

**Revista  
Consumo  
y Empresa**

## SUMARIO

### ► Artículos de opinión

La calificación en el TRLC. Parte I. Especial referencia al Director General y la condena a la cobertura del déficit en el TRLC

María del Mar Hernández Rodríguez ..... 5  
*Magistrada especialista en Derecho Mercantil*

El pre-pack como solución a la venta de unidad productiva (VUP)

Víctor Fernández González ..... 15  
*Magistrado especialista en asuntos propios de lo mercantil, en excedencia. Socio de Lexaudit Concursal SLP*

Fraude de prestaciones a la Seguridad Social. Requisitos para la constitución del tipo atenuado del artículo 307 ter. 1 párrafo segundo del Código Penal. Análisis de la STS de 26 de junio de 2020

Amaya Merchán González ..... 28  
*Magistrada del Juzgado de lo Penal n.º 4 de Santander*

El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho: el plan de pagos

Olga Ahedo Peña ..... 32  
*Magistrada*

Derecho de la competencia. Problemas planteados por las diligencias de acceso a fuentes de prueba

María José Fernández Alcalá ..... 53  
*Magistrada adscrita al Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada*

## ► **Cuestión de actualidad. A debate**

Valoración de acciones a efectos del ejercicio del derecho de separación y exclusión. ¿A qué momento habrá de estarse para calcular el valor razonable de las acciones o participaciones sociales en los casos de separación y exclusión del socio de una sociedad de capital?

Javier Antón Guijarro / José María Tapia / Enrique Sanjuán / María del Mar Hernández Rodríguez ..... 69

## ► **Jurisprudencia seleccionada**

Novedades jurisprudenciales sobre consumo y empresa

María del Mar Hernández Rodríguez ..... 79  
*Magistrada especialista en Derecho Mercantil*

Novedades jurisprudenciales sobre condiciones generales de la contratación

María del Mar Hernández Rodríguez ..... 102  
*Magistrada especialista en Derecho Mercantil*

La Revista “Consumo y Empresa”, de carácter cuatrimestral, nace con la vocación de analizar y ofrecer posibles respuestas a cuestiones jurídicas de actualidad que generen controversia y se susciten en el ámbito de lo que en sentido amplio se conoce como Derecho Patrimonial.

Destinada fundamentalmente a profesionales del mundo del Derecho y de la Empresa, en su interior se diferencia una doble vertiente referida al derecho empresarial y el derecho de consumo. En la primera se incluyen contenidos propios de derecho societario, concursal, propiedad industrial o derecho de competencia. En la segunda, condiciones generales de la contratación, derechos de los consumidores o contratación bancaria, entre otros. Todo ello, desde un enfoque sustancialmente práctico sin dejar a un lado un plano dogmático.

Cuenta con un atractivo formato que pretende facilitar el manejo y acceso a sus contenidos. Se estructura en los siguientes bloques: El primero, “Artículos de opinión”, recoge distintos artículos y comentarios elaborados por expertos y profesionales de reconocido prestigio y competencia, especializados en los concretos temas desde una perspectiva sustancialmente práctica.

Un segundo bloque en el que se debate por expertos una “cuestión de consumo o de actuali-

dad”, se incluyen en cada caso una pregunta y las respuestas de los colaboradores permanentes con sus respectivas opiniones y su fundamento. Ambos pretenden fomentar el debate y la confrontación de opiniones y argumentos respecto a cuestiones que generen una especial controversia.

El tercero, Formularios, contiene formularios y modelos de diferentes escritos destinados fundamentalmente a los profesionales.

En el último bloque, “Resoluciones judiciales destacadas”, se incluye una relación de las resoluciones judiciales destacadas y novedosas, principalmente del Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictadas en materia de derecho de la empresa y el consumo, incluyendo una breve reseña de su contenido así como, en su caso, de la doctrina que fijan, para facilitar su identificación, manejo, examen y consulta.

Los autores y colaboradores son profesionales, expertos de reconocido prestigio y amplia experiencia, autores de diferentes obras jurídicas. Entre otros, Magistrados, Profesores de Universidad, Abogados, Abogados del Estado y Economistas.

► **Artículos de opinión**

## LA CALIFICACIÓN EN EL TRLC. PARTE I. ESPECIAL REFERENCIA AL DIRECTOR GENERAL Y LA CONDENA A LA COBERTURA DEL DÉFICIT EN EL TRLC

**Autor:** María del Mar Hernández Rodríguez

**Cargo:** Magistrada Especialista en Derecho Mercantil

**Resumen:** Este artículo pretende analizar algunas de las principales novedades sustantivas del TRLC en la regulación de la sección de calificación. Entre otras, la novedosa introducción de la figura del director general o el nuevo concepto de déficit concursal.

**Palabras clave:** Proceso concursal, sección de calificación, calificación concursal, director general, déficit concursal.

**Abstract:** This article aims to analyze the main novelties of the consolidated text of the bankruptcy law respect to the classification section of insolvency process. Among others, the introduction of the manager general or the new concept of bankruptcy deficit.

**Keywords:** Insolvency process, classification section, bankruptcy qualification, manager general, bankruptcy deficit.

### SUMARIO

#### I. NOCIONES PRELIMINARES

#### II. PERSONAS AFECTADAS POR LA CALIFICACIÓN

1. Apoderado general
2. Director general
3. Representante persona física del deudor persona jurídica
4. Los administradores de hecho y la protección de los covenant

#### III. LA CONDENA A LA COBERTURA DEL DÉFICIT

1. Planteamiento de la cuestión: La definición del déficit concursal en el TRLC y el concepto jurisprudencial
2. Las incógnitas del concepto de déficit en el TRLC
3. La conciliación del concepto de déficit del art. 456.2 TRLC y la jurisprudencia del TS

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

## I. NOCIONES PRELIMINARES

La nueva regulación de la calificación concursal en el Texto Refundido de la Ley Concursal aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, presenta importantes novedades respecto a la recogida en la Ley Concursal. En algunos aspectos ha mejorado y aclarado la anterior, resolviendo dudas interpretativas y asumiendo criterios jurisprudenciales. Sin embargo, en otros se ha separado de ellos y ha introducido algunos cambios que han generado polémicas sobre la existencia de un posible ultra vires.

La **sección de calificación** continúa residenciando la tramitación del procedimiento previsto para fiscalizar la posible culpabilidad en la causación o agravación de la situación de insolvencia, manteniendo su carácter contingente y su tramitación como sección sexta del concurso que según el art. 508. 6º LC comprende todo lo relativo a la calificación del concurso y sus efectos.

Continúa pivotando sobre *la generación o agravación del estado de insolvencia con dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, directores generales, y de quienes, dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, hubieren tenido cualquiera de estas condiciones* a que se refiere el art. 442 TRLC, que se acompaña de los "supuestos especiales" del art. 443 TRLC (antiguas presunciones *iuris et de iure* del art. 165.2 LC) y "presunciones de culpabilidad" del art. 444 TRLC (antiguas presunciones relativas de culpabilidad del art. 165.1 LC), a lo que se debe añadirse el art. 700 LTRLC que se ocupa ahora del supuesto especial del art. 165.2 LC.

A continuación nos referiremos a algunos de los aspectos sustantivos más destacados de la calificación en el TRLC como son la **intro-**

**ducción de la figura del director general o la nueva definición del concepto de déficit concursal.**

No obstante, adelantamos algunas de las conclusiones provisionales que alcanzamos. Por un lado, en cuanto a la **determinación de las personas afectadas por la calificación**, entendemos que debe darse un valor relativo a la introducción del director general. Sigue siendo necesario mantener el enfoque en la figura del administrador de hecho como criterio de imputación y, además, debe tomarse como antecedente remoto de valor interpretativo el concepto societario de director general.

Por otro, respecto al concepto de déficit, entendemos necesario interpretar el art. 456.2 TRLC a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo por la **dificultad de construir la propia concurrencia del déficit y su cuantificación**, sobre la base del inventario que tiene un carácter dinámico y flexible respecto a su contenido (bienes y derechos que incluye) y el avalúo. Consideramos que, ni se puede focalizar la responsabilidad concursal y la condena a la cobertura del déficit, tanto en cuanto a su declaración como respecto a su cuantificación, en el inventario, ni otorgar a este documento un valor irrefutable como minuyendo de la resta para determinar el déficit, siendo el papel del déficit del art. 456.2 TRLC de mera presunción *iuris tantum*.

## II. PERSONAS AFECTADAS POR LA CALIFICACIÓN

### 1. Apoderado general

Sin duda el aspecto más destacado del art. 442 TRLC, que se reproduce en los arts. 455 y 456, es la inclusión del director general dentro del elenco de los **sujetos a los que se**

### **puede imputar la conducta que da lugar a la calificación del concurso como culpable cuando el deudor es una persona jurídica.**

Esto ha ido acompañado, por un lado, de la paralela eliminación de la referencia a los apoderados generales y, por otro, de la inclusión del director general dentro del elenco de posibles personas afectadas por la calificación.

### **La supresión del apoderado general en la regulación de la calificación del concurso**

tiene un indudable valor positivo. El simple apoderamiento general no es suficiente para considerar a un sujeto como afectado por la calificación. La necesidad de gozar de autonomía en su actuación y proceso de toma de decisión y el carácter insuficiente de la simple formalidad del apoderamiento era generalmente reconocido por la doctrina. A su vez, la jurisprudencia exigía una autonomía en su actuación para asimilarlo a un administrador de hecho (STS de 2 de febrero de 2008<sup>1</sup> y 14 de abril de 2009<sup>2</sup>). Por ello, la mención del apoderado general, tanto al describir la conducta en el art. 164 LC como al enumerar las posibles personas afectadas por la calificación en el art. 172 LC, podía generar confusión al situarlo, al menos de manera formal, al mismo nivel que los administradores y liquidadores.

Por otro lado, que el TRLC omita cualquier referencia a esta figura no excluye que un apoderado general pueda ser declarado persona afectada por la calificación. Podrá serlo **si es considerado administrador de hecho**. A su vez, no hay ningún obstáculo para que sea declarado cómplice siempre que, en términos del art. 445 TRLC, **con dolo o culpa grave** hayan cooperado con el deudor o con sus representantes legales y, en el caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, o con sus directores generales, a cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable.

Esto nos permite sostener que la eliminación de la mención al apoderado general no conlleva su exclusión de la calificación y que, en definitiva, poco o nada supone en este sentido el cambio ya que un apoderado general, si actúa con autonomía y es considerado como administrador de hecho, será persona afectada por la calificación.

## **2. Director general**

La paralela introducción del director general no es tan inocua. Son varias las cuestiones que se suscitan. Entre otras, podemos plantearnos si ¿es el mismo director general que el previsto en la LSC y con ello se está armonizando legislación societaria y concursal?

¿Se está equiparando al director general con el administrador de hecho o presumiendo que el director general es un administrador de hecho? De ser así, ¿la presunción es susceptible de prueba en contrario?

A su vez, si hay consejero delegado, ¿se puede considerar al director general persona afectada por la calificación?

Más allá, ¿basta con la simple denominación del cargo como director general o es preciso que ocupe las más altas tareas de dirección de la sociedad? o ¿puede haber más de un director general?

En la Ley de Sociedad de Capital se regula la figura del director general en el art. 236.4, señalando que: *Cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados, todas las disposiciones sobre deberes y responsabilidad de los administradores serán aplicables a la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad, sin perjuicio de las acciones de la sociedad basadas en su relación jurídica con ella.*

Como anticipábamos, se plantea si el director general del TRLC es el mismo que el del art. 236.4 LSC. No hay duda de que cuando el art. 132.1 TRLC<sup>3</sup> se refiere al director general lo hace en relación al del art. 236.4 LSC. Sin embargo, la cuestión está totalmente abierta en el caso del director general de la sección de calificación y, por extensión, del art. 133 TRLC referido al embargo de bienes<sup>4</sup>.

En principio podríamos defender que el art. 236.4 LSC es una norma troncal **aplicable a todos los supuestos de responsabilidad** no solo societaria sino también concursal. Sin embargo, de ser así, cuando hay un consejero delegado o en una sociedad haya designado más de un director general, tendríamos que rechazar su consideración como persona afectada por la calificación.

