. Las operaciones de liquidación del pasivo. IV. DEBERES DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL. SANCIONES.

I. LA APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN

La apertura de la fase de liquidación compete al juez del concurso mediante auto, que emitirá; bien a instancia de parte legitimada, bien de oficio en los siguientes supuestos:

- i) En caso de solicitud del concursado. El deudor está facultado para pedir la liquidación en cualquier momento. En la hipótesis general, dentro de los diez días siguientes a la solicitud el juez dictará auto abriendo la fase de liquidación (art. 142.1 LC). Si la petición se efectúa en la misma solicitud de concurso y procede la aplicación del procedimiento abreviado, el juez acordará de inmediato la apertura de la fase de liquidación (arts. 190.3 y 191.1 *ter* LC). De modo que la apertura puede proceder aun cuando no haya finalizado la fase común del concurso o incluso esté comenzando. La solicitud del deudor vincula la decisión del juez, de modo que este último está obligado a declarar la apertura en todo caso. Por otra parte, el deudor está obligado a pedir la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél. Presentada la solicitud, el juez dictará auto abriendo la fase de liquidación (art. 142.2 I LC).
- ii) La legitimación activa para solicitar la apertura de la fase de liquidación se atribuye, en segundo lugar, a cualquier acreedor. No obstante, esta facultad está restringida ya que solo procede durante la vigencia del convenio si el deudor no la ha solicitado y está supeditada a la acreditación de la existencia de alguno de los hechos externos previstos para la solicitud de concurso necesario. A la petición se le dará el mismo trámite que

- a la solicitud de concurso necesario, y resolverá el juez mediante auto si procede o no abrir la liquidación (arts. 2.4, 15, 19 y 142.2 II LC).
- iii) La administración concursal está legitimada para solicitar la apertura en caso de cese de la actividad profesional o empresarial. De la solicitud se dará traslado al deudor, resolviendo el juez mediante auto (art. 142.3 LC).
 - iv) Finalmente, la LC prevé una serie de supuestos en que la apertura de la fase de liquidación procede de oficio (art. 143 LC). Todos ellos están ligados al fracaso de la solución convenida, esto es, en primer término, la imposibilidad de conseguir un convenio; bien porque no se han presentado propuestas o no han sido admitidas a trámite en la fase de convenio; bien porque no se ha aceptado la propuesta por los acreedores; bien porque el convenio no ha sido aprobado por el juez. En segundo lugar, el incumplimiento del convenio una vez aprobado, y, por último, la declaración de nulidad del mismo.

II. EFECTOS DE LA APERTURA DE LA FASE DE LIQUIDACIÓN

1. *Caracterización*

La apertura de la fase de liquidación produce drásticos efectos sobre el concursado, en particular sobre sus facultades de administrar y disponer de los bienes que integran la masa activa, así como sobre los créditos y el destino del patrimonio constitutivo de la masa activa, de modo coherente con su objetivo, que es proceder a la conversión en dinero de todos los elementos de aquel para hacer pago a los acreedores.

2. *Efectos sobre el concursado*

2.1. Efectos sobre el concursado persona natural

La situación del concursado durante la fase de liquidación será en todo caso la de suspensión del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, con todos los efectos establecidos para ella en la fase común (art. 145.1 I LC), salvo los que se opongan a las normas específicas dictadas en materia de liquidación (art. 147 LC). De modo que serán sustituidos por los administradores concursales en dicho ejercicio, que, además habrá de ajustarse a los exclusivos fines de la liquidación. En consecuencia, cuando en virtud de la eficacia del convenio, estos últimos hubieren cesado, el juez los repondrá en el ejercicio de su cargo o nombrará a otros (art. 145.1 II LC). Por otra parte, la apertura de la liquidación producirá la extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa

activa, salvo cuando fuere imprescindible para atender las necesidades mínimas del concursado y las de su cónyuge, pareja de hecho inscrita y descendientes bajo su potestad (art. 145.2 LC).

2.2. Efectos sobre el concursado persona jurídica

2.2.1. *Efectos sobre la persona jurídica*

Si el concursado fuese persona jurídica, procede distinguir los efectos que provoca la apertura de la fase de liquidación en la persona jurídica y los que produce en sus órganos, considerando el caso típico de las sociedades de capital. La apertura de la fase de liquidación constituye causa de disolución de la sociedad (arts. 361.2I LSC y 145.3 LC). Esta disolución se produce sin intervención de los órganos de la sociedad. Su declaración compete al juez del concurso, que la hará constar en la resolución de apertura de la fase de liquidación (art. 361.2 II LSC). Ahora bien, la disolución constatada judicialmente no pone fin a la sociedad, que continúa como contrato y como persona jurídica, ni paraliza su actividad. Supone únicamente un cambio de objeto, que ya no será el ejercicio del objeto social, sino su liquidación (art. 371.2 LSC). Con ella comienza el proceso de liquidación, que se realizará conforme a lo establecido en la LC (art. 372 LSC), con postergación, por tanto, de la normativa societaria.

En consecuencia se produce una situación inversa a la que acaece en las fases anteriores del concurso. Allí rige la normativa societaria, salvo que exista previsión al efecto en la Ley concursal. Aquí, es la propia Ley societaria la que desactiva su regulación ordenando la aplicación excluyente de la normativa concursal. En ese contexto es preciso destacar que la apertura de la fase de liquidación constituye una causa de disolución de la sociedad de pleno derecho (arts. 361.2 I LSC), lo que impide la reactivación de la sociedad (art. 370.1 LSC), de modo que la apertura de dicha fase aboca inexorablemente a la liquidación en los estrictos términos previstos en la LC. Y, una vez finalizada aquella a la extinción de la sociedad.

2.2.2. *Efectos sobre los órganos de la persona jurídica*

El análisis de los efectos que provoca la apertura de la fase de liquidación sobre los órganos de la persona jurídica exige distinguir entre el órgano de administración y la junta de socios. La resolución judicial que abra la fase de liquidación contendrá en todo caso el cese de los administradores o liquidadores, que serán sustituidos por la administración concursal (arts. 48.1 y 145.3 LC). Y, en aplicación de la LSC, no se procederá al nombramiento de liquidadores (art. 376.2

LSC). No obstante, la LC tiene en cuenta que sociedad disuelta no es sociedad extinguida, sino sociedad en la que concurre una causa de disolución que desencadena el proceso de liquidación. Durante este período la sociedad sigue existiendo y debe poder mostrar su voluntad en los aspectos que la afecten, lo que no está en condiciones de hacer si es privada de su órgano de representación. Esta situación resulta inconciliable con su derecho de defensa y provoca antinomias con los preceptos de la propia LC. Por estos motivos, a pesar de su cese, los administradores o liquidadores sociales podrán continuar en la representación de la concursada en el procedimiento y en los incidentes en los que sea parte (art. 143.3 LC). El cese de los administradores o liquidadores elimina lógicamente su legitimación para convocar junta de socios, que tampoco se atribuye a la administración concursal.

De otro lado la junta de socios pierde todas sus competencias en la medida en que afecten al ámbito patrimonial. Es obligado concluir en este sentido en atención a la naturaleza de la causa de disolución que imponen, tanto la LC, como la LSC, y las previsiones contenidas en ambas sobre la disciplina aplicable al proceso de liquidación. En efecto, la apertura de la fase de liquidación constituye una causa de disolución de pleno derecho (arts. 361.2 I LSC), que impide la reactivación de la sociedad (art. 370.1 LSC) y que, por tanto, aboca inexorablemente a su liquidación, que, además, se realizará conforme a lo establecido para la fase de liquidación en la LC (arts. 372 LSC y 142 a 162 LC). Resulta bien claro que en este sistema no hay espacio para decisiones de la junta de socios. La sociedad solo puede liquidarse y la liquidación solo puede hacerse conforme a lo previsto en la LC, en la que no hay una mínima referencia a competencia alguna de la junta de socios, que, siendo inútil, resultaría además altamente perturbadora.