Aquí defendemos que ambas situaciones son compatibles. En principio, el concepto ordinario de director general en nuestro derecho será el dado por la Ley de Sociedades de Capital. Por ello, el acento debemos de ponerlo en la **asunción de las más altas funciones de dirección de la sociedad**.

Sin embargo, no es descartable que aun cuando no se reúnan sus requisitos, por haber un consejero delegado o por existir formalmente más de un director general, pueda ser una persona declarada afectada por la calificación a pesar de no encajar formalmente en la definición contenida en el artículo 236.4 LSC. En este caso, constando la asunción de las más altas facultades de dirección (que permiten de facto equipararlo a un administrador de hecho), **cuando se ejercen dichas facultades con autonomía, será posible declarar a una persona afectada por la calificación, además, por su consideración como administrador de hecho**.

Por ello, entendemos que la novedosa introducción del director general en sede de cali-

ficación en el TRLC y la paralela eliminación del apoderado general como persona afectadas por la calificación no supone un cambio sustancial.

### 3. Representante persona física del deudor persona jurídica

El TRLC, en sede de calificación, nada dice sobre la figura de la persona física representante del administrador persona jurídica. Sin embargo, el art. 236.5 LSC le incluye dentro de los **sujetos responsables por los daños causados a la sociedad, los socios y los acreedores**. Según este precepto, *La persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica deberá reunir los requisitos legales establecidos para los administradores, estará sometida a los mismos deberes y responderá solidariamente con la persona jurídica administrador*.

Igualmente, el art. 132 TRLC, al regular los efectos de la declaración de concurso sobre las acciones contra los administradores, liquidadores o auditores de la sociedad deudora, sí se refiere a él en el apartado 1.

Esto nos plantea si este representante queda al margen de la calificación o si, por el contrario, cabe acudir directamente al art. 236.5 LSC y, por ello, a pesar de no estar incluido en el elenco de sujetos responsables de los arts. 442, 445 y 456 TRLC, sí puede ser persona afectada por la calificación.

Aquí nos inclinamos por considerar que la exclusión de la persona física representante del administrador persona jurídica no es inocente. Por ello, **no puede ser considerada como posible persona afectada por la calificación**. Quien en su caso podrá serlo es el administrador persona jurídica a quien representa.



Cuestión distinta será lo que acontece en aquellos supuestos en los que por encima de su condición de persona física representante del administrador persona jurídica, sea un **auténtico administrador de hecho**. En este caso, su afectación por la calificación obedecerá a esta última circunstancia y no a su cargo como representante del administrador.

Partiendo de la tesis que aquí se sostiene, se plantea la trascendencia de lo pactado entre la persona jurídica administrador y su representante. Consideramos que ese vínculo contractual proyecta su eficacia de manera exclusiva *ad intra*, en el **ámbito interno de las relaciones entre administrador y representante**. En cambio, por su carácter relativo, no es posible expandir su eficacia ante un tercero, como es la sociedad, ni respecto al concurso de acreedores. En consecuencia, **un teórico pacto o acuerdo entre el administrador persona jurídica y su representante persona física en virtud del cual este último asumiese la posible responsabilidad frente a terceros no sería oponible en el concurso**.

Una última cuestión es si cabe **acción de repetición**. Esto es, si podrá dirigirse el administrador persona jurídica que fue declarada persona afectada por la calificación frente a la persona física que le representaba. Entendemos que se podría justificar el ejercicio de una acción de repetición por parte del administrador frente a su representante de haberse excedido este en su actuación o haber actuado al margen del mandato. En todo caso, se trataría de una acción ajena al concurso y a la sección de calificación.

#### 4. Los administradores de hecho y la protección de los *convenant*

Al igual que el art. 172 bis LC, el art. 455 TRLC establece que *si alguna de las personas afectadas lo fuera como administrador o liquidador*

*de hecho, la sentencia deberá motivar específicamente la atribución de esa condición*. Sin embargo, como novedad añade que *no tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que, en virtud de lo pactado en el convenio tuvieran derechos especiales de información, de autorización de determinadas operaciones del deudor o cualesquiera otras de vigilancia o control sobre el cumplimiento del plan de viabilidad, salvo que se acreditara la existencia de alguna circunstancia de distinta naturaleza que pudiera justificar la atribución de esa condición*.

Con esta previsión se ha querido otorgar carta de naturaleza a los conocidos como **convenant** en virtud de los cuales **se puede atribuir a algunos acreedores determinadas funciones sobre el deudor, entre otras, de control, supervisión o incluso participación en decisiones del propio deudor**, destinadas a asegurar que actúa de forma que le permita hacer frente a los compromisos adquiridos. En el art. 455 TRLC se evita que en virtud de ellas sean considerados estos acreedores administradores de hecho y declarados personas afectadas por la calificación. Para reconocerles la condición de administrador de hecho resulta necesario un plus consistente en la imputación de actuaciones y conductas al margen de esas atribuciones.

En una primera lectura podría plantearse si con la referencia al convenio se está refiriendo de manera exclusiva al convenio concursal, excluyendo la protección de los *convenant* pactados en acuerdos de refinanciación que, por otro lado, es su sede habitual, o en un acuerdo extrajudicial de pagos. Sin embargo, debe recordarse aquí que el TRLC ha roto parcialmente la unidad en la regulación de la calificación del concurso al posponer al Libro II, en concreto, su Título 5<sup>a</sup> relativo al concurso consecutivo, la regulación de las especialidades de la calificación en el concurso consecutivo. En concreto, según el art. 701.2 TRLC: 2. *En el concurso consecutivo, no*

tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que, en virtud de lo pactado en un acuerdo de refinanciación no rescindible o en un acuerdo extrajudicial de pagos tuvieran derechos especiales de información, de autorización de determinadas operaciones del deudor o cualesquiera otras de vigilancia o control sobre el cumplimiento el plan de viabilidad, salvo que se acreditara la existencia de alguna circunstancia de distinta naturaleza que pudiera justificar la atribución de esa condición. Por ello, **la protección se extiende a los pactos incluidos en los acuerdos extrajudiciales de pago y los acuerdos de refinanciación no rescindibles.**

Dejamos apuntada solamente la posible relevancia de la distinta regulación contenida en el art. 283.3 último párrafo TRLC frente al art. 455 TRLC, que plantea la cuestión de si en relación a la posible consideración del acreedor como personas especialmente relacionadas con el deudor a los efectos de subordinación de créditos la protección de los convenant es más amplia (art. 283 TRLC *Tampoco tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que hayan suscrito un acuerdo de refinanciación, convenio concursal o acuerdo extrajudicial de pagos por las obligaciones que asuma el deudor en relación con el plan de viabilidad salvo que se probase la existencia de alguna circunstancia que pudiera justificar esta condición*) que en el sede de calificación del concurso (art. 455 TRLC: *No tendrán la consideración de administradores de hecho los acreedores que, en virtud de lo pactado en el convenio tuvieran derechos especiales de información, de autorización de determinadas operaciones del deudor o cualesquiera otras de vigilancia o control sobre el cumplimiento del plan de viabilidad, salvo que se acreditara la existencia de alguna circunstancia de distinta naturaleza que pudiera justificar la atribución de esa condición*).

### III. LA CONDENA A LA COBERTURA DEL DÉFICIT

#### 1. Planteamiento de la cuestión: La definición del déficit concursal en el TRLC y el concepto jurisprudencial

Una de las principales novedades en la regulación de la calificación en el TRLC es el art. 456, equivalente al antiguo 172 bis LC, que se ocupa la que ahora se denomina condena a la cobertura del déficit.

Según este precepto *1. Cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el juez, en la sentencia de calificación, podrá condenar, con o sin solidaridad, a la cobertura, total o parcial, del déficit a todos o a algunos de los administradores, liquidadores, de derecho o de hecho, o directores generales de la persona jurídica concursada que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación en la medida que la conducta de estas personas que haya determinado la calificación del concurso como culpable hubiera generado o agravado la insolvencia.*

*2. Se considera que existe déficit cuando el valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario de la administración concursal sea inferior a la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores.*

*3. En caso de pluralidad de condenados a la cobertura del déficit, 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.*

*4. En caso de reapertura de la sección sexta por incumplimiento del convenio, si el concurso hubiera sido ya calificado como culpable, el juez para fijar la condena a la cobertura, total o parcial, del déficit, atenderá tanto a los hechos de-*

*clarados probados en la sentencia de calificación como a los determinantes de la reapertura.*

Varios aspectos son destacables en él. Entre ellos, que se haya aclarado la **posibilidad de realizar una condena a la cobertura del déficit con o sin solidaridad**, zanjando con ello cualquier discusión. Sin embargo, el más destacable de todos, y a la vez más polémico, es la definición del concepto de déficit concursal, ausente en el art. 172 bis.

Se refiere el art. 456.2 TRLC a la existencia de déficit *cuando el valor de los bienes y derechos de la masa activa según el inventario de la administración concursal sea inferior a la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores*. Sigue con ello un concepto patrimonial del déficit.

Sin embargo, la jurisprudencia había acuñado un concepto de **déficit liquidatorio**. El último exponente de esto han sido las [sentencias 213/2020](#) y [214/2020](#), ambas de 29 de mayo, posteriores a la publicación en el BOE del Texto Refundido de la Ley Concursal (7 de mayo de 2020). En estas se expone: *Si la insolvencia fuera el déficit patrimonial al tiempo de la declaración de concurso, entonces tendría sentido la interpretación sostenida por el recurrente, pues se respondería de la contribución a la generación o agravación de este déficit. Pero como el concepto de insolvencia, por cuya contribución a la generación o agravación se responde, no es el déficit patrimonial sino la imposibilidad de cumplir de forma regular las obligaciones exigibles, es necesario seguir indagando a qué se refiere el art. 172 bis LC cuando prevé la condena a la cobertura del déficit (total o parcial).*

A continuación, recordando la jurisprudencia de la Sala que atribuye una **naturaleza resarcitoria a la condena a cubrir el déficit**, insiste en que *la justificación o ratio iuris de esta responsabilidad por déficit radica en la contribución a la generación o agravación de la*

*insolvencia, que es la que provocó la apertura del concurso y, en caso de liquidación, la consecuencia final de que no se puedan pagar todos los créditos. Por ello, bajo esta lógica resarcitoria, tiene sentido que el déficit, en cuanto que impide puedan ser pagados todos los créditos, sea el resultado de la insolvencia. Finalmente concluye definiendo el déficit como pasivo (contra la masa y concursal) que no pueda llegar a satisfacerse con el activo realizado, y que lo sea en la medida en que el tribunal de instancia haya justificado que contribuyeron a esa generación o agravación de la insolvencia.*

Son evidentes las dudas que surgen ante el examen comparado del art. 456 TRLC y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que siguen, respectivamente, un **concepto patrimonial y liquidatorio del déficit**. Las consecuencias de acuñar uno u otro son notables, destacando entre ellas que varía el momento en que debe ser apreciado el déficit. En un caso habrá de estar al informe de la administración concursal. En otro, tendremos que esperar al resultado de la liquidación del activo. A su vez, el saldo de ese déficit e incluso su efectiva existencia puede ser dispar en ambos casos.

Mucho se ha discutido sobre si la nueva regulación supone un *ultra vires* y por ello debe dejar de ser aplicada por los Tribunales. Se ha pretendido ver en las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de mayo una especie de declaración de intenciones del Alto Tribunal, favorable al mantenimiento de su tesis liquidatoria frente a la patrimonial del TRLC, por ser de fecha posterior a este. Sin embargo, entendemos que esa conclusión es precipitada puesto que dicha sentencia trae causa de unas deliberaciones del mes de marzo, justo tras declararse el estado de alarma, y es precisamente esta circunstancia extraordinaria la que seguramente ha causado que las sentencias se demorasen hasta finales de mayo. En consecuencia, cuando se produjo la deliberación y votación no había sido aún pu-

blicado el TRLC, por lo que **entendemos que no es posible apreciar intencionalidad** en la decisión plasmada en estas resoluciones.

## 2. Las incógnitas del concepto de déficit en el TRLC

La nueva regulación plantea algunas incógnitas como son **si ha de estarse al informe provisional o al definitivo**, la congruencia de este concepto con el valor meramente informativo y carácter flexible del inventario o lo que acontece con los créditos contra la masa. Otras se planteaban también antes del TRLC, si bien se agudizan en la norma refundida como sucede en relación al papel de los créditos objeto de especial reconocimiento en el cálculo del déficit. Podemos responder a la primera cuestión señalando al informe definitivo como el elemento determinante para conocer la existencia de déficit. Sin embargo, el resto de objeciones merecen mayor detalle.

### *Créditos contra la masa*

Comenzando por los créditos contra la masa, en la tesis liquidatoria mantenida por el Tribunal Supremo se incluye a los créditos contra la masa para valorar la concurrencia de déficit y su cuantía. En cambio, el art. 456 TRLC se refiere a *la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores*. En puridad, los créditos contra la masa no forman parte de la lista de acreedores puesto que se incluyen en relación adjunta a dicha lista según el art. 288 TRLC.

Aunque pudiéramos salvar este inconveniente y entender que la referencia a los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores incluye no solamente tal lista en sentido estricto sino la relación adjunta de los créditos contra la masa, aún restaría un inconveniente mayor. Así como la lista definitiva de acreedores únicamente puede

ser alterada en los supuestos excepcionalmente previstos, de tal manera que supone una foto fija del pasivo y en todo caso sus posibles modificaciones se incluirán en ella en aplicación de los arts. 308 a 314 TRLC, los créditos contra la masa se van alterando en el tiempo, extinguiéndose por pago y naciendo otros nuevos a lo largo de la tramitación del concurso, de manera que ni siquiera siguiendo un concepto amplio de la "lista de acreedores" podríamos obtener de ella datos suficientes en relación a los créditos contra la masa.

Entendemos que este óbice no puede llevar a una interpretación literal del concepto de déficit del art. 456 TRLC y a concluir que los créditos contra la masa deban ser excluidos de su cálculo, pero sí fuerza a realizar una interpretación correctora del precepto que permita valorar la relación actualizada de créditos contra la masa. En todo caso, y sin perjuicio de la tesis que defenderemos más adelante, la consecuencia será que ese carácter estático de la valoración de déficit pretendida en el TRLC atendiendo de manera estricta al informe de la administración concursal no será tal, sino que dependerá de la evolución de los créditos contra la masa.

### *Créditos objeto de especial reconocimiento*

Iguals problemas se plantean respecto a los créditos que son objeto de especial reconocimiento, como son los sometidos a condición (art. 261 TRLC), litigiosos (art. 262 TRLC), garantizados con un patrimonio adicional de responsabilidad (art. 263 TRLC) o créditos públicos (art. 265 TRLC). Estos preceptos se ocupan de los efectos que estas reglas especiales de reconocimiento tienen en relación a los derechos concursales que les corresponden a los acreedores. Sin embargo, salvo en los casos en los que proceda la modificación de la lista de acreedores (art. 266 TRLC), nada se dice sobre las consecuencias que este especial reconocimiento tendrá so-

bre el cálculo del déficit, lo que nos plantea cómo deben ser valorados estos créditos y si deben ser tomados en consideración para su cálculo.

### **Carácter flexible del inventario**

También es difícil coligar esta definición del déficit del TRLC con el valor meramente informativo que se predica del inventario, entre otras, en la [STS 558/2018, de 9 de octubre](#)<sup>5</sup> y, especialmente, con su carácter dinámico en el que insiste dicha resolución indicando que *no es inamovible, sino que tiene un carácter dinámico, en la medida en que el concursado puede enajenar bienes y derechos y adquirir otros durante el concurso, además de los resultados que pueden arrojar las acciones de reintegración como cauce procesal para la recuperación de bienes que salieron indebidamente de la masa activa*. Lo cierto, además, es que aunque el avalúo de cada uno de los bienes y derechos incluidos en el inventario haya de realizarse conforme a su valor de mercado (art. 201 TRLC), dichas valoraciones teóricas no tienen que coincidir necesariamente con el valor efectivo de realización.

En todo caso, la relevancia que el art. 456.2 TRLC da al inventario incluido en la lista de acreedores traslada a la administración concursal un **especial deber de diligencia** en su elaboración en aras a evitar que valoraciones desajustadas a la realidad del mercado impidan apreciar dicho déficit concursal o den un saldo lejano al resultado real en el concurso.

### **3. La conciliación del concepto de déficit del art. 456.2 TRLC y la jurisprudencia del TS**

Aquí defendemos que la solución a los obstáculos anteriores pasa por realizar una interpretación del art. 456.2 TRLC a la luz de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, de manera que ambas resulten conciliables. De este modo, la definición de déficit

del art. 456.2 TRLC serviría para identificar cuando existe o concurre pero no puede llevar a consecuencias absurdas que priven de la función restitutoria que el Tribunal Supremo ha atribuido a la responsabilidad concursal y que ha de predicarse de la condena a la cobertura del déficit.

Con ello, la regla de cálculo del art. 456.2 TRLC jugaría como una presunción *iuris tantum* de la existencia de déficit y su cuantificación, susceptible de prueba en contrario. Si a pesar del teórico **déficit concursal fruto del saldo negativo resultante del examen comparado de inventario y lista de acreedores**, en el momento de realización de los bienes y derechos de la masa activa lo obtenido es suficiente para la atención del pasivo (concursal y contra la masa), nunca podría haber una condena al cubrir un déficit inexistente. De la misma manera y en sentido inverso, a pesar de que la contraposición entre inventario y lista de acreedores no dé un resultado negativo, será posible apreciar un déficit concursal si en la efectiva realización de los bienes y derechos de la masa activa no se ha obtenido suficiente para atender a todo el pasivo.

En consecuencia, otorgamos a la regla del art. 456.2 TRLC un valor de presunción de déficit que puede ser empleada tanto para determinar su existencia como para su cuantificación. Sin embargo, defendemos que se trataría de una **presunción iuris tantum**, susceptible de prueba en contrario en ambas vertientes, esto es, en relación a la propia concurrencia de déficit como de su cuantía.

Por otro lado, y unido a lo anterior, entendemos que el resultado del examen comparativo de inventario y lista de acreedores a que se refiere el art. 456.2 TRLC, no constituye el tope máximo del déficit a reconocer ni, por lo tanto, el límite máximo de la posible y teórica condena a cubrir el déficit. De nuevo, su jue-

go en este ámbito sería de presunción *iuris tantum*, igualmente susceptible de prueba en contrario.

Todo lo anterior, puesto que resulta difícil sustentar tanto la existencia del déficit como su cuantificación sobre la base del inventario, una de cuyas características esenciales es su carácter dinámico y la flexibilidad de los datos que incluye en relación al contenido (bienes y derechos) y su avalúo. Por ello, consideramos que **no se puede concentrar la responsabilidad concursal y la condena a la cobertura del déficit**, tanto en cuanto a su declaración como respecto a su cuantificación, en el inventario. También, que no cabe otorgar a este documento un valor irrefutable como minuendo de la resta para determinar el déficit, debiendo tenerse como elementos correctores los parámetros fijados por el Tribunal Supremo.

## V. BIBLIOGRAFÍA

ANTÓN GUIJARRO, Sección de Calificación, Práctico Concursal, 2020, Ed. Vlex.

FUENTES DEVESA, RAFAEL, Algunas problemáticas de los sujetos responsables en la Sección de calificación concursal, Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 2, 2019.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, MARÍA DEL MAR, Segunda Oportunidad, Francis Lefebvre 2020.

Novedades Jurisprudenciales en materia de Calificación Concursal, Revista Consumo y Empresa núm. 6, dic. 2017, Vlex.

MARTÍNEZ MUÑOZ, MIGUEL, El cambio de los apoderados generales por los directores generales como personas afectadas por la

calificación en el TRLC, Anuario de Derecho Concursal núm. 51, 2020.

SANCHO GARGALLO, IGNACIO, Consideraciones sobre la refundición de la legislación concursal y su adecuación a la jurisprudencia, Anuario de Derecho Concursal núm. 51, 2020.

La apertura de la sección de calificación, Anuario de Derecho Concursal núm. 34, 2015.

[1] STS 55/2008, de 2 de febrero, en relación a una acción de responsabilidad frente a administradores *Cabe, sin embargo, la equiparación del apoderado o factor mercantil al administrador de hecho (STS de 26 de mayo de 1998, 7 de mayo de 2007 rec. 2225/2000) en los supuestos en que la prueba acredite tal condición en su actuación. Esto ocurre paradigmáticamente cuando se advierte un uso fraudulento de la facultad de apoderamiento en favor de quien realmente asume el control y gestión de la sociedad con ánimo de derivar el ejercicio de acciones de responsabilidad hacia personas insolventes, designadas formalmente como administradores que delegan sus poderes, pero puede ocurrir también en otros supuestos de análoga naturaleza, como cuando frente al que se presenta como administrador formal sin funciones efectivas aparece un apoderado como verdadero, real y efectivo administrador social (STS de 23 de marzo de 2006, recurso 2643/1999).*

[2] STS 240/2009: *La condición de administrador de hecho no abarca, en principio, a los apoderados (SSTS de 7 de junio de 1999 y 30 de julio de 2001), siempre que actúen regularmente por mandato de los administradores o como gestores de estos, pues la característica del administrador de hecho no es la realización material de determinadas funciones, sino la actuación en la condición de administrador sin observar las formalidades esenciales que la ley o los estatutos exigen para adquirir tal condición.*

[3] Art. 132.1 TRLC "Declarado el concurso, corresponderá exclusivamente a la administración concursal el ejercicio de las acciones de responsabilidad de la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de derecho o de hecho; contra la persona natural designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de adminis-

trador persona jurídica y contra la persona, cualquiera que sea su denominación, que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad cuando no exista delegación permanente de facultades del consejo en uno o varios consejeros delegados”.

[4] Art. 133.1 TRLC “Desde la declaración de concurso de persona jurídica, el juez del concurso, de oficio o a solicitud razonada de la administración concursal, podrá acordar, como medida cautelar, el embargo de bienes y derechos de los administradores o liquidadores, de derecho y de hecho, y directores generales de la persona jurídica concursada así como de quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de aquella declaración, cuando de lo actuado resulte fundada la posibilidad de que en la sentencia de calificación las personas a las que

afecte el embargo sean condenadas a la cobertura total o parcial del déficit en los términos previstos en esta ley”.

[5] STS 558/2018 “La función del inventario es predominantemente informativa, a fin de que los acreedores puedan conocer con qué bienes y derechos cuenta el concursado para cumplir una posible propuesta de convenio, o cuál sería el resultado económico previsible que traería, en la práctica, la liquidación de su patrimonio.

Razón por la cual el art. 148.1 LC, al referirse a los bienes y derechos realizables en la fase de liquidación, no alude a los recogidos en los textos definitivos, sino, con mayor amplitud, a los «bienes y derechos integrados en la masa activa”.

## EL PRE-PACK COMO SOLUCIÓN A LA VENTA DE UNIDAD PRODUCTIVA (VUP)

**Autor:** Víctor Fernández González

**Cargo:** Magistrado especialista en asuntos propios de lo mercantil, en excedencia. Socio de Lexaudit Concursal SLP

**Resumen:** La práctica concursal en la actualidad, derivado de las reformas experimentadas en la legislación especial fruto de la experiencia acumulada en los más de 15 años transcurridos, demuestra la necesidad de centrar el foco de la solución a la situación de insolvencia en la venta de la unidad productiva. Al margen del convenio y de la liquidación, la transmisión de la unidad productiva resulta una fórmula atractiva y eficaz. Más aún cuando adoptando modelos de derecho comparado y teniendo presente la regulación comunitaria que debe trasponerse a nuestro ordenamiento, se permite anticipar esa solución negociada, en los términos que los juzgados de lo mercantil de Barcelona han empezado a implementar.

## SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. FUNCIONAMIENTO DE LAS VENTAS DE LA UNIDAD PRODUCTIVA BAJO LA LEY CONCURSAL
  - 1. La venta en concurso
  - 2. La venta negociada previa al concurso y consumada tras su declaración
  - 3. La venta negociada y ejecutada en el concurso
- III. LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS Y PREVENTIVOS EN LA VENTA DE LA UNIDAD PRODUCTIVA EN DERECHO COMPARADO: EL CASO INGLÉS
- IV. LAS SOLUCIONES DE LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL DE BARCELONA
- V. PROPUESTAS DE ADAPTACIÓN DE NUESTRA LEGISLACIÓN CONCURSAL

### I. INTRODUCCIÓN

Permítame el lector que comience estas líneas refrescando unas frases para el recuerdo:

*Con frecuencia, empresas realmente viables desde un punto de vista operativo (es decir susceptibles de generar beneficios en su negocio ordinario), se han tornado en inviables desde un punto de vista financiero. Ante esta situación existen dos alternativas: o bien liquidar la empresa en su conjunto, o bien sanearla desde un punto de vista financiero, con el fin de que la deuda remanente sea soportable, permitiendo así que la empresa siga atendiendo sus compromisos en el tráfico económico, generando riqueza y creando puestos de trabajo. Parece evidente que la segunda alternativa es preferible a la primera, siendo en consecuencia obligación de los poderes públicos adoptar medidas favorecedoras del alivio de carga financiera o «desapalancamiento».*

*El procedimiento concursal español concluye en un alto número de casos en la liquidación del deudor, de modo que la fase preconcursal resulta verdaderamente determinante para la reestructuración financiera de las empresas.*

La autoría de esas expresiones debe atribuirse al legislador, expuestas en preámbulo de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, aquella por la que se adoptaban **medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial**.

En ellas se reconoce la necesidad de implementar un nuevo modelo de la gestión de la insolvencia de las empresas dirigiéndola hacia la solución más conveniente, adecuada y realista con los tiempos vividos y la visión de futuro. La incorporación de la venta de la unidad productiva en todas las fases del proceso concursal se hace imperativa en nuestro modelo legislativo, tratando de lo-



grar una adecuada solución a la insolvencia de nuestro tejido empresarial.

Un marco normativo encuadrado en una situación de superación de la crisis financiera mundial derivada de la caída de Lehman Brothers, y en un momento en el que se constata que el modelo recogido en la Ley 22/2003, debía ser superado y adaptado a las nuevas necesidades del mercado. Frente al absoluto posicionamiento a favor del convenio como solución normal a la insolvencia y, por ende, a satisfacer a los acreedores sus créditos, el legislador recoge la nueva visión que del proceso concursal resulta de la experiencia vivida en esos tiempos convulsos.

Es necesaria la protección de los acreedores, pero no lo es menos que también **debe cuidarse el tejido empresarial como motor imprescindible para cuidar de la economía nacional que implicaría atender a los acreedores y el mantenimiento de los puestos de trabajo**. La destrucción del tejido empresarial como consecuencia de la liquidación de las sociedades concursadas, ante la imposibilidad de alcanzar ninguna clase de convenio, lanza al legislador a buscar otras alternativas que permitan cumplir con los fines y propósitos básicos de los procesos universales.

La liquidación de las empresas no tenía por qué suponer la desaparición del negocio, la destrucción de los puestos de empleo, la venta "a derribo" de los activos más sensibles y la pérdida de ese valor general.

Se estaban implementando, desde la práctica diaria de los Juzgados, soluciones "imaginativas" dirigidas a lograr ese objetivo de salvar las empresas compaginándolo con la satisfacción de los intereses de los acreedores, consistentes en vehicular la solución legal de la venta de la unidad productiva anticipándola a la fase común.

Precisamente esas soluciones son las que acaban plasmadas en la ley citada al principio de este artículo, bajo el ideario que se ha citado.

Queda así impulsada y consolidada la fórmula de la venta de la unidad productiva como alternativa real a la insolvencia. Una fórmula extrapolable a cualquier fase o momento del concurso, incluida la fase común, que debe cumplir con los objetivos de garantizar la viabilidad del proyecto empresarial (con los que mantiene el negocio y los puestos de trabajo), la maximización del valor de la unidad productiva como garantía para el pago a los acreedores, asegurar la publicidad, transparencia y concurrencia del proceso que conduzcan a una rápida resolución en el marco de un proceso concursal.

Esta fórmula ha quedado reforzada con la reforma de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, que incluyó un precepto específico relativo a la venta de la unidad productiva, el art. 146 bis, que luego ha sido trasladado al nuevo texto refundido, en sus artículos 215 a 225 TRLC, ambos inclusive, constanding su definición en el art. 200 del mismo texto legal.

## II. FUNCIONAMIENTO DE LA VENTAS DE LA UNIDAD PRODUCTIVA BAJO LA LEY CONCURSAL

En el marco de nuestra legislación concursal, tras las sucesivas reformas del texto legal, hemos alcanzado un punto en el que se ha potenciado normativamente **la venta de la unidad productiva como fórmula primordial para la solución de la insolvencia de las empresas**. Prueba evidente de ello son las frases con las que he comenzado este artículo, que se extraen del preámbulo de la Ley 17/2014.

La venta de la unidad productiva está presente en el expediente concursal, pero también en la fase previa a la declaración del concurso.

## 1. La venta en precurso

La comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores de los arts. 583 y siguientes TRLC, dirigidas a obtener adhesiones a una propuesta de convenio, alcanzar un acuerdo de refinanciación o, simplemente, eliminar la insolvencia, permiten acudir a la fórmula de la venta del negocio a un tercero que esté en condiciones de permitir la pervivencia de la empresa, manteniendo su estructura, los puestos de trabajo, dotarla de la liquidez necesaria y, en definitiva, cumplir con los acreedores.

Expresamente no se contempla la venta de la unidad productiva, pero implícitamente sí. Nada impide que en el marco de un acuerdo de refinanciación se pueda estipular esa venta, o que, sin existir la formalidad de este, se negocie y se cierre esa venta. Es cierto que en el marco de un acuerdo de refinanciación homologable podría gozar de la protección que dota la resolución del juzgado que lo acepte. Pero no lo es menos, que la no homologación (por la causa que sea), no invalida su valor, ni el contenido, ni su eficacia.

En estos supuestos, se pueden apreciar una serie de condicionantes que pudieran comprometer el buen éxito de la venta.

Podemos mencionar la **limitación temporal**, dado que el artículo 595 TRLC impone que la duración de este instituto preconcursal tenga una duración máxima de cuatro meses (la fórmula legal es tres meses para negociar y uno más para presentar el concurso voluntario). El hecho de que ese acuerdo deba estar cerrado en este lapso de tiempo puede comprometer gravemente el éxito de la opera-

ción. Un tipo de negociación como la que estamos haciendo referencia, requiere de más plazo y reducirlo puede implicar la posibilidad de frustrar el proyecto. De todos es conocido que una venta de un negocio requiere de un proceso de publicitación de la venta, de búsqueda de inversores/compradores, de análisis de la compañía por los oferentes, de una negociación del precio y de las condiciones, de un redactado de los documentos correspondientes, y de una ejecución de la operativa (lo que incluye las relaciones laborales, contratos vinculados a la explotación, etc). Y difícilmente eso puede cuadrarse en 4 meses.

Otro hecho relevante es la **falta de intervención del juzgado o de un experto designado por este**. No existe previsión acerca que, efectuada la comunicación de negociación con los acreedores, proceda el nombramiento de una persona que pueda participar en la supervisión del proceso y que pueda certificar las condiciones en que se ha desarrollado el mismo. Todo queda en manos del deudor y de los acreedores, lo cual puede conducir a un ulterior proceso de discusión acerca de las condiciones de la venta que pudieran afectar al buen fin de la operación.

De hecho, en el modelo instaurando en la legislación concursal, el control que efectúa el Juzgado del eventual acuerdo de refinanciación queda limitado y su capacidad de decisión es meramente formal, a menos que algún interesado pueda formular una oposición, que a su vez está limitada por voluntad del legislador.

En cambio resulta relevante recalcar la ventaja que implica la **paralización de las ejecuciones contra el patrimonio de la deudora** (bajo determinados condicionantes en función de si existen o no garantías reales sobre los activos), como vía de proteger la identidad e integridad de la unidad productiva en aras a la consecución de la venta programada.

Asimismo la **posibilidad de solicitar la tramitación del expediente judicial como reservado**, evitando publicidades perniciosas que generaran desconfianza en el mercado y supusieran comprometer el buen fin de la venta.

## 2. La venta negociada previa al concurso y consumada tras su declaración

Es el caso previsto en el art. 530 TRLC, aquel en el que el deudor solicita la declaración de concurso, sobre la base de la existencia de una situación de insolvencia, pero se acompaña una **propuesta vinculante de la adquisición de la unidad productiva en funcionamiento**.

Implica que el deudor, en un momento temporal previo a esa solicitud, ha tramitado su propio proceso de venta, ha ejecutado todos los "pasos" propios de la venta de la unidad productiva llegando hasta la consecución de la formalización de una oferta en firme.

En función de ello, acudiendo a los mecanismos legales, solicita la tutela de los tribunales mediante una resolución que apruebe la oferta presentada y acepte la venta propuesta.

Este proceso goza del doble beneplácito de contar con una fiscalización judicial, del nombramiento de una administración concursal que debe revisar los términos de la oferta, y con un trámite de audiencia de los acreedores a efecto de poder plantear objeciones u observaciones a la propuesta aportada.

Pero ello no siempre es beneficioso por la evidente de falta de control de los trámites previos a la formalización de la oferta. El legislador no plantea que se tenga que hacer un acto de fe en el trámite judicial y que se deba por dar por bueno todo aquello que el concursado haya puesto de manifiesto en

su solicitud de concurso. Existe la necesaria revisión de esa actuación por terceros extraños al concursado, como son la administración concursal y los acreedores, y el previo filtro del juez del concurso.

Sin embargo, podemos afirmar de forma categórica que esa labor será limitada y nunca plena. Es fácil pensar que en los plazos que establece el precepto, no hay posibilidad material de contrastar si el proceso de venta se ha ajustado a las premisas de concurrencia, publicidad y transparencia que se impone. No es posible efectuar una valoración de la unidad productiva en términos de mercado, para corroborar o rebatir la oferta presentada. No hay tiempo material para analizar la realidad de la deuda que configura la masa pasiva del concurso, ni revisar el conjunto de bienes y derechos que forman la masa activa. O dicho de otra forma, no es posible plantear un proceso paralelo de venta de unidad productiva en términos tales que confirmen que lo que presenta el deudor concursado es lo que más conviene y que, por ende, merece la aprobación judicial.

Prueba evidente de cuanto se ha dicho es que no es un mecanismo que se esté empleando en la generalidad de las ventas de unidades productivas. La experiencia demuestra que **la mayor parte de las ventas de unidades productivas, por los condicionantes que rodean a las mismas, se ejecuten en el seno de un concurso de acreedores**, en aras a obtener una seguridad jurídica que "blinde" las posiciones de las partes.

## 3. La venta negociada y ejecutada en el concurso

Es el escenario "tradicional" y clásico de la normativa concursal, incorporado desde la Ley 22/2003.

La venta de la unidad productiva siempre se ha contemplado como **elemento esencial en**

**la resolución del proceso concursal**, como una prioridad en aras a lograr cumplir con los principios básicos del mantenimiento del tejido empresarial, mantenimiento del empleo y satisfacción a los acreedores,

Un modelo que ha evolucionado a lo largo de estos años, no tanto en dejar de ser una prioridad, sino en poder aplicarlo en todas y cada una de las fases del proceso concursal.

Inicialmente solo existía la previsión para la fase de liquidación (dentro de las reglas supletorias) y la de convenio (en el marco del convenio de asunción), pero era muy discutible poder trasladarlo al marco de la fase común.

En este punto y como mejor conservación de la masa activa para salvaguardar los intereses del concurso, se planteaba la posibilidad de anticipar esa venta a la fase común, al amparo del extinto art. 43 LC (actuales arts. 205 y 206 TRLC). De hecho, partiendo de la **necesidad de la autorización judicial** y de la **audiencia de las partes** (tanto de los acreedores como de los trabajadores), se dictaban resoluciones que conducían a conceder esa autorización. Ejemplo paradigmático es el auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 8 de Madrid de 20 de diciembre de 2013 (caso BLANCO), en que se habilita la vía del art. 43.2 y 188 LC para autorizar a transmisión de la unidad productiva.