En esa misma medida se entiende, por último que, en contra de lo previsto en el art. 46.3 de la LC, la administración concursal no deba formular unas cuentas anuales que la junta no puede aprobar. Dicho precepto es incompatible con las disposiciones que regulan la fase de liquidación, ya que el único sentido de la formulación es su sometimiento a la junta de socios, que aquí está proscrita. El derecho de información de los socios concedido por la LSC se desactiva sustituido por el de información de los acreedores y terceros en los términos previstos por la LC. En particular, se arbitra a partir de los informes trimestrales sobre la liquidación, que los administradores concursales están obligados a confeccionar.

3. Efectos sobre los créditos

La apertura de la fase de liquidación produce dos efectos sobre los créditos. La conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones y el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados (art. 146 LC). Ahora

bien, el vencimiento anticipado no supone el derecho al cobro inmediato. Por el contrario, el pago se efectuará con sujeción a la realización de las operaciones de liquidación del activo y conforme al orden de prelaciones previsto en la LC. Si, con todo, el pago se hiciera antes de la fecha de vencimiento, se efectuará con el descuento correspondiente, calculado al tipo de interés legal (art. 159 LC).

III. LAS OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN

1. *Caracterización*

Según se ha indicado antes la liquidación tiene como finalidad proceder a la conversión en dinero de todos los elementos patrimoniales integrados en la masa activa del concurso para pagar con su producto a los acreedores. La conversión en dinero se efectúa mediante la realización o enajenación de aquellos en el marco de las operaciones de liquidación de activo. Por otro lado, el pago a los acreedores ha de efectuarse según el orden de prelación de pago legalmente establecido, en el marco de las operaciones de liquidación del pasivo.

2. *La liquidación del activo*

2.1. El plan de liquidación

La liquidación del activo puede realizarse de conformidad con el plan de liquidación; o bien, según las reglas previstas al efecto en la LC. No obstante, la LC concede preferencia al plan, ya que las normas legales únicamente se aplican con carácter supletorio, en caso de que el plan no haya sido aprobado, o para integrar las lagunas de este. Sin embargo, existen normas imperativas que habrán de respetarse en todo caso (arts. 148 y 149 LC).

En las hipótesis ordinarias la elaboración del plan de liquidación es competencia de la administración concursal. Según el momento en que se haya abierto la fase de liquidación, el plan deberá ser presentado como documento adjunto al informe de la administración concursal o en un escrito que elaborará dentro de los quince días siguientes al de notificación de la resolución de apertura de dicha fase. El plazo puede ser prorrogado por el juez por igual período en atención a la complejidad del concurso (arts. 75.2.4º y 148.1 I LC).

El plan se pondrá de manifiesto en la Oficina judicial al objeto de que el deudor y los acreedores concursales puedan formular observaciones o propuestas de modificación. A los mismos efectos se someterá a informe de los representantes de los trabajadores. Transcurrido el plazo legal, el juez, según estime conveniente para el

interés del concurso, resolverá mediante auto aprobar el plan en los términos en que hubiera sido presentado, introducir en él modificaciones o acordar la liquidación conforme a las reglas legales supletorias. Contra este auto podrá interponerse recurso de apelación (art. 148.1 II, 2 y 3 LC). En el caso de personas jurídicas, el administrador concursal, una vez aprobado el plan de liquidación, deberá remitir, para su publicación en el portal de liquidaciones concursales del Registro Público Concursal, cuanta información resulte necesaria para facilitar su enajenación (art. 148.7 LC).

Como excepción, cuando el concurso se tramite mediante procedimiento abreviado y el deudor inste la apertura de la liquidación en la solicitud de concurso, el plan de liquidación será elaborado por el deudor, que habrá de presentarlo junto con la solicitud de concurso. En tales casos, se dará traslado del plan para que sea informado por el administrador concursal y para que los acreedores puedan realizar alegaciones. El informe del administrador concursal deberá incluir necesariamente el inventario de la masa activa del concurso y evaluar el efecto de la resolución de los contratos sobre las masas activa y pasiva del concurso. En el auto por el que se apruebe el plan de liquidación el juez podrá acordar la resolución de los contratos pendientes de cumplimiento por ambas partes, con excepción de aquellos que se vinculen a una oferta efectiva de compra de la unidad productiva o de parte de ella (arts. 190.3 y 191 *ter* LC).

Sobre el contenido del plan, la LC no es suficientemente clara, si bien parece que exige el respeto de ciertas reglas de carácter imperativo (arts. 148, 149, 155.4 LC). En primer término, en el caso de que las operaciones previstas en el plan de liquidación supongan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, o la suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, previamente a la aprobación del plan, deberá tramitarse un expediente de regulación de empleo concursal (arts. 64 y 148.4 LC). En segundo lugar no podrá preverse la cesión de bienes o derechos en pago o para pago de los créditos concursales para los acreedores públicos. Para el resto de acreedores, si estos bienes están afectos a una garantía, el oferente deberá satisfacer un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado, salvo que el concursado y el acreedor con privilegio especial manifestasen de forma expresa la aceptación por un precio inferior, siempre y cuando dichas realizaciones se efectúen a valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles (arts. 148.5, 155.4 y 149.2 LC).

En caso de enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de forma directa el adquirente deberá incluir en su oferta el contenido previsto en la LC para la subasta (art. 149.3 LC). En estos casos, se cederán al adquirente los derechos y obligaciones derivados de los contratos afectos a la

continuidad de la actividad profesional o empresarial y las licencias o autorizaciones administrativas cuya resolución no hubiera sido solicitada. El adquirente se subrogará en la posición contractual de la concursada sin necesidad de consentimiento de la otra parte, salvo que haya manifestado expresamente su intención de no subrogarse. Sin embargo, la transmisión no llevará aparejada obligación de pago de los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, ya sean concursales o contra la masa, a menos que el adquirente la hubiera asumido expresamente o existiese disposición legal en contrario. No obstante, cuando como consecuencia de la enajenación la entidad productiva mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el ET. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo (arts. 146 *bis* y 149.4 LC)

Si en la unidad productiva estuvieran integrados bienes afectos a garantía real y se transmitiesen sin subsistencia de la garantía, corresponderá a los acreedores privilegiados la parte proporcional del precio obtenido equivalente al valor que el bien o derecho sobre el que se ha constituido la garantía suponga respecto a valor global de la empresa o unidad productiva transmitida. Si el precio a percibir no alcanzase el valor de la garantía, calculado conforme a lo dispuesto en la LC será necesario que manifiesten su conformidad a la transmisión los acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada, que representen al menos el 75 por ciento del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y que pertenezcan a la misma clase. En tal caso, la parte del valor de la garantía que no quedase satisfecha tendrá la calificación crediticia que le corresponda según su naturaleza.

Si el precio a percibir fuese igual o superior al valor de la garantía, no será preciso el consentimiento de los acreedores privilegiados afectados. Tampoco será necesario el consentimiento del acreedor privilegiado cuando los bienes se transmitiesen con subsistencia de la garantía, subrogándose el adquirente en la obligación del deudor. En tal caso, el crédito quedará excluido de la masa pasiva. Por excepción, no tendrá lugar la subrogación del adquirente a pesar de que subsista la garantía, cuando se trate de créditos tributarios y de seguridad social. En cualquier caso de transmisión, el juzgado acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales, salvo las que gocen de privilegio especial y se hayan transmitido al adquirente con subsistencia del gravamen (art. 149.5 LC).

2.2. Las reglas supletorias

De no aprobarse un plan de liquidación y, en su caso, en lo que no hubiere previsto el aprobado, las operaciones de liquidación se ajustarán a las reglas previstas en la LC (art. 149 LC). La LC continúa concediendo preferencia a la enajenación global del patrimonio integrado en la masa activa cuando el concursado ejerciera actividades empresariales. De modo que se enajenará en su conjunto como un todo, salvo que el juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo de algunos de ellos, previo informe de la administración concursal y previa audiencia de los representantes de los trabajadores, que podrán formular observaciones o propuestas (art. 149.1.1º LC).

La enajenación se efectuará, según la naturaleza de los bienes y derechos, conforme a las disposiciones establecidas en la LEC para el procedimiento de apremio (arts. 634 a 675 LEC). Pero la de unidades productivas y la de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se realizará mediante subasta, salvo que el juez acuerde otra cosa con sujeción a las reglas imperativas expuestas en el epígrafe anterior. Por otra parte, los bienes o derechos sobre cuya titularidad o disponibilidad exista promovida cuestión litigiosa podrán enajenarse con tal carácter, quedando el adquirente a las resultas del litigio. La administración concursal comunicará la enajenación al juzgado o tribunal que esté conociendo del litigio. Esta comunicación producirá, de pleno derecho, la sucesión procesal, sin que pueda oponerse la contraparte y aunque el adquirente no se persone (art. 150 LC).

2.3. Las operaciones de liquidación del activo

Las operaciones de liquidación del activo han de atenerse estrictamente a las disposiciones del plan de liquidación o, en su caso, a las reglas supletorias legales y siempre a las reglas imperativas. Su ejecución corresponde a la administración concursal, salvo que la concreta medida competa al juez o al letrado de la administración de justicia.

3. *La liquidación de pasivo*

3.1. Caracterización y créditos afectados

De modo coherente con el objeto del propio procedimiento concursal, la liquidación del pasivo constituye la finalidad esencial de la fase de liquidación, ya que supone la satisfacción de los créditos previamente reconocidos en el concurso. Respecto de ella, la liquidación del activo reviste un mero carácter instrumental.

La liquidación del pasivo comprende la satisfacción de todos los créditos reconocidos en el concurso, incluyendo los créditos sometidos a condición resolutoria, salvo que se haya producido el cumplimiento de la misma. Si este se verifica después del pago, el acreedor deberá devolver a la masa las cantidades cobradas, sin perjuicio de la responsabilidad en que dicho acreedor hubiere podido incurrir frente a la masa o frente a los acreedores (art. 87.1 LC). En cambio, no se pagarán los créditos contingentes, a menos que se hubieren confirmado mediante el cumplimiento de la condición suspensión, su reconocimiento en sentencia firme o susceptible de ejecución provisional (art. 87.2 II y 3 LC), su cuantificación por la administración competente (art. 87.2 II LC) o la justificación de haberse agotado la excusión (art. 87.5 LC). Si bien, cuando el juez del concurso estime probable la confirmación del crédito contingente, podrá, a petición de parte, adoptar las medidas cautelares de constitución de provisiones con cargo a la masa (art. 87.4 LC).

En caso de créditos con garantía personal hay que distinguir dos supuestos. El primero se produce ante la concurrencia en el concurso del crédito principal y del crédito de regreso, esto es, el que ostenta el garante frente al concursado en razón de los pagos parciales que haya efectuado al acreedor principal. En este caso el acreedor principal tendrá derecho a obtener tanto los pagos que corresponda a su crédito, como los que corresponderían al garante hasta que cubrir el importe total de su crédito (arts. 160 y 87.7 LC). El segundo se refiere a créditos que hayan sido reconocidos en dos o más concursos de deudores solidarios. En el supuesto de deudores solidarios, a fin de neutralizar la aplicación de la ley del dividendo que, normalmente, impedirá el cobro total del crédito en uno solo de los concursos, el acreedor será reconocido en todos ellos por el importe total del crédito; si bien, naturalmente, la suma de lo percibido en todos los concursos no podrá exceder del importe del crédito (art. 161.1 LC). Al tiempo, el deudor solidario concursado que haya efectuado pago parcial al acreedor no podrá obtener el pago en los concursos de los codeudores mientras el acreedor no haya sido íntegramente satisfecho (art. 161.3 LC). Para hacer posible la aplicación de estas dos reglas, coordinando los pagos efectuados en cada uno de los concursos, la LC autoriza a la administración concursal a retener el pago hasta que el acreedor presente certificación acreditativa de lo percibido en los concursos de los demás deudores solidarios. Una vez efectuado el pago, lo pondrá en conocimiento de los administradores de los demás concursos (art. 161.2 LC).

Cuando a la liquidación haya precedido el cumplimiento parcial de un convenio de un convenio, se presumirán legítimos los pagos realizados en él, salvo que se probara la existencia de fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores (art. 162.1 LC). De modo que, salvo que el pago fuera revocado mediante sentencia firme, el acreedor retendrá su importe. Sin embargo no podrán participar en los cobros de las operaciones de liquidación

hasta que el resto de los acreedores de su misma clasificación hubiera recibido pagos en un porcentaje equivalente (art. 162.2 LC). Las precisiones anteriores se refieren en exclusiva a los créditos concursales. Los créditos nacidos después de la declaración del concurso, incluyendo el período de ejecución del convenio, son créditos contra la masa (art. 84.1. 5º y 10º LC).

3.2. La prelación en el pago

La liquidación del pasivo ha de realizarse imperativamente conforme al orden de prelación establecido en la LC, que es el siguiente:

- i) En primer término se pagarán los créditos con privilegio especial. Estos créditos son preferentes incluso respecto de los créditos contra la masa, ya que las deducciones para atender a estos últimos solo podrán hacerse con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial (art. 154 LC). El pago se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva (art. 155.1 LC). Si el privilegio consiste en una garantía real, el cobro incluye el de los intereses hasta donde alcance la respectiva garantía (arts. 59.1 y 92 3º LC). Ahora bien, hay que tener en cuenta que el privilegio especial solo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, calculada de acuerdo con lo dispuesto en la LC; de modo que importe del crédito que exceda del reconocido como privilegiado especial será calificado según su naturaleza (art. 90.3 y 94.5 LC).

Si un mismo bien o derecho se encontrase afecto a más de un crédito con privilegio especial, los pagos se realizarán conforme a la prioridad temporal que para cada crédito resulte del cumplimiento de los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros. La prioridad para el pago de los créditos con hipoteca legal tácita será la que resulte de la regulación de ésta (art. 155.3 II LC).

- ii) Deducidos de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa y con cargo a los bienes no afectos a privilegio especial o al remanente que de ellos quedase una vez pagados estos créditos, se atenderá al pago de los créditos que gozan de privilegio general. Entre ellos el orden que sigue la LC es el de su prelación, que se decide en atención al número que tengan asignado (arts. 91 y 156.1 LC). De tal manera que solo se abonarán los de un número cuando hayan sido satisfechos los del anterior. Si no hay activo suficiente para satisfacer de forma íntegra los incluidos en un número, el pago se efectuará a prorrata, esto es, en proporción a su importe, dentro de cada número (art. 156.1 LC).

- iii) Solo cuando resulten satisfechos los créditos con privilegio especial en la proporción que corresponda al bien o derecho afecto y todos los créditos contra la masa y los privilegiados generales se procederá el pago de los créditos ordinarios (art. 157.1 LC), conjuntamente con los créditos con privilegio especial en la parte en que éstos no hubieren sido satisfechos con cargo a los bienes y derechos afectos (art. 157.2 LC) a prorrata entre todos ellos.
- iv) Si queda remanente tras las operaciones anteriores será satisfechos los créditos subordinados (art. 158.1 LC), verificándose el pago por el orden establecido en el art. 92 LC y, en su caso, a prorrata dentro de cada número (art. 158.2 LC).

3.3. Las operaciones de liquidación del pasivo

La liquidación del pasivo ha de efectuarse necesariamente en dinero, por lo que es inadmisibles el pago en especie, salvo el caso especial de los créditos con privilegio especial (arts. 157.3 y 155.4 LC). La realización de los pagos es competencia de la administración concursal, que atenderá a ellos en función de la liquidez de la masa activa (arg. anal. *ex* art. 157.3 LC), de modo que no es preciso esperar a la finalización de las operaciones de liquidación del activo para comenzar el reparto, sino que es posible hacerlo en la medida en que vaya obteniéndose numerario. Los pagos se efectuarán según el orden de prelación anterior; si bien es posible anticipar ciertos pagos y realizar pagos parciales.