Estas dudas quedan solventadas a partir de la Ley 17/2014 en la que se incorpora la venta de la unidad productiva en todas las fases del proceso concursal, tratando de lograr una adecuada solución a la insolvencia de nuestro tejido empresarial, incluso de forma anticipada al convenio y a la liquidación. Una reforma que cristalizó en la Ley 25/15 donde se introduce un precepto concreto y específico para este tipo de enajenaciones, el art. 146 bis LC (actuales 215 y siguientes TRLC), donde se recoge la regulación propia de la

venta de la unidad productiva, que se aplicaba a cualquier fase del concurso, con independencia de haberse ubicado en el marco de la liquidación concursal.

Se mejora la técnica legislativa (especialmente en el texto refundido en cuanto a la separación en diversos preceptos y su ubicación en parte general para poder aplicarse a todas las fases del concurso) y se introducen reglas concretas y precisas para el buen gobierno de esta venta. Pero no se logra eludir las formalidades, el encorsetamiento que la normativa recoge al respecto. La dependencia de unos juzgados saturados, la necesidad de la intervención y anuencia de determinados acreedores (los titulares de garantía real con derecho de ejecución separada), la pérdida de valor de los activos componentes de la unidad productiva, la necesidad de contar con recursos financieros para mantener viva a la unidad productiva, los costes de negociación, la maximización de la responsabilidad de los administradores y el estigma de estar declarado en concurso de acreedores, resultan elementos distorsionadores de un mayor éxito en todas estas operaciones.

Por ello se hace necesario explorar otras soluciones que permitan satisfacer con éxito las potenciales transmisiones de las unidades productivas.

### III. LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS Y PREVENTIVOS EN LA VENTA DE LA UNIDAD PRODUCTIVA EN DERECHO COMPARADO: EL CASO INGLÉS

Frente al modelo nacional analizado, encontramos modelos distintos en derecho comparado. Paradigmático resulta el inglés, basado en la **figura del Pre-Pack**. Esta figura se define por la asociación de profesionales de recuperación de empresas como *un*

*acuerdo en virtud del cual la venta de la totalidad o parte del negocio o los activos de una empresa se negocia con un comprador antes del nombramiento de un administrador, y el administrador efectúa la venta inmediatamente después de su designación o poco después.* En este caso la comercialización del negocio y la fijación de los términos de la venta se hace con anterioridad al nombramiento del administrador, bajo la supervisión de un experto y de acuerdo con un protocolo de actuación debidamente definido.

Una herramienta que permite la **reestructuración temprana de empresas con problemas financieros**, que pretenden superar los mismos mediante la colaboración de terceros independientes pero bajo cierta supervisión de los organismos judiciales/administrativos.

El modelo implementado busca soluciones acordes con el mercado, pero dentro del propio mercado, utilizando las herramientas que el mismo ofrece y obteniendo la tutela de los tribunales. Se pretende evitar los costes de negociación y minimizar la responsabilidad de los administradores, así como el deterioro del valor del negocio por la mera tramitación de las operaciones administrativas propias de estas situaciones.

Y frente a ello se garantiza la continuidad de la empresa, del negocio, con el mantenimiento del empleo vinculado al mismo y de los contratos estratégicos

Un proceso que podemos diferenciarlo en dos fases: la de pre-administración con revisión del cumplimiento del SIP16 y una final de administración.

En la primera de ellas, caracterizada porque no existe ningún marco de protección frente a los acreedores, se busca la contratación de un experto en insolvencias por parte de la compañía; un experto que cuente con expe-

riencia en fusiones y adquisiciones, dirigido a conseguir la transmisión del negocio bajo unos estándares mínimos.

Este experto, en dicha consideración, debe velar por la protección de los intereses de los acreedores pero, sin embargo, no tiene ninguna obligación de informales de este proceso en tanto en cuanto no se llegue a la fase de administración. Ello no impide la posibilidad de comunicarse con aquellos acreedores considerados como privilegiados que tuvieran la facultad de que se les someta a aprobación o consentimiento de la operación final.

Cabe destacar que la compañía tiene la **libertad de contratar a ese experto en insolvencias cuando lo considere oportuno**, pero le incumbe la obligación de solicitar la administración cuando entre en situación de insolvencia y/o el pre-pack esté cerrado.

Este experto cobrará sus honorarios de la compañía, previo acuerdo de los mismos con esta, y su papel es supervisar el proceso de venta, la supervisión de los candidatos a la compra de la compañía o del negocio y la supervisión de las causas de la potencial insolvencia.

Como ya se ha dicho, el proceso de venta debe acomodarse al SIP 16 (la declaración de Práctica de Insolvencia 16), como guía de mejores prácticas, en la que se pretende que el administrador que finalmente realice la venta pueda constatar los siguientes aspectos (todo ello conforme a la revisión efectuada el 1 de noviembre de 2013):

- La fuente de la presentación inicial del administrador y la fecha de la presentación.
- El grado de participación del administrador antes de la cita.
- Los cursos de acción alternativos que fueron considerados por el administrador, con

una explicación de los posibles resultados financieros.

- Si se hicieron esfuerzos para consultar con los principales acreedores.
- Por qué no era apropiado negociar el negocio y ofrecerlo a la venta como empresa en funcionamiento, durante la administración.
- Detalles de las solicitudes realizadas a posibles financiadores para financiar los requisitos de capital de trabajo.
- Detalles de cargos registrados y fechas de creación.
- Si el negocio o los activos comerciales se han adquirido de un practicante de la insolvencia dentro de los 24 meses anteriores, o más si el administrador lo considera relevante para el entendimiento de los acreedores, el administrador debe revelar tanto los detalles de esa transacción como si el administrador, la firma del administrador o asociados estuvieron involucrados.
- Cualquier actividad de marketing realizada por la empresa y/o el administrador y el resultado de esas actividades.
- Los nombres y calificaciones profesionales de los tasadores y confirmación de que han confirmado su independencia.
- Cualquier valoración obtenida del negocio o de los activos subyacentes.
- Un resumen de la base de la valoración adoptada por el administrador o sus tasadores/asesores.
- La justificación de la base de las valoraciones obtenidas y una explicación de la venta de los activos frente a dichas valoraciones.

• Si no se ha obtenido valoración, el motivo de no haberlo hecho y cómo el administrador estaba satisfecho con el valor de los activos.

• La fecha de la transacción. La identidad del comprador. Cualquier conexión entre el comprador y los directores, accionistas o acreedores garantizados de la empresa o sus asociados.

• Los nombres de los directores o ex directores de la empresa que participan en la gestión o propiedad del comprador, o de cualquier otra entidad a la que se transfieran los activos.

• En las transacciones que afectan a más de una empresa relacionada (por ejemplo, una transacción grupal), el administrador debe asegurarse de que la divulgación sea suficiente para permitir una explicación transparente (por ejemplo, la asignación de la contraprestación pagada).

• Si alguno de los directores había otorgado garantías por los montos adeudados por la empresa a un financiero anterior, y si ese financiero está financiando el nuevo negocio.

• Detalles de los activos involucrados y la naturaleza de la transacción.

• La contraprestación por la transacción, los términos de pago y cualquier condición del contrato que pudiera afectar materialmente la contraprestación.

• Contraprestación de venta divulgada en categorías amplias de valoración de activos y dividida entre realizaciones de cargos fijos y flotantes.

• Cualquier opción, acuerdo de recompra o condiciones similares adjuntas al contrato de venta.

- Si la venta es parte de una transacción más amplia, una descripción de los otros aspectos de la transacción.

De hecho se arbitra la posibilidad de contar con lo que se denomina como "Pre-Pack Pool", con un comité de expertos independientes dirigidos a emitir una opinión formada, que protegería a los administradores e informaría sobre aspectos tan básicos como son la supervivencia del negocio, al menos 12 meses, o las medidas que se deben implementar para evitar caer otra vez en insolvencia. Todo ello en coordinación con el experto en insolvencias que estuviera nombrado, al cual, en relación con este aspecto, se le impone el asesoramiento a la compañía en las obligaciones y contenido del SIP 16.

La segunda fase, la de administración, es la prevista para culminar el proceso de venta de la compañía mediante la aprobación de la misma, caracterizado por la judicialización del proceso y la determinación de reglas de protección frente a los acreedores, en orden a no bloquear el proceso de realización mediante la ejecución separada de ciertos activos estratégicos en detrimento del interés general.

Esa tutela se concreta en que, solicitada formalmente la administración (acompañando la oferta de venta de la compañía o del negocio) el tribunal procede a nombrar al experto en insolvencias como administrador, al efecto de poner en conocimiento de los acreedores la transacción que se efectúa. Particularmente se debe destacar el hecho de que los acreedores privilegiados tienen capacidad de aprobar o consentir la operación.

Es en este momento en el que el administrador, que hasta la fecha simplemente se había focalizado en la supervisión del proceso de venta (con especial incidencia en la supervisión de los potenciales candidatos a la compra o de la supervisión de las causas de insol-

vencia), adopta un papel relevante de tomar partido por la aprobación de la transacción, previa la audiencia de los acreedores mediante la celebración de una reunión informativa con estos. De hecho, el Juzgado solo tendrá un papel residual, dado que solo actuará en el supuesto de que existan alegaciones por los acreedores o por terceros interesados, haciendo recaer sobre el administrador la decisión de aprobar o no la oferta.

Quedan claras las diferencias entre el proceso existente en el Reino Unido y en España. Básicamente afectan a los siguientes aspectos:

- a) El **nombramiento del experto en insolvencias/administrador concursal**: en el Reino Unido es nombrado por la compañía, sin perjuicio de su ratificación por el Tribunal en la fase de administración, mientras que en el proceso español, amén que en tanto en cuanto no exista un proceso concursal no hay ningún nombramiento, declarado el concurso se asigna por el Juzgado. Todo ello a salvo el supuesto previsto en la ley de jurisdicción voluntaria sobre el nombramiento de un interventor de una entidad (art.120 y siguientes).
- b) En el régimen español, tanto la fase pre-concursal (3 meses más uno), como la propiamente judicial tras el auto de declaración de concurso, están acotadas temporalmente (y ello sin tener en cuenta las circunstancias extraordinarias que implica el colapso de la jurisdicción mercantil). En cambio, en el derecho inglés, la **duración de ese proceso previo de realización del negocio** no viene delimitado temporalmente, acomodándose a las necesidades de cada compañía. El único hito que pudiera condicionar esa gestión vendría determinado por la aparición de la insolvencia de la entidad, que obligaría a acudir al mecanismo de la administración.
- c) Los **costes del experto en insolvencia** vienen sufragados por la compañía que acude

a él, y se cuantifican conforme al acuerdo que se alcance, mientras que en nuestro sistema, esa retribución, en el caso de la fase previa al concurso, al no existir ninguna previsión sobre el nombramiento de alguien, no existe ni coste ni pacto al respecto, sin perjuicio que declarado el concurso, el designado como administrador concursal cobrará con cargo a la masa activa (si es que existen suficientes recursos) y con arreglo a unas tarifas baremadas en el "arancel de la administración concursal"

d) Las **condiciones profesionales del experto en insolvencias** vienen marcadas por el propio mercado, dado que será la propia compañía la que decida el perfil del profesional que debe realizar las tareas del cargo. Lógicamente se tratará de una persona que tenga experiencia en modificaciones estructurales, refinanciaciones, reestructuraciones, compraventa de empresas, etc... En cambio, en nuestro derecho patrio, en la fase previa al concurso, no existirá ninguna persona que gestione ese proceso. Solo se impondrá una cualificación para el caso de alcanzar el concurso de acreedores y en este supuesto será una de las incorporadas a las listas remitidas a los juzgados mercantiles, conforme a los criterios de capacitación y titulación profesional que la legislación concursal impone al efecto.

#### IV. LAS SOLUCIONES DE LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL DE BARCELONA

Pioneros en la materia, los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona, conscientes de la importancia que la venta de la unidad productiva como solución a la insolvencia, atendida la normativa concursal patria y la comunitaria (pendiente de trasposición), han dado un paso adelante y han puesto en marcha

la elaboración de un protocolo acerca de la posibilidad de aplicar la figura del pre-pack a nuestros concursos de acreedores.

A la fecha de la redacción de estas líneas se encuentra en fase de estudio y de redacción, un protocolo de venta de las unidades productivas que incluiría la posibilidad de aplicar la figura del pre-pack bajo determinadas condiciones y requisitos.

En todo caso, sí que contamos con una experiencia judicial plasmada en una resolución relevante: el auto de 29 de julio de 2020, dictado por el Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona. Un auto que designa a un experto independiente para la fase pre-concursal como supervisor del proceso de búsqueda, negociación e informe final de la potencial venta de unidad productiva, que se llevaría a cabo de forma simultánea o inmediata a la declaración de concurso.

Un auto que, como se cita en su fundamentación, tiene un precedente en el dictado por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona, el 9 de enero de 2012 en el concurso de CUBIGEL (en este caso se designó un órgano interino de administración concursal con el objetivo de tutelar alguna de las actuaciones del deudor que había efectuado la comunicación del extinto art. 5 bis LC).

En sede de la comunicación de negociaciones con los acreedores que había sido presentada por el deudor, se solicita por este el nombramiento de un experto independiente a los efectos expuestos en el anterior párrafo.

Salvados los problemas procesales que suscitaba la petición, el Juzgado resuelve conceder lo pedido realizando un estudio pormenorizado de la problemática suscitada y de las ventajas que reporta acceder a lo solicitado.



Expone que lo que se está solicitando es anticipar el **nombramiento de un futuro administrador concursal**, pero con facultades limitadas dado que solo tendría funciones de acompañamiento, de supervisión de las negociaciones dirigidas a la venta de la unidad productiva, sin que ello suponga suspender ni intervenir las facultades de administración y disposición del deudor. De hecho se recalca que la persona designada en modo alguno podrá interferir en las gestiones propias encomendadas a los órganos societarios, a los administradores sociales, los cuales gozarán de forma plena de las facultades de administrar y disponer del patrimonio social.

Su labor se asemeja a la figura del "silent trustee" del derecho holandés, cargo cuya función básica es la de obtener la mayor información posible del proceso, de la situación económico-financiera de la compañía y de las posibles soluciones para la compañía. Por ello se le fijan como funciones la de supervisar el proceso de búsqueda de interesados, velar y cuidar porque cualquier interesado en la adquisición tenga acceso a la documentación oportuna, en condiciones de igualdad y con expresa reserva de confidencialidad.

Específicamente se encomienda que se respeten las reglas básicas de la venta de la unidad productiva en régimen de concurso, como son la **garantía de que el proceso sea transparente y público**, que exista una **libre concurrencia de oferentes**, que se tenga en cuenta a los trabajadores a través de la audiencia a sus representantes, y que se premie el esfuerzo que implica ser el primer oferente siempre y cuando financie el mantenimiento de la unidad productiva.

Todas estas gestiones se plasmarían en un documento, en un informe final de gestión, al objeto de incorporarlo en la documentación aneja a la solicitud de concurso.

De forma lógica, la elección y selección del experto independiente y su estatuto jurídico aparecía como piedra angular de la solución.

En este caso el Tribunal opta por acudir a un candidato que ostente la condición subjetiva propia de un administrador concursal, que esté incorporado en los listados que están a disposición de los juzgados mercantiles para efectuar ese nombramiento.

Esta solución parte de dos premisas básicas: la primera es de cualificación profesional, dado que el designado, por el simple hecho de ostentar los requisitos para ser administrador concursal, tiene adquiridas las cualidades, experiencias y formación propias que el cargo requería. Pero en segundo lugar, desde un prisma de vista práctico, al ser la persona que, una vez declarado el concurso, sería nombrado como administrador concursal, lo que implicaba la necesidad de cumplir con los requisitos que la ley requiere para poder optar a ese nombramiento.

Por último, y en lo que se refiere a la retribución del experto independiente, se acuerda que corra a cargo de la sociedad deudora que pretende el nombramiento, y su cuantía se fije con arreglo al arancel de la administración concursal.

Realmente es una resolución novedosa y acertada que logra salvaguardar los intereses en juego. Se protege la estructura de la unidad productiva, garantizando el mantenimiento de su funcionamiento, los puestos de trabajo a ella vinculados y las relaciones negociales vigentes y establecidas hasta la fecha. Asimismo se protegen los intereses de los acreedores, que ven protegida la estructura de la empresa y su valor evitando la devaluación que de forma normal se produce con la entrada en concurso de la mercantil, maximizando las posibilidades de cobro.

La existencia de ese experto independiente nombrado por el Juzgado, garantiza el proceso concursal y transparente, en un trámite previo a la declaración del concurso, pero íntimamente vinculado al mismo. De hecho, la vocación de este trámite es el trámite judicial en el que cristalizar el proceso de venta de la unidad productiva, dotándole de la seguridad jurídica propia de una resolución de los tribunales, eliminando las trabas, retrasos e incertidumbres propias de esa venta realizada en sede judicial a partir de la declaración de insolvencia.

## V. PROPUESTAS DE ADAPTACIÓN DE NUESTRA LEGISLACIÓN CONCURSAL

Vista la experiencia práctica de estos años tras la entrada en vigor de la Ley 22/2003, tras las sucesivas reformas experimentadas por el texto legal, pero sobre todo por la próxima trasposición de la [Directiva 2019/1023](#) sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, en orden a facilitar la eficiencia de esos procesos de reestructuración temprana comprensivos de la venta de las unidades productivas, podríamos efectuar unas **propuestas de modificación del sistema legal**, a la vista de la comparativa con ordenamientos jurídicos de nuestro entorno y la experiencia práctica de los juzgados mercantiles de Barcelona. Serían las siguientes, y sin ánimo de ser exhaustivos:

a) La **eliminación de los límites temporales de los institutos concursales** en la forma que vienen regulados en el texto refundido, o la ampliación de los mismos en función de las necesidades de la operación a ejecutar. El artículo 595, siguiendo la senda del extinto 5 bis, recoge la duración del plazo de negociación previa a la

solicitud de concurso en tres meses más otro adicional. La propuesta que se trae a consideración es adaptar ese “escudo” formalizado ante el Juzgado, al tiempo que resulte imprescindible para llevar a buen término la negociación. Estos procesos de venta del negocio, comportan unos trámites que se suelen alargar más allá de esos cuatro meses que nuestra norma recoge. Simplemente podemos pensar en los trámites de búsqueda de interesados en un proceso transparente, plenamente concurren y que resulte atractivo para los potenciales adquirentes, conduciendo a que estos efectúen un análisis particular de la situación financiera y patrimonial de la empresa o negocio que se pretenda adquirir, sumándose la necesidad de negociar el precio y condiciones de pago de las ofertas que existieran. Realmente, acotar esos procesos a un límite máximo de tiempo tan reducido como el marcado en el texto refundido, puede suponer el fracaso de esa opción de venta. De ahí la importancia de no establecer límites temporales tan reducidos y sustituirlos por otros mecanismos de control relacionados con la insolvencia de la empresa y el fracaso de ese proceso de venta que conducirían de forma necesaria a recabar el auxilio del juzgado en la forma de la declaración de concurso.

- b) Íntimamente relacionado con el anterior punto aparece el **nombramiento de un administrador o interventor judicial de ese proceso preconcursal**. A modo y forma que se contempla en la ley de jurisdicción voluntaria en los artículos 120 y siguientes, se podría incluir un nuevo supuesto para estas situaciones, para la supervisión del proceso de venta de la unidad productiva, en el trámite previo a su formalización en sede concursal.
- c) Un **experto cuyas funciones quedarían centradas en supervisión del proceso de búsqueda de interesados y de unidades productivas**, velando porque se garantice que cualquier interesado pueda acceder en

condiciones de igualdad a la documentación propia de este tipo de procesos, para que se efectúe una adecuada valoración del estado financiero y patrimonial del negocio. Todo ello se traduce en garantizar la transparencia y publicidad del proceso, la libre concurrencia de oferentes y la intervención de los trabajadores mediante un proceso de audiencia de los mismos. Pero siempre garantizando la confidencialidad de la información sensible de la empresa que se vende.

- d) En modo alguno el experto que se designara podría **interferir en el proceso de toma de decisiones empresariales de la empresa, en las funciones de administración y disposición sobre el patrimonio.**
- e) Se exigiría a ese experto la realización de un **informe en el que hacer constar todos estos aspectos, de forma detallada.** En concreto cabría detallar: identificación de la unidad productiva, identidad del adquirente, su solvencia, condiciones de la oferta, valoración de la oferta considerada como mejor, ofertas alternativas, actuaciones ejecutadas en el proceso desarrollado, incidencias acontecidas, audiencia a los acreedores, etc... Un informe que iría destinado a ser incorporado en las ulteriores actuaciones judiciales donde se fraguara y se materializara la venta de la unidad productiva.
- f) La posibilidad de que este experto pueda ser **designado como administrador concursal en el proceso universal que se incoe para ejecutar la venta que se negocia en el proceso preconcursal.** De hecho así sucede en el marco de los concursos consecutivos con el mediador concursal que es designado administrador concursal.
- g) Lógicamente, estas tareas deben encomendarse a una persona en la que concurran especiales aptitudes relacionadas con la gestión de este tipo de situaciones. Debería designarse a **profesionales involucrados, de forma habitual, en los procesos de reestructuración de deuda,**

**de procesos de refinanciación o de modificaciones estructurales,** incluyendo a los que hubieran participado en ventas de unidades productivas anteriores. Obviamente, el ideal sería contar con un listado de expertos independientes que estuvieran a disposición de los tribunales, a modo y forma como el que actualmente figuran los candidatos a ser administradores concursales. Es más, y siguiendo el modelo inglés, no debe descartarse que el experto pueda nombrarse a propuesta de la empresa, siempre y cuando se garantice la imparcialidad del llamado que permita desarrollar sus funciones sin injerencias por parte de ninguno de los interesados.

- h) El **proceso de búsqueda de posibles adquirentes debe estar regido por los principios de publicidad y de transparencia.** Lo primero es inherente al objetivo que se pretende lograr; cuanto más se conozca la intención de vender y el producto que se pretende realizar, mayor posibilidad de conseguir oferentes. No obstante, esta publicidad debe compatibilizarse con el aseguramiento de la confidencialidad de los aspectos más sensibles de la compañía para evitar que determinada información que no debe salir de la compañía pudiera llegar al mercado y, en particular, a los competidores. Y respecto de la transparencia debe garantizarse que el proceso se conduce por los cauces propios del mercado, ajustándose a la legalidad vigente, dando voz a los interesados; en concreto a esos acreedores que pudieran gozar de privilegios fruto de las garantías de las que gocen o que ostenten una posición determinante en la composición del pasivo (por ejemplo los trabajadores o las administraciones públicas).
- i) La **regulación de los costes de este trámite preconcursal,** especialmente los de la financiación que suponen el mantenimiento del negocio en funcionamiento que se pretende adquirir, así como los honorarios del experto designado.

## FRAUDE DE PRESTACIONES A LA SEGURIDAD SOCIAL. REQUISITOS PARA LA CONSTITUCIÓN DEL TIPO ATENUADO DEL ARTÍCULO 307 TER.1 PÁRRAFO SEGUNDO DEL CÓDIGO PENAL. ANÁLISIS DE LA STS DE 26 DE JUNIO DE 2020

**Autor:** Amaya Merchán González

**Cargo:** Magistrada del Juzgado de lo Penal n.º 4 de Santander

**Resumen:** El artículo 307 ter 1 CP sanciona con pena de prisión en su modalidad básica a quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, mediante la simulación o tergiversación de hechos, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública y en su párrafo segundo contempla un tipo atenuado, castigado tan solo con pena de multa, cuando los hechos no revistan especial gravedad y para tal determinación hace referencia a tres elementos a tener en cuenta:

- el importe defraudado
- los medios empleados
- las circunstancias personales del autor

Ha sido el TS en su [sentencia n.º 355/2020 de 26/06/2020](#) el que ha establecido una serie de criterios para la interpretación de tales elementos cuya concurrencia permite la aplicación del tipo atenuado.

**Palabras clave:** Fraude de prestaciones a la Seguridad Social, artículo 307 ter Código Penal, tipo atenuado, STS de 26 de junio del 2020, fraude, Seguridad Social, 10.000.