El juez podrá autorizar el pago de los créditos con privilegio general y el de los créditos ordinarios sin esperar a la conclusión de las impugnaciones promovidas, adoptando las medidas cautelares que considere oportunas en cada caso para asegurar su efectividad y la de los créditos contra la masa de previsible generación (arts. 156.2 y 157.2 LC), siempre que, tratándose de créditos ordinarios, estime suficientemente cubierto el pago de los créditos contra la masa ya generados y de los privilegiados (art. 157.1 LC). Concurriendo esta última condición, podrá autorizar también el pago con antelación de los créditos ordinarios no impugnados (art. 157.1 LC). Este supuesto debe distinguirse del pago anticipado, que tiene lugar cuando el pago del crédito se realiza antes del vencimiento que tuviere en la fecha de apertura de la liquidación. En tal caso se hará con el descuento correspondiente, calculado al tipo de interés legal (art. 159 LC). La LC admite el pago parcial en caso de créditos ordinarios al permitir la entrega de cuotas cuyo importe no sea inferior al cinco por ciento del nominal de cada crédito (art. 157.3 LC).

IV. DEBERES DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL. SANCIONES

La LC instaure dos deberes específicos que ha de cumplir la administración concursal en la realización de las operaciones de liquidación:

- i) El deber de información periódica. Cada tres meses, a contar de la aprobación del plan de plan de liquidación, la administración concursal presentará al juez del concurso un informe sobre el estado de las operaciones de liquidación. En el informe se incluirá como anexo una relación detallada y cuantificada de los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, con indicación de sus vencimientos. Este informe quedará de manifiesto en la oficina judicial y será comunicado por la administración concursal de forma telemática a los acreedores de cuya dirección electrónica se tenga conocimiento (art. 152.1 I LC). El incumplimiento de esta obligación podrá determinar la responsabilidad del administrador concursal o su separación si concurren los presupuestos que determinan ambas en la LC (arts. 152.1 II, 36 y 37 LC).
- ii) El deber de abstenerse de adquirir bienes o derechos que integren la masa activa del concurso (art. 151 LC). Constituye este deber una simple especificación del deber de lealtad que incumbe al administrador concursal (art. 35.1 LC), que se traduce en una prohibición de efectuar tal adquisición por sí o por persona interpuesta, ni aun en subasta. Por ese motivo, aunque el precepto se incluya sistemáticamente dentro de las normas que regulan la fase de liquidación, es obvio que rige en cualquier fase y estado del procedimiento impidiendo dicha adquisición en todo momento. La infracción de este deber es sancionada con especial contundencia puesto que el administrador infractor habrá de devolver el bien a la masa, sin contraprestación alguna, perderá el crédito concursal de que fuera titular y será inhabilitado (art. 151.2 LC).

Junto a estos deberes, la LC instituye una específica causa de separación del administrador concursal cuya concurrencia determina, adicionalmente, la pérdida del derecho a percibir la retribución correspondiente a la fase de liquidación, que habrá de ser reintegrada a la masa activa. Se trata de la prolongación indebida de las operaciones de liquidación, que se estima concurrente cuando no hayan finalizado transcurrido un año desde la apertura de la fase de liquidación sin que exista causa justifique la dilación. Tras la separación, el juez deberá proceder a un nuevo nombramiento de administrador concursal (art. 153 LC).

Lección 23

La calificación del concurso. La conclusión del concurso

SUMARIO: I. LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO. 1. Caracterización. Concursos calificables y no calificables. 2. Clases. 3. El concurso culpable. 3.1. Caracterización. 3.2. La cláusula general. 3.3. Las conductas del concurso culpable. 3.4. Las presunciones de culpabilidad. 4. Ámbito subjetivo. 4.1. Personas afectadas por la calificación. 4.2. Cómplices. 5. Efectos. 5.1. La inhabilitación. 5.2. Efectos patrimoniales. 5.3. La responsabilidad concursal. 6. La tramitación de la sección de calificación. II. LA CONCLUSIÓN DEL CONCURSO. 1. Las causas de conclusión. 1.1. Caracterización. 1.2. La conclusión por cumplimiento del convenio. 1.3. La conclusión por finalización de la fase de liquidación. 1.4. Causas extraordinarias de conclusión. En particular, la conclusión por insuficiencia de masa activa. 2. Efectos de la conclusión. 2.1. Caracterización. 2.2. Efectos en caso de deudor persona natural. 2.3. Efectos en caso de deudor persona jurídica. 3. La exoneración del pasivo insatisfecho. 3.1. Caracterización y requisitos. 3.2. Procedimiento. 4. La reapertura del concurso.

I. LA CALIFICACIÓN DEL CONCURSO

1. Caracterización. Concursos calificables y no calificables

La finalidad prioritaria de la calificación es sancionar al concursado cuya conducta es considerada reprobable por la LC. Dicha finalidad se deduce de que la calificación culpable conlleva en todo caso la inhabilitación del concursado y de que esta no es otra cosa que una sanción civil. No pretende la protección de los acreedores actuales, ni persigue remediar su insatisfacción. Expresa la defensa del interés público en el concurso, de terceros eventuales futuros acreedores y de la seguridad del tráfico, configurándose, por ello, como una medida punitiva frente a quienes, con su conducta reprobable, han provocado el quebranto económico de otros sujetos. Por ello, se separa de la finalidad genérica del concurso, que consiste, como es sabido en satisfacer a los acreedores.

En este contexto de conjunción de finalidades cobra sentido la distinción entre concursos calificables y no calificables. Un concurso es calificable cuando procede la formación de la sección de calificación y, en consecuencia, el enjuiciamiento de la conducta del concursado con el objeto de aplicarle la sanción correspondiente. En concreto, el concurso se considera calificable en todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación o cuando tenga lugar la aprobación judicial de un convenio especialmente gravoso para los acreedores, circunstancia que la LC cifra en la existencia de quitas superiores a un tercio del importe de sus créditos o esperas superiores a tres años, para todos los acreedores o para los de una o

varias clases, comprendiendo en estas las relativas a los acreedores privilegiados (art. 167.1 LC).

Por el contrario, en los concursos no calificables, que son aquellos en los que no concurre ninguna de las dos circunstancias, no procede la formación de la sección, de manera que, sea cual sea la índole de la conducta del concursado o de sus administradores o liquidadores, no se enjuicia, ni, en su caso, se reprueba y sanciona. Es decir, se renuncia a enjuiciar las conductas eventualmente culpables si se logra un convenio razonablemente satisfactorio para los acreedores. En atención a ello no puede dudarse de que los concursos no calificables expresan la preferencia de la finalidad satisfactiva, propia del concurso, en detrimento de la punitiva asignada a la calificación, ya que desactiva esta última como medio de potenciar la primera.

Como regla general, la calificación solo procede en el contexto de un concurso declarado. Por excepción, en los casos de adopción de medidas administrativas que comporten la disolución y liquidación de una entidad y excluyan la posibilidad de declarar el concurso, procederá la apertura de la sección de calificación sin previa declaración de concurso, ante el juez que hubiera sido competente para dicha declaración (art. 174 LC).

2. Clases

El concurso se califica como fortuito o como culpable (art. 163.1 LC). La LC solo relaciona los supuestos que generan la calificación culpable (art. 164), por lo que hay que entender que, concurriendo cualquier otro no previsto en la LC, el concurso será fortuito.

3. El concurso culpable

3.1. Caracterización

La noción de concurso culpable se construye en la LC mediante un doble sistema que podemos denominar mixto, ya que, de un lado, comprende una cláusula general, en cuya virtud la calificación no se efectúa considerando la concurrencia de conductas concretas, si no la presencia de un conjunto de presupuestos o requisitos; y, de otro lado, tipifica una serie de conductas a cuya realización asigna determinados efectos en relación con la calificación culpable. Entre estas últimas, cabe distinguir aquellas cuya mera presencia es suficiente para declarar la culpabilidad (art. 164. 2 LC) y aquellas otras en que la conducta supone una presunción de culpabilidad (art. 165 LC).

3.2. La cláusula general

La cláusula general presenta como principal virtualidad la de servir de cierre al sistema al ordenar la calificación culpable en relación con conductas no tipificadas de modo expreso en la LC, siempre y cuando reúnan los requisitos incluidos en la misma (art. 164.1 LC). Tales requisitos se agrupan en las dos dimensiones del juicio de desvalor que la calificación culpable supone. En lo atinente a la dimensión objetiva se exige la concurrencia cumulativa de tres elementos. En primer término, una conducta, que puede ser cualquiera, activa u omisiva. En segundo lugar, un resultado, que consiste en la generación o agravación de la insolvencia. Por último, un nexo causal entre la conducta y el resultado, de modo que este último ha de ser consecuencia de la primera.

La dimensión subjetiva del juicio de desvalor exige que la conducta sea imputable al sujeto activo a título de dolo o culpa grave, por lo que queda excluida la culpa leve. De otro lado, el sujeto activo está tasado en la LC. Ha de tratarse del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, y de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, así como de sus socios. En este último caso, no obstante se infringe la regla anterior ya que la conducta no es cualquiera, sino específicamente el hecho de haberse negado a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles y ello hubiera frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación plurilateral u homologable o de un acuerdo extrajudicial de pagos.

Por simple aplicación de las reglas ordinarias de la carga de la prueba, la calificación de culpabilidad conforme a esta cláusula general exige que la concurrencia de todos y cada uno de esos elementos sea acreditada por los legitimados activos, de modo que la falta de acreditación de cualquiera de ellos impide estimar culpable el concurso.

3.3. Las conductas del concurso culpable

Junto a la cláusula general, la LC tipifica una serie de conductas cuya realización por cualquiera de las personas relacionadas en el apartado anterior conlleva sin más la calificación culpable (art. 164.2 LC). De modo que, acreditada la realización de cualquiera de aquellas, el concurso será calificado como culpable sin que se requiera resultado alguno, en particular la generación o agravación de la insolvencia, ni nexo causal de ningún tipo. Las conductas son las siguientes:

- i) El incumplimiento sustancial por el deudor de su deber de llevanza de contabilidad, el llevar doble contabilidad o cometer en ella alguna irregularidad relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera en la que llevara.
- ii) Cometer alguna inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso o presentados durante la tramitación del procedimiento, o acompañar o presentar documentos falsos.
- iii) El incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado.
- iv) Alzarse con la totalidad o parte de los bienes del deudor en perjuicio de sus acreedores o realizar cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación.
- v) Extraer fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso.
- vi) Realizar, antes de la fecha de la declaración de concurso, cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.

3.4. Las presunciones de culpabilidad

Junto a las conductas enunciadas en el apartado anterior, la LC prevé otras cuya realización constituye una presunción de culpabilidad del concurso, salvo prueba en contrario (art. 165 LC). La eficacia de tales conductas en orden a la calificación culpable del concurso no se reduce a complementar las previsiones de la cláusula general al facilitar la prueba del requisito de la imputabilidad que aquella prevé, esto es, el dolo o la culpa grave, si no que se desligan de ella presumiendo la culpabilidad ante la concurrencia de los hechos que enuncian. De modo que acreditadas las conductas que prevén es obligado concluir la culpabilidad con independencia de si dichas conductas generaron o agravaron la insolvencia y de una eventual relación de causalidad. Salvo prueba en contrario que, por ende, solo puede consistir en que los comportamientos del art. 165 no fueron realizados. Las conductas, que suponen infracción de deberes legales concursales y extra-concursales, son las siguientes:

- i) Haber incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso.
- ii) Haber incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, no facilitarles la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no asistir, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores.

- iii) En alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración de concurso, no haber formulado las cuentas anuales cuando se esté obligado a llevar contabilidad, no haberlas sometido a auditoría, debiendo hacerlo, o, no depositarlas en el Registro Mercantil, una vez aprobadas.
- iv) Cuando los socios o administradores se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles y ello hubiera frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación plurilateral u homologable o un acuerdo extrajudicial de pagos. A estos efectos, se presumirá que la capitalización obedece a una causa razonable cuando así se declare mediante informe emitido, con anterioridad a la negativa del deudor, por experto independiente nombrado de conformidad con lo dispuesto para los acuerdos de refinanciación. Si hubiere más de un informe, deberán coincidir en tal apreciación la mayoría de los informes emitidos. En todo caso, para que la negativa a su aprobación determine la culpabilidad del concurso, el acuerdo propuesto deberá reconocer en favor de los socios del deudor un derecho de adquisición preferente sobre las acciones, participaciones, valores o instrumentos convertibles suscritos por los acreedores, a resultas de la capitalización o emisión propuesta, en caso de enajenación ulterior de los mismos.

No obstante, el acuerdo propuesto podrá excluir el derecho de adquisición preferente en las transmisiones realizadas por el acreedor a una sociedad de su mismo grupo o a cualquier entidad, que tenga por objeto la tenencia y administración de participaciones en el capital de otras entidades con tal de que sea de su grupo o que esté participada por el acreedor. En cualquier caso, se entenderá por enajenación la realizada en favor de un tercero por el propio acreedor o por las sociedades o entidades anteriores. Sin embargo, esta presunción no resulta aplicable a los administradores que hubieran recomendado la recapitalización basada en causa razonable, aun cuando ésta fuera posteriormente rechazada por los socios (art. 172.2 1º LC).

4. *Ámbito subjetivo*

4.1. Personas afectadas por la calificación

Las personas afectadas por la calificación son aquellas que han realizado las conductas que fundamentan la calificación culpable del concurso y quienes, por ende, son únicas que pueden ser destinatarias de las medidas con las que se castiga dicha realización (arg. ex arts. 164.1 y 166 in fine LC). En concreto, en caso

de concursado persona física, afectado será el propio deudor o, si los tuviere, sus representantes legales. Si se trata de persona jurídica, afectados serán sus administradores o liquidadores de derecho o de hecho apoderados generales, y quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, así como los socios que se hubiesen negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos anteriormente, pero siempre en función de su grado de contribución a la formación de la mayoría necesaria para el rechazo del acuerdo y, en general, en la medida en que a todos los sujetos anteriores les sean imputables las conductas que fundamentan la calificación culpable (arg. ex art. 164.1, 172.2.1º y 173 LC).

La programación tiene sentido pues la imputación del ilícito se efectúa a las personas responsables de la gestión del patrimonio y titulares inmediatos o por delegación de los deberes cuyo incumplimiento determina la concurrencia de los presupuestos incluidos en la cláusula general y la de las conductas concretamente tipificadas (arts. 164 y 165 LC).

4.2. Cómplices

Se consideran cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable (art. 166 LC).

5. *Efectos*

La calificación culpable del concurso provoca dos tipos de efectos generales, aplicables a todo concurso con independencia de la condición de persona natural o jurídica del concursado. Se trata de los efectos personales, que se resuelven en la inhabilitación, y de los efectos patrimoniales. Si el concursado es persona jurídica la calificación culpable puede originar una medida adicional cual es la responsabilidad concursal de sus administradores, liquidadores y apoderados generales.

5.1. La inhabilitación

La inhabilitación es una sanción de índole civil, que la LC obliga a imponer a todos aquellos que la sentencia de calificación culpable del concurso declare personas afectadas por la misma (art. 172.2.2º LC), no a los cómplices. La inha-

bilitación impide a todas las personas afectadas por la calificación representar a cualquier persona, administrar los bienes ajenos, sea cual sea el título que les habilite para ello, lo que incluye, entre otros el desempeño del cargo de administrador o apoderado, y ejercer el comercio, durante un período de dos a quince años, que determinará el juez atendiendo a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio, así como la declaración culpable en otros concursos (arts. 172.2.2° LC, 13 Ccom y 213 LSC).

Es, en efecto, una sanción necesaria, que ha de acordarse sin solución de continuidad y ex officio frente a todo afectado por la calificación, esto es, aunque no medie petición de parte. Si bien, en este caso, en su mínima expresión (dos años), al objeto de preservar el derecho de defensa, de conformidad con los principios que rigen la aplicación de las normas sancionadoras. No obstante, como excepción prevista al objeto de promover la continuación de la actividad empresarial del deudor la LC permite que, a solicitud de la administración concursal, el juez autorice al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada, limitándose en todo caso los efectos de la autorización a lo específicamente previsto en la sentencia que la contenga (arts. 172.2.2° LC y 13 Ccom).