**Abstract:** Article 307 ter 1 CP punishes with imprisonment in its basic modality whoever obtains, for himself or for another, the enjoyment of benefits from the Social Security System, by simulating or misrepresenting facts, thereby causing damage to The Public Administration and in its second paragraph contemplates an attenuated rate, punishable only with a fine, when the facts are not particularly serious and for such determination it refers to three elements to take into account:

- the amount defrauded
- the means used
- the personal circumstances of the author

It has been the Supreme Court in its judgment No. 355/2020 of 06/26/2020 which has established a series of criteria for the interpretation of such elements whose concurrency allows the application of the dimmed type.

**Keywords:** Fraud of social security benefits, article 307 ter.1 Penal Code, attenuated rate, STS of June 26, 2020, fraud, Social Security, 10,000.

### SUMARIO

- I. TIPO BÁSICO DEL FRAUDE DE PRESTACIONES A LA SEGURIDAD SOCIAL
- II. TIPO ATENUADO DEL FRAUDE DE PRESTACIONES A LA SEGURIDAD SOCIAL

## I. TIPO BÁSICO DEL FRAUDE DE PRESTACIONES A LA SEGURIDAD SOCIAL

La STS n.º 355/2020 de 26/06/2020 en primer lugar realiza un **análisis del tipo básico del delito de fraude de prestaciones a la Seguridad Social** tipificado en el art. 397 ter del CP: *quien obtenga, para sí o para otro, el disfrute de prestaciones del Sistema de la Seguridad Social, la prolongación indebida del mismo, o facilite a otros su obtención, por medio del error provocado mediante la simulación o tergiversación de hechos, o la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar, causando con ello un perjuicio a la Administración Pública.*

Nos recuerda que fue introducido entre los delitos contra “la Hacienda Pública y la Seguridad Social” por la LO 7/2012, de 27 de diciembre en la conveniencia de conseguir un **tratamiento penal diferenciado de la obtención fraudulenta de ayudas y subvenciones** que ofrece una respuesta eficaz frente a los supuestos de fraude con grave quebranto para el patrimonio de la Seguridad Social –art. 308 CP– y ello con el afán de dotar a las conductas fraudulentas orientadas al percibo de prestaciones que proceden de la Seguridad Social, cualquiera que sea su naturaleza, de un régimen penal específico. E indica que el artículo 307 ter CP constituye ley especial respecto al delito de estafa en los comportamientos que impliquen la percepción fraudulenta de prestaciones de la Seguridad Social, siendo sus elementos los siguientes:

– Su estructura es la propia de un **delito de estafa**; una estrategia engañosa dirigida a inducir a error a la Administración de la Seguridad Social.

– Se trata de un **delito de resultado** cuya consumación se difiere al momento en el que se produce el percibo de la prestación

indebida (STS 150/2020, de 18 de mayo) como determinante del daño efectivo al patrimonio de la Seguridad Social.

– Afecta tanto a **prestaciones nuevas** como a la indebida **prolongación de las que se venían percibiendo**.

– Se trata de un **delito doloso** entendido tal dolo como conocimiento y voluntad de obtener prestaciones sociales indebidas, para sí o para otros, que ocasionen un perjuicio económico a la Administración Pública.

– Puede realizarse **por acción o por omisión** dependiendo de las modalidades típicas. La simulación o tergiversación de hechos que sirvan de presupuesto a la obtención fraudulenta de prestaciones se corresponde con tipos de acción, mientras que “la ocultación consciente de hechos de los que tenía el deber de informar” proyecta hacia un engaño por omisión.

– La peculiaridad del tipo básico del delito de fraude de prestaciones de la Seguridad Social del artículo 307 ter CP es que **no exige cuantía mínima** para entenderse consumado, en contraste con el resto de delitos contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social que sí requieren que el fraude supere importes significativos para ser penalmente relevante.

## II. TIPO ATENUADO DEL FRAUDE DE PRESTACIONES A LA SEGURIDAD SOCIAL

Por su parte, el artículo 307 ter.1 párrafo segundo CP configura un **tipo atenuado** si, en atención al importe defraudado, a los medios empleados y a las circunstancias personales del autor el hecho no revistiera especial gravedad, y la STS n.º 355/2020 de 26/06/2020

establece, en orden a los presupuestos que permiten la aplicación de esta modalidad atenuada, una consideración general, y es que cualquier análisis en relación a la aplicabilidad de la modalidad atenuada debe partir de la consideración de ley especial que corresponde al artículo 307 ter CP respecto al delito de estafa de los artículos 248, 249 y 250 y también respecto al 251, todos del CP, que le atribuye preferencia en la aplicación conforme al artículo 8.1 CP, descartándose la relación desde el principio de alternatividad y mayor rango punitivo prevista en el artículo 8.4 CP, que implicaría que la modalidad atenuada del artículo 307 ter 1 párrafo segundo quedaría siempre desplazado por el artículo 249 apartado primero si la cuantía de la defraudación fuese superior a 400 euros, lo que conduciría a su práctica inoperatividad.

Y a continuación señala que, a partir de una interpretación literal del precepto, el uso de la conjunción copulativa “y” sugiere indefectiblemente que los distintos indicadores que la norma contempla para entender que la defraudación no revista especial gravedad, el importe defraudado, los medios empleados y las circunstancias personales del autor deben de ser valorados conjuntamente de acuerdo con los siguientes parámetros:

– Si bien la figura atenuada aglutina factores que afectan al injusto –importe y medios– y a la culpabilidad –circunstancias personales–, dado el contenido patrimonial del tipo, goza de especial relevancia **“el importe de la defraudación”**, lo que aconseja perfilar en la medida de lo posible un límite cuantitativo que otorgue seguridad jurídica en su aplicación.

Para tal determinación el TS, tras descartar la equiparación absoluta con el delito de estafa que llevaría a fijar el límite cuantitativo de la modalidad atenuada por debajo de 400 euros al no contemplarse expresamente el correspondiente delito leve; así como tam-

bién el límite de aplicación propuesto para el caso por el Fiscal de 4.000 euros en referencia al subtipo atenuado previsto para la malversación de caudales del artículo 433 CP, **lo fija en la cuantía de 10.000 euros**, al entender que el tipo examinado debe ponerse en relación con aquellas figuras con las que comparte perfiles y ubicación es decir, los restantes preceptos incluidos en el Título XIV del Libro II, “De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, concretamente con el artículo 305.3 correspondiente a las defraudaciones que afecten a la Hacienda de la Unión Europea y el art. 308.4 dedicado al fraude de subvenciones, en relación con los cuales el límite para la aplicación de las modalidades atenuadas se refiere a las defraudaciones que oscilen entre los 10.000 y los 100.000 y entendiendo que esta configuración se corresponde de forma más equilibrada con la estructura del delito de fraude de prestaciones a la Seguridad Social que tendrá, cuantitativamente, un último escalón de punición que abarcará las **defraudaciones de hasta 10.000 euros**.

Ahora bien, tras señalar tal cuantía el TS insiste en que el referente a la cantidad es solo uno de los criterios utilizados por el legislador para la constitución del tipo atenuado; de forma que si ni por los medios empleados ni por las circunstancias personales del autor el hecho revistiera mayor gravedad, una defraudación inferior a los 10.000 euros abriría la aplicación al tipo atenuado, pero toda vez que el tipo exige una ponderación conjunta de los tres parámetros se relativiza la cifra fijada, que tendrá relevancia determinante cuando sea el único estándar a considerar, pero no en el caso de que converjan con especial intensidad de uno u otro signo, agravatorio o atenuatorio, los otros dos.

– Dentro del parámetro de **los “medios empleados”** se valorarán como factores para determinar la especial gravedad que excluya el subtipo, aunque la cantidad no llegue

a 10.000 euros, y sin ánimo de exhaustividad: la constitución fraudulenta de empresas y sociedades, en las que sin actividad real se simulen y aparenten relaciones laborales inexistentes para obtener prestaciones sociales fraudulentas; el otorgamiento de escrituras instrumentales mendaces; y también aquellos en los que se hayan materializado acuerdos con trabajadores para, a cambio de dinero, generar a su favor periodos ficticios de cotización a la Seguridad Social.

– En cuanto a las **circunstancias personales del autor**, el TS, en un paralelismo con la doctrina en relación a la modalidad atenuada que para el delito contra la salud pública prevista el artículo 368.2 CP, entiende que se han de considerar:

\* las situaciones, datos o elementos que configuran el **entorno social y el componente individual de cada sujeto**, tales como su edad, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo...

\* aspectos tales como los **conciertos criminales**, los **planes urdidos** y la **utilización abusiva de personas vulnerables** o de sus documentos para aparentar las relaciones laborales inexistentes.

En definitiva, los criterios expuestos habrán de operar como pautas interpretativas en la aplicación de la modalidad prevista en el párrafo segundo del artículo 307 ter.1 CP, en todo caso dotados de la **flexibilidad** que deriva de la interacción entre ellos y es por ello por lo que en el caso en concreto aun cuando la defraudación no alcanzó los 10.000 euros, el TS entendió que las circunstancias concurrentes en los hechos descartaban la modalidad atenuada, tanto desde el análisis de los medios empleados, ya que se utilizó como instrumento para la defraudación un entramado empresarial diseñado al efecto y formalmente constituido, como en atención a las **condiciones personales del acusado**, que se encargaba de la gestión directa de la empresa creada y urdió el plan defraudatorio.

## EL BENEFICIO DE LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO

**Autor:** Olga Ahedo Peña

**Cargo:** Magistrada

**Resumen:** El Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLC) dedica al beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho (BEPI) los artículos 486 a 502, que integran el capítulo II (Del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho) del título XI (De la conclusión y de la reapertura del concurso de acreedores) del libro I (Del concurso de acreedores). Dicho capítulo II está dividido en cuatro secciones dedicadas, respectivamente, al ámbito de aplicación, a las dos modalidades de exoneración (régimen general y régimen especial por la aprobación de un plan de pagos) y efectos comunes de la exoneración.

Al igual que el art. 178 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), que regulaba dos vías de exoneración (una automática en el ordinal 4º del apartado 3 y, alternativamente, otra diferida en el tiempo, transcurridos cinco años, en el ordinal 5º), el TRLC prevé dos cauces de exoneración que se corresponden con las dos vías dichas: el que denomina *régimen general*, regulado en la sección 2ª del capítulo II (arts. 487 a 492 TRLC) y el denominado *régimen especial de exoneración por la aprobación de un plan de pagos*, regulado en la sección 3ª del mismo capítulo (arts. 493 a 499).

Me centraré a continuación en el régimen especial de exoneración por la aprobación de un plan de pagos, con exclusión de la extensión de la exoneración que será objeto de análisis en un artículo posterior.

### SUMARIO

#### I. INTRODUCCIÓN

#### II. CONTENIDO DEL PLAN DE PAGOS

1. Contenido del plan de pagos: especial consideración al crédito público y cuotas hipotecarias de la vivienda habitual
  - 1.1. Crédito público
  - 1.2. Cuotas hipotecarias de la vivienda habitual
2. Programación de pagos
3. Dación en pago
4. Viabilidad del plan de pagos
5. Orden de pagos

#### III. POSIBLES QUITAS



#### IV. TRATAMIENTO DEL CRÉDITO PÚBLICO

#### V. TRAMITACIÓN DEL PLAN DE PAGOS

1. Momento para la presentación del plan de pagos
2. Audiencia a las partes
3. Alegaciones contrarias a la aprobación: ¿oposición?
4. Aprobación

#### VI. REVOCACIÓN DEL BENEFICIO EN CASO DE PLAN DE PAGOS

#### VII. EXONERACIÓN DEFINITIVA

### I. INTRODUCCIÓN

Como anticipaba en el resumen, el TRLC denomina a las dos vías de exoneración *régimen general* (arts. 487 a 492 TRLC) y *régimen especial de exoneración por la aprobación de un plan de pagos* (arts. 493 a 499 TRLC).