En otro caso, la inhabilitación provocará el cese inmediato de los administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada (art. 173 LC), si la sección de calificación se inició como consecuencia de la aprobación de un convenio especialmente gravoso para los acreedores, pues si se abrió en razón de la apertura de la fase de liquidación, los administradores o liquidadores habrían cesado antes, con la resolución de apertura de la liquidación. En tal caso, a pesar de que está cesada, dispone la LC que la administración concursal convocará junta o asamblea de socios para el nombramiento de quienes hayan de cubrir las vacantes de los inhabilitados (art. 173 LC).

5.2. Efectos patrimoniales

A diferencia de la inhabilitación, que solo puede ser acordada respecto de las personas afectadas por la calificación, los efectos patrimoniales del concurso afectan igualmente a los cómplices (art. 172.2.3° LC). Los efectos son tres (art. 172.2.3° y 173 LC). En primer lugar, la pérdida de cualquier derecho que dichas personas tuvieran como acreedores concursales o de la masa. En segundo lugar, la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa. Esta previsión comprende, pues, dos supuestos. Por un lado los bienes recibidos del patrimonio del deudor con anterioridad a la declaración de concurso, al respecto de los cuales se exige la prueba de su obtención indebida. Por otro, los recibidos de la masa

activa, esto es, una vez declarado el concurso, que han de devolverse en todo caso, sin sujeción al requisito de la obtención indebida. Finalmente, la indemnización de los daños y perjuicios causados.

5.3. La responsabilidad concursal

Tras la apertura de la fase de liquidación, la responsabilidad concursal compete a los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o apoderados generales, de la persona jurídica concursada, así como los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos anteriormente, siempre que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación y en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia obligándoles a cubrir, total o parcialmente, el déficit concursal, integrando la diferencia entre masa activa y pasiva en la primera.

Por consiguiente sus presupuestos son dos. En primer lugar, que dichos sujetos hayan sido declarados personas afectadas por la calificación en el concurso de la persona jurídica calificado como culpable tras la formación o reapertura de la sección de calificación como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación. En segundo término, que la conducta que fundamenta la calificación culpable haya generado o agravado la insolvencia (art. 172.1 *bis* LC). De modo que es preciso acreditar la existencia de un daño particular consistente en generar o agravar la insolvencia y de un nexo causal entre la conducta y dicho daño. Si la calificación culpable se fundamentó en la cláusula general, estos presupuestos se habrán probado con anterioridad al objeto de efectuar la declaración de persona afectada. En los demás supuestos se torna más difícil. Además, en caso de pluralidad de condenados, la sentencia deberá individualizar la cantidad a satisfacer por cada uno de ellos, de acuerdo con la participación en los hechos que hubieran determinado la calificación del concurso.

6. La tramitación de la sección de calificación

La formación de la sección sexta, de calificación, se ordenará en la misma resolución judicial por la que se apruebe el convenio especialmente gravoso para los acreedores, el plan de liquidación o se ordene la liquidación conforme a las normas legales supletorias. La sección se encabezará con testimonio de la resolución judicial y se incorporarán a ella testimonios de la solicitud de declaración de concurso, la documentación aportada por el deudor, el auto de declaración de concurso y el informe de la administración (art. 167.1 LC).

Cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse y ser parte en la sección, alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable (art. 168 LC). Por el contrario, la intervención de la administración concursal es imperativa. La LC le impone el deber de presentar al juez un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución, que deber revestir la forma de demanda. Si propusiera la calificación del concurso como culpable, el informe expresará la identidad de las personas a las que deba afectar la calificación y la de las que hayan de ser consideradas cómplices, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores (art. 169.1 LC). Asimismo es preceptivo el traslado del contenido de la sección, incluyendo el informe de la administración concursal, al Ministerio Fiscal al objeto de que emita dictamen. No obstante, de no emitirlo se entenderá que no se opone a la propuesta de calificación efectuada por la administración concursal (art. 169.2 LC).

Si el informe de la administración concursal y el dictamen que, en su caso, hubiera emitido el Ministerio Fiscal coincidieran en calificar el concurso como fortuito, el juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones mediante auto, contra el que no cabrá recurso alguno. En otro caso, el juez dará audiencia al deudor y ordenará emplazar a todas las personas que pudieran ser afectadas por la calificación del concurso o declaradas cómplices, a fin de que comparezcan en la sección y aleguen cuanto convenga a su derecho. Si no comparecieren, el letrado de la administración de justicia los declarará en rebeldía y seguirán su curso las actuaciones sin volver a citarlos (art. 170 LC).

De no formularse oposición a la calificación propuesta por la administración concursal, el juez dictará sentencia. Si el deudor o alguno de los comparecidos formulase oposición, se sustanciará por los trámites del incidente concursal. De ser varias las oposiciones, se sustanciarán juntas en el mismo incidente (art. 171 LC). En caso de que la sentencia contenga condena por responsabilidad concursal, la legitimación para solicitar la ejecución de dicha condena corresponderá a la administración concursal. Pero, los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal la solicitud de la ejecución estarán legitimados para solicitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro del mes siguiente al requerimiento (art. 172 *bis* 2 LC).

Como excepción, en caso de apertura de la sección de calificación sin previa declaración de concurso, la sección se encabezará con la resolución administrativa que hubiere acordado las medidas de disolución y liquidación de la entidad y el informe sobre la calificación será emitido por la autoridad supervisora que hubiere acordado la medida de intervención (art. 175 LC).

II. LA CONCLUSIÓN DEL CONCURSO

1. *Las causas de conclusión*

1.1. Caracterización

Las causas de conclusión del concurso son los motivos legales que habilitan para declarar la finalización del procedimiento y ordenar el archivo de las actuaciones (arts. 152, 176, 176 *bis* y 178 LC). Las causas de conclusión están determinadas en la LC con carácter tasado, de modo que ningún otro hecho podrá constituir motivo de terminación del procedimiento. En particular no lo es la muerte o declaración de fallecimiento del concursado, ya que el concurso continuará su tramitación como concurso de la herencia, correspondiendo a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición del caudal relictivo y la representación de la herencia en el procedimiento a quien la ostente conforme a derecho y, en su caso, a quien designen los herederos. La herencia se mantendrá indivisa durante la tramitación del concurso (art. 182 LC).

Las causas de conclusión pueden separarse en dos grandes grupos. Por un lado, las ordinarias, que derivan de alguno de los dos modos de solución del concurso, esto es, el cumplimiento del convenio y la finalización de la liquidación. Por otro, las extraordinarias, que, por exclusión, son todas las demás.

1.2. La conclusión por cumplimiento del convenio

La conclusión del concurso con fundamento en el cumplimiento del convenio exige una declaración judicial previa que constate dicho cumplimiento. La declaración judicial de cumplimiento se emitirá a solicitud del concursado, que ha de acreditar el cumplimiento íntegro del convenio, presentando al efecto el informe correspondiente con la justificación adecuada. Transcurrido el plazo legal, tras la puesta de manifiesto del informe y la solicitud, el juez declarará cumplido el convenio mediante auto, si así lo estimare (art. 139. 1y 2 LC). No obstante, cualquier acreedor que estime incumplido el convenio en lo que le afecte podrá solicitar del juez la declaración de incumplimiento, aún después de la publicación del auto de cumplimiento (art. 140.1 LC). La solicitud se tramitará por el cauce del incidente concursal (art. 140.2 LC) y se resolverá mediante sentencia apelable (art. 140.3 LC). La conclusión del concurso procederá tanto en el caso de que la sentencia, una vez firme, rechace las acciones de declaración de incumplimiento, como en el supuesto de que el auto que declare el cumplimiento adquiera firmeza. En ambas hipótesis, el juez habrá de dictar auto de conclusión del concurso (arts. 141 y 176.1.2º LC).

1.3. La conclusión por finalización de la fase de liquidación

Por finalización de la fase de liquidación como causa de conclusión del concurso hay que entender la terminación de las operaciones de liquidación del activo y del pasivo, de modo que se efectúe el pago a los acreedores en la medida que corresponda en razón del producto de la masa activa. No significa, pues, el pago íntegro de los créditos incluidos en el concurso, si no el pago conforme a las normas previstas en la LC. Además no impedirá la conclusión del concurso que el deudor mantenga la propiedad de bienes legalmente inembargables o desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal (art. 152.2 LC).

La LC supedita la eficacia de esta causa a que haya terminado la tramitación de la sección de calificación. Y exige solicitud por parte de la administración concursal, que irá acompañada por un informe final en el que justifique las operaciones realizadas y razone que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa, ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas, ni otros bienes o derechos del concursado (arts. 152.2 LC). De formularse oposición a la solicitud de conclusión del concurso, se le dará la tramitación del incidente concursal. En caso contrario, el juez dictará auto declarando la conclusión del concurso por fin de la fase de liquidación (arts. 152.3 y 176.1. 2º LC).

1.4. Causas extraordinarias de conclusión. En particular, la conclusión por insuficiencia de masa activa

Las causas extraordinarias de conclusión del concurso comprenden tres grupos (arts. 176, 176 *bis* y 178 LC):

- i) La revocación en apelación del auto de declaración de concurso mediante resolución firme de la Audiencia Provincial.
- ii) La inexistencia de la situación de insolvencia o de pretensiones de cobro por parte de los acreedores. Esta última puede deberse a dos motivos. En primer lugar a que se compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio. En segundo lugar, a que conste el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos.

En los dos primeros supuestos, esto es, inexistencia de insolvencia o de pretensiones de cobro por satisfacción de los acreedores, la conclusión puede acordarse en cualquier estado del procedimiento. En el último es preciso esperar a la terminación de la fase común del concurso y a la firmeza de la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia. En las

tres hipótesis, la conclusión se acordará por auto y previo informe de la administración concursal, que se pondrá de manifiesto a todas las partes personadas. Si en el plazo de audiencia concedido a las partes se formulase oposición a la conclusión del concurso, se le dará la tramitación del incidente concursal (art. 176.2 LC).

- iii) La insuficiencia de la masa activa para la satisfacción de los créditos contra la masa. No impedirá la conclusión por este motivo el hecho de que el deudor mantenga la propiedad de bienes legalmente inembargables o desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal (art. 176 *bis* 3 LC). La conclusión puede ser declarada de oficio por el juez o a solicitud de la administración concursal (arts. 176.1.3º y 176 *bis* LC).

La declaración de oficio podrá efectuarse en el mismo auto de declaración de concurso cuando el juez aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa del procedimiento ni es previsible el ejercicio de acciones de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros. Contra este auto podrá interponerse recurso de apelación. A pesar de la conclusión, si el concursado fuera persona natural, el juez designará un administrador concursal que deberá liquidar los bienes existentes y pagar los créditos contra la masa siguiendo el orden legal. Una vez concluida la liquidación, el deudor podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho ante el juez del concurso (art. 176 *bis* 4 LC).

La declaración a solicitud de la administración concursal podrá efectuarse en cualquier estado del procedimiento, salvo que se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros, a menos que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión o fuese manifiesto que lo que se obtuviera de ellas no sería suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa (art. 176 *bis* 1 LC).

La solicitud se formulará, una vez distribuida, en su caso, la masa activa conforme al orden establecido en la LC (art. 176 *bis* 2 y 3 LC). A la misma se adjuntará un informe justificativo en el que la administración concursal afirmará y razonará inexcusablemente que el concurso no será calificado como culpable y que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas o bien que lo que se pudiera obtener de las correspondientes acciones no sería suficiente para el pago de los créditos contra la masa. El informe se pondrá de manifiesto en la oficina judicial a todas las partes personadas. Durante este plazo de audiencia, el deudor persona natural podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho. Si en dicho plazo

se formulase oposición a la conclusión del concurso, se le dará la tramitación del incidente concursal. En otro caso, se acordará la conclusión por insuficiencia de masa mediante auto (art. 176 *bis* 3 LC).

No obstante, hasta la fecha en que se dicte dicho auto, los acreedores y cualquier otro legitimado podrán solicitar la reanudación del concurso siempre que justifiquen indicios suficientes para considerar que pueden ejercitarse acciones de reintegración o aportando por escrito hechos relevantes que pudieran conducir a la calificación de concurso culpable y que justifiquen el depósito o consignación ante el juzgado o aval por cantidad suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa previsible. El letrado de la administración de justicia admitirá a trámite la solicitud si cumple las condiciones de tiempo y contenido establecidas en la LC. Si entiende que no concurren las condiciones o que no se han subsanado, dará cuenta al juez para que dicte auto aceptando o denegando la solicitud. Reanudado el concurso, el instante estará legitimado para el ejercicio de la acción de reintegración o de impugnación (art. 176 *bis* 5 LC).

2. *Efectos de la conclusión*

2.1. Caracterización

Como regla general la conclusión del concurso provoca la desaparición de todos los efectos vigentes anudados a su declaración, al convenio y a la apertura de la fase de liquidación sobre el deudor, los acreedores y los contratos, previstos por la LC para su aplicación durante la tramitación del procedimiento. Pero, lógicamente, no priva de eficacia a lo actuado, que se conserva en toda su extensión. De modo que, por ejemplo, los contratos extinguidos no recuperan su vigencia, la disolución de la sociedad de gananciales o de la persona jurídica persisten tras la clausura del procedimiento y el pago de los desembolsos pendientes o el cumplimiento de las prestaciones accesorias efectuados por los socios a instancia de la administración concursal no podrá ser reclamado por aquellos.

De otro lado, los procesos en tramitación entablados por los acreedores continuarán, con sustitución, en su caso, de la administración concursal, por el deudor. Y podrá iniciarse o reanudarse el ejercicio de las acciones por no promoción de la disolución o el concurso contra los administradores de la sociedad y la acción que se reconoce a los que pusieron su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el art. 1.597 del Cciv, suspendidas ambas durante el concurso (arts. 50.2 y 3 y 51 *bis* LC).

Los efectos que provocó el concurso sobre los créditos desaparecen únicamente en la medida en que no consistan en el resultado del procedimiento, de modo que

dependerán de la causa de conclusión. Si esta consiste en el cumplimiento del convenio los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio o hubieran quedado vinculados por él, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio (art. 136 LC). Si el concurso terminó por la satisfacción íntegra o por renuncia de los acreedores reconocidos, los créditos quedarán extinguidos. No sucederá, sin embargo, lo mismo cuando la causa consista en el desistimiento, en la inexistencia de insolvencia, en la revocación del auto de declaración del concurso, en la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa o en la terminación de la liquidación sin pago íntegro. En todos estos supuestos los créditos subsisten, salvo en el último, en que se extinguirán en la proporción en que hayan sido abonados, con las consecuencias que se analizarán en los dos epígrafes siguientes, ya que varían según se trate de concurso de persona natural o jurídica.

2.2. Efectos en caso de deudor persona natural

La conclusión del concurso supone el cese de las limitaciones de las facultades de administración y disposición sobre el deudor subsistentes, salvo las que se contengan en la sentencia firme de calificación (art. 178.1 LC). Finalizan asimismo las limitaciones de los derechos fundamentales que se hubieran acordado al amparo de la LORC (art. 41 LC) que continuaran vigentes, los deberes de comparecencia, colaboración e información (art. 42 LC) y de puesta a disposición de la administración concursal de las cuentas, libros, documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad profesional o empresarial (art. 45 LC).

Concluido el concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme (art. 178.2 LC). Esta drástica solución se estima muy perjudicial para los deudores afectados, a los que se les priva de un beneficio que sí obtienen los deudores personas jurídicas. Puede evitarse, no obstante, si se obtiene el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.

De otro lado, aunque la LC únicamente anuda esas consecuencias a las causas de conclusión anteriores, se producirán en los mismos términos cuando el concurso concluya por desistimiento, por inexistencia de insolvencia o por revocación del auto de declaración del concurso, con excepción de la posibilidad de obtener el beneficio de la exoneración del pasivo.

2.3. Efectos en caso de deudor persona jurídica

La conclusión del concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa del deudor persona jurídica determinará su extinción. Dicha extinción se acordará en la misma resolución que declare la conclusión del concurso, que dispondrá, además, la cancelación de su inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme (arts. 176.1.3º, 176 *bis*, 178.3 LC).

3. *La exoneración del pasivo insatisfecho*

3.1. Caracterización y requisitos

El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho está previsto únicamente para los concursados personas naturales cuyo concurso haya concluido por liquidación o por insuficiencia de masa activa para hacer frente a los créditos contra la masa y que, además, puedan ser calificados como deudores de buena fe conforme a los parámetros establecidos en la LC (art. 178 *bis* LC). Concorre buena fe, en primer término, en caso de que el concurso no haya sido declarado culpable o lo haya sido en razón de la infracción del deber de solicitar en plazo aquel, salvo que, en este último supuesto, el juez aprecie dolo o culpa grave del deudor. Y cumulativamente, que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores a la declaración de concurso, que, reuniendo los requisitos para ello, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos y que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios.

Se estima que también concorre buena fe, en segundo lugar, si el deudor no ha incumplido las obligaciones de colaboración con el juez y la administración concursal, no ha obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años, no ha rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad, acepte de forma expresa que la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal por un plazo de cinco años y acepte someterse a un plan de pagos para satisfacer las deudas que no son objeto de exoneración. La exoneración se extenderá a la parte insatisfecha de los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, aunque no hubieran sido comunicados, exceptuando

los créditos de derecho público y por alimentos, y a los créditos con privilegio especial en la parte de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía, salvo que quedara incluida, según su naturaleza, en alguna categoría distinta a la de crédito ordinario o subordinado. Por tanto, el plan de pagos ha de comprender los créditos contra la masa, los créditos por alimentos, los créditos públicos y los créditos con privilegio general. E incluirá un calendario de pagos por el plazo máximo de los cinco siguientes a la conclusión del concurso, dentro de los cuales las deudas deberán ser satisfechas por el concursado. Durante este plazo no podrán devengar interés.

3.2. Procedimiento

El deudor deberá presentar la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho ante el juez del concurso dentro del plazo de audiencia conferido tras la presentación por la administración concursal del informe sobre conclusión del concurso, ya se trate de la conclusión por finalización de la fase de liquidación, ya por insuficiencia de la masa activa para hacer frente a los créditos contra la masa (arts. 152.3, 176 *bis* 3 y 178 *bis* LC). En caso de que la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa se haya declarado en el propio auto de declaración el juez designará un administrador concursal que deberá liquidar los bienes existentes y pagar los créditos contra la masa siguiendo el orden legal. Una vez concluida la liquidación, el deudor podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho ante el mismo juez del concurso (art. 176 *bis* 4 LC).

De la solicitud se dará traslado a la administración concursal y a los acreedores personados para que aleguen cuanto estimen oportuno en relación a la concesión del beneficio. Si no se oponen a la petición, el juez concederá, con carácter provisional, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho en la resolución, declarando la conclusión del concurso. Ahora bien, la oposición solo podrá fundarse en la inobservancia de alguno o algunos de los requisitos que determinan la existencia de buena fe en este contexto. La oposición se tramitará por el cauce del incidente concursal y no podrá dictarse auto de conclusión del concurso hasta que gane firmeza la resolución que recaiga en dicho incidente reconociendo o denegando el beneficio. En la hipótesis de que el concursado haya optado por la exoneración conforme al sistema que comprende el plan de pagos, deberá presentar una propuesta de plan de pagos que, oídas las partes, será aprobado por el juez en los términos en que hubiera sido presentado o con las modificaciones que estime oportunas. En todo caso, respecto a los créditos de derecho público, la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento se regirá por lo dispuesto en su normativa específica.

Cualquier acreedor concursal estará legitimado para solicitar del juez del concurso la revocación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho cuando durante los cinco años siguientes a su concesión se constatare la existencia de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultos, con excepción de los bienes inembargables conforme a la LEC. También podrá solicitarse la revocación si, durante el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos, el deudor incurriese en alguna de las circunstancias que conforme a lo establecido en la LC hubiera impedido la concesión del beneficio o cuando se incumpliese la obligación de pago de las deudas no exoneradas según lo dispuesto en el plan de pagos o, finalmente, mejorase sustancialmente la situación económica del deudor por causa de herencia, legado o donación; o juego de suerte, envite o azar, de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos. La solicitud se tramitará por el cauce del juicio verbal previsto en la LEC. En el supuesto de que el juez acuerde la revocación del beneficio, los acreedores recuperan la plenitud de sus acciones frente al deudor para hacer efectivos los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso.

Transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos sin que se haya revocado el beneficio, el juez del concurso, a petición del deudor concursado, dictará auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso. Sin embargo, también podrá, atendiendo a las circunstancias del caso y previa audiencia de los acreedores, declarar la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho del deudor que no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos pero hubiese destinado a su cumplimiento, al menos, la mitad de los ingresos percibidos durante el plazo de cinco años desde la concesión provisional del beneficio que no tuviesen la consideración de inembargables o la cuarta parte de dichos ingresos cuando concurriesen en el deudor las circunstancias previstas en Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad. Contra esta resolución, que se publicará en el Registro Público Concursal, no cabrá recurso alguno. No obstante, la exoneración definitiva podrá revocarse si, durante los cinco años siguientes, se constatare la existencia de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultos, salvo que se trate de bienes inembargables.

4. La reapertura del concurso

La reapertura del concurso consiste en la reanudación de un procedimiento que había sido concluido por insuficiencia de masa activa o por liquidación sin pago íntegro, y, por tanto, solo de forma provisional. En caso de deudor persona natural la reapertura se producirá en el supuesto de que sea declarado nuevamen-

te en concurso dentro de los cinco años siguientes a la conclusión de otro anterior (art. 179.1 LC). La reapertura supone la incorporación al procedimiento en curso de todo lo actuado en el anterior (art. 179.1 LC). Los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores formados allí se actualizarán por la administración concursal, si bien la actualización se limitará, en cuanto al inventario, a suprimir de la relación los bienes y derechos que hubiesen salido del patrimonio del deudor, a corregir la valoración de los subsistentes y a incorporar y valorar los que hubiesen aparecido con posterioridad; en cuanto a la lista de acreedores, a indicar la cuantía actual y demás modificaciones acaecidas respecto de los créditos subsistentes y a incorporar a la relación los acreedores posteriores (art. 180.1 LC). La actualización se realizará y aprobará con sujeción a las normas y el procedimiento previsto en la LC para la determinación de la masa activa y pasiva, incluyendo la publicidad del nuevo informe de la administración concursal y de los documentos actualizados y su impugnación, pero el juez rechazará de oficio y sin ulterior recurso aquellas pretensiones que no se refieran estrictamente a las cuestiones objeto de actualización (art. 180.2 LC).

Por el contrario, la reapertura del concurso de deudor persona jurídica podrá producirse en cualquier momento. Será declarada por el mismo juzgado que conoció de éste y se tramitará en el mismo procedimiento, pero, lógicamente, se limitará a la fase de liquidación de los bienes y derechos aparecidos con posterioridad (art. 179.2 LC). No obstante, en ambos casos, dentro del año siguiente a la fecha de la resolución de conclusión de concurso por insuficiencia de masa activa, los acreedores podrán solicitar la reapertura del concurso con la finalidad de que se ejerciten acciones de reintegración, indicando las concretas acciones que deben iniciarse o aportando por escrito hechos relevantes que pudieran conducir a la calificación de concurso como culpable, salvo que se hubiera dictado sentencia sobre calificación en el concurso concluido (art. 179.3 LC).

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*



www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSJC

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 atencionalcliente@tirantonline.com

 www.tirantonline.com