En ambos supuestos, la obtención por el deudor de la **exoneración del pasivo insatisfecho** está sujeta al cumplimiento de los siguientes **requisitos**:

- i) Que el concurso se concluya por liquidación o por insuficiencia de masa activa para satisfacer los créditos contra la masa (art. 486 TRLC).
- ii) Que el deudor sea persona natural (arts. 486 y 487.1 TRLC).
- iii) Que el deudor sea de buena fe (arts. 487.1 y 493 TRLC). La [STS n.º 381/2019, de 2 de julio](#), estableció que la buena fe en este caso es un concepto autónomo; no se vincula al concepto general del art. 7.1 CC, sino al cumplimiento de los requisitos enumerados en el precepto. Contrasta este concepto de buena fe con el

de la Directiva (UE) 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia, que aunque realiza una remisión a la normativa nacional, parte de un concepto valorativo y no normativo (art. 23.1 y considerando 78).

El deudor será de **buena fe** cuando reúna los requisitos previstos en el art. 487.2 TRLC:

1.º Que el concurso no haya sido declarado culpable (se refiere el precepto al concurso del deudor solicitante de la exoneración). No obstante, si el concurso hubiera sido declarado culpable por haber incumplido el deudor el deber de solicitar oportunamente la declaración de concurso, el juez podrá conceder el beneficio atendiendo a las circunstancias en que se hubiera producido el retraso.

2.º 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 (la cancelación de los antecedentes penales debiera tenerse en cuenta, aunque no es

esta una cuestión pacífica en la doctrina). Si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender la decisión respecto a la exoneración del pasivo insatisfecho hasta que recaiga resolución judicial firme.

Además, debe cumplir el deudor otros **requisitos vinculados a la vía de exoneración elegida**:

a) Si opta por el régimen general de exoneración, el art. 488 TRLC exige el cumplimiento del siguiente presupuesto objetivo:

– Haber satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados y, si reuniera los requisitos para poder hacerlo, que el deudor hubiera celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores.

– Si el deudor que reuniera los requisitos para poder hacerlo no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, haber satisfecho, además de los créditos contra la masa y los créditos privilegiados, al menos, el veinticinco por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios.

b) Si opta por el régimen especial de exoneración por la aprobación de un plan de pagos, el art. 493 TRLC exige el cumplimiento de un presupuesto objetivo especial. Conforme al art. 493 TRLC en relación con el art. 494 TRLC, son **requisitos propios de la exoneración por la aprobación de un plan de pagos**:

1.º No haber rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso una oferta de empleo adecuada a su capacidad.

2.º No haber incumplido los deberes de colaboración y de información respecto del juez del concurso y de la administración concursal.

3.º No haber obtenido el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho dentro de los diez últimos años.

4.º Que el deudor acepte en la solicitud de forma expresa someterse al plan de pagos que resulte aprobado por el juez y que la concesión de este beneficio se haga constar en el Registro público concursal durante un plazo de cinco años.

## II. CONTENIDO DEL PLAN DE PAGOS

### 1. Contenido del plan de pagos: especial consideración al crédito público y cuotas hipotecarias de la vivienda habitual

#### 1.1. Crédito público

Dispone el art. 495.1 TRLC:

*1. A la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho acompañará el deudor una propuesta de plan de pagos de los créditos contra la masa, de los créditos concursales privilegiados, de los créditos por alimentos y de la parte de los créditos ordinarios que incluya el plan. Respecto a los créditos de derecho público, la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento se regirá por su normativa específica.*

*2. En la propuesta de plan de pagos deberá incluir expresamente el deudor el calendario de pagos de los créditos que, según esa propuesta, no queden exonerados. El pago de estos créditos deberá realizarse dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tengan un vencimiento posterior.*

*3. Los créditos incluidos en la propuesta de plan de pagos no podrán devengar interés.*

Del juego de los arts. 497.1 y 495.1 TRLC se deduce lo siguiente:

**1. El plan de pagos tiene que contemplar el pago de los siguientes créditos** a los que no alcanza la exoneración:

- i) Créditos contra la masa.
- ii) Créditos concursales privilegiados (créditos con privilegio general porque el privilegio especial se habrá satisfecho con la ejecución de la garantía).

Hasta aquí ninguna diferencia hay con la Ley Concursal en la interpretación de la [STS 381/2019, de 2 de julio](#).

- iii) Créditos por alimentos (se entiende ordinarios porque el crédito por alimentos que lo sea contra la masa está incluido dentro de este. En cualquier caso, se deja claro que el crédito por alimentos, contra la masa y ordinario, debe ser pagado).
- iv) Parte de los créditos ordinarios que incluya el plan.

Dado que el crédito por alimentos está expresamente mencionado como contenido del plan de pagos, y dado que el TRLC, al igual que hiciera la Ley Concursal, remite el **aplazamiento o fraccionamiento del crédito público** a lo dispuesto en la normativa específica, entiendo que el precepto puede estar refiriéndose al 25% de los créditos ordinarios que tendrá que incluir el plan de pagos cuando el deudor, reuniendo los requisitos para poder hacerlo, no hubiere celebrado o intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos. Se aclara de esta forma que es el mismo el umbral mínimo que en ambos regímenes debe satisfacer el deudor que, pudiendo hacerlo, no acudió al acuerdo extrajudicial de pagos. Bajo la Ley Concursal no se hizo esta interpretación.

A mí juicio, esta conclusión resulta de la interpretación sistemática de los siguientes

preceptos del TRLC: art. 495.1 (incluye en el plan de pagos *parte de los créditos ordinarios*), art. 497.1 (extiende el beneficio a la *parte insatisfecha de los créditos ordinarios*), art. 493 (permite acudir al plan de pagos cuando no se reúne el presupuesto objetivo del régimen general), art. 488 (es presupuesto objetivo del régimen general haber celebrado o intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos si se reunieran los requisitos para ello), art. 491 (limita la exoneración al 75% de los créditos ordinarios si, reuniendo los requisitos, no hubiera celebrado o intentado el deudor un acuerdo extrajudicial de pagos).

**2. No alcanza la exoneración al crédito público, ni ordinario ni subordinado**, y su pago no se planifica en el plan de pagos, queda excluido de este.

La literalidad del art. 497.1.1º TRLC, al igual que hacía el art. 178 bis 5.1º LC, exceptúa de la exoneración los créditos ordinarios y subordinados de carácter público. En la interpretación que hizo el Tribunal Supremo en la sentencia de 2 de julio de 2019, el crédito público ordinario y subordinado quedaba también exonerado dado que el plan de pagos solo incluía el crédito contra la masa y el privilegiado general (el reciente [AAP de Valencia, secc. 9ª, n.º 210/2020, ponente Jorge de la Rúa Navarro](#), hace aplicación de dicha doctrina). El TRLC no ha integrado esta interpretación. Por el contrario, insiste en que el crédito público no queda exonerado al excluirlo también expresamente de la exoneración en el régimen general.

De esta forma, parece que la interpretación sistemática de los arts. 491.1 y 497.1 TRLC corroboraría la exclusión de tal crédito. Precisamente, la interpretación sistemática del apartado 5 del art. 178 bis LC (equivalente al art. 497.1 TRLC) con el alcance de la exoneración prevista en el ordinal 4º del apartado del art.178 bis LC (exoneración de todo el crédito público ordinario y subordinado) fue

uno de los argumentos de la sentencia del Tribunal Supremo para concluir que el plan de pagos solo afectaba a los créditos contra la masa y privilegiados.

Pese a lo expuesto, el exceso en que ha incurrido el art. 491 TRLC respecto al anterior art. 178 bis.3.4º LC, al incluir novedosamente una **excepción a la exoneración respecto al crédito público** (y por alimentos), me conduce a rechazar la interpretación sistemática dicha y a mantener la interpretación jurisprudencial en coherencia con lo expuesto sobre el crédito público a propósito del régimen general de exoneración.

Por otro lado, se aparta también el TRLC de la interpretación del Tribunal Supremo sobre la **inclusión del crédito público en el plan de pagos**.

En relación con ello, el debate sobre el exceso de delegación legislativa que supone el art. 491 TRLC.

En Barcelona se sigue, y yo comparto como he adelantado, el criterio iniciado por el [auto de 8 de septiembre de 2020 del Juzgado Mercantil n.º 7](#). El argumento expuesto, acogido posteriormente por los Juzgados n.º 3, 10 y 11, ha sido el siguiente:

*Crédito público. En materia de extensión de la exoneración al crédito público se ha de estar al criterio mantenido por el TS en la sentencia de 2 de julio de 2019 en la que, básicamente se considera que se debe incluir al crédito público en el sistema de exoneración, tanto general como especial (en la terminología del vigente TR). Ello supone en este caso la inclusión del crédito público privilegiado y contra la masa en el plan de pagos y la exoneración provisional del restante crédito público.*

*La entrada en vigor del Texto Refundido de la LC, con la modificación del régimen de extensión de los efectos de la exoneración en el art. 491 de la*

*LC, no debe suponer una modificación de la anterior doctrina jurisprudencial, al apreciarse que el citado art. 491 debe ser inaplicado por vulnerar el art. 82.5 de la Constitución Española.*

*Esta vulneración se deriva del hecho de que el Texto Refundido introduce en el art. 491 una regulación manifiestamente contraria a la norma que es objeto de refundición, en concreto el art. 178 bis 3, 4º, lo que supone un exceso ultra vires en la delegación otorgada para proceder a la refundición, pudiendo los tribunales ordinarios, sin necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad (por todas STC de 28/7/2016 o STS de 29/11/18), inaplicar el precepto que se considere que excede de la materia que es objeto de refundición.*

*En efecto, el art. 178 bis 3, 4º de la LC, regulaba la llamada exoneración directa (ahora llamada régimen general) basada en la satisfacción o pago de los créditos privilegiados y contra la masa y si no se había intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, del 25% de los créditos ordinarios.*

*Ciertamente, como expone la [STS de 2 de julio de 2019](#), la regulación de la exoneración de deudas del art. 178 bis generaba muchas dudas, algunas de las cuales han sido objeto de aclaración en el Texto Refundido, dentro de las finalidades propias de un texto refundido.*

*Sin embargo, que el sistema de exoneración directa del art. 178 bis 3, 4º, tuviera como efecto la exoneración de la totalidad del pasivo no satisfecho, créditos ordinarios y subordinados, sin excepción, sin la excepción del crédito público, era una cuestión indubitada por la doctrina e indiscutida en los Juzgados y Tribunales.*

*La única discusión doctrinal y práctica se centraba en el alcance de la exoneración, en el sistema de exoneración provisional mediante plan de pagos (hoy llamada régimen especial) pues el art. 178 bis 5, apartado primero, aplicable únicamente a este sistema, exceptuaba*

*al crédito público y por alimentos del alcance de la exoneración provisional. Mientras que el párrafo primero del art. 178 bis 6 comenzaba diciendo que los créditos no exonerados según el apartado anterior (entre los que se debían incluir los créditos públicos) podían ser exonerados a través del plan de pagos. Si bien a continuación parecía remitir al sistema administrativo de aplazamiento y fraccionamiento para los créditos públicos. Esta deficiente y contradictoria regulación fue objeto de interpretación por la citada STS de 2 de julio de 2019 en el sentido de entender que el crédito público podía ser objeto de exoneración provisional y objeto de satisfacción a través del sistema de plan de pagos mediante la inclusión del crédito público privilegiado y contra la masa no satisfecho en el mismo.*

*Por ello, se considera que el art. 491 altera por completo una norma clara e indiscutida del sistema llamado a refundir, regula de manera contraria a la norma vigente los efectos de la exoneración, alterando con ello el difícil equilibrio de derechos que regula dicho sistema y por tanto la igualdad de trato de los acreedores, sin que esta alteración pueda ser, de una manera muy clara, considerada una aclaración regularización o sistematización de la norma vigente.*

*La inaplicación del art. 491 supone que el TR mantenga, en lo que se refiere al régimen especial, la misma dicción literal en el art. 497, aunque con diferente sistemática, que los arts. 178 bis 5 y 6, que fueron interpretados por la STS de 2 de julio de 2019, en el sentido que se ha expuesto.*

*Ello supone, por tanto, que el art. 497, que regula la extensión de la exoneración en el régimen especial, continúe siendo interpretado de la manera que recoge la STS de 2 de julio de 2019.*

El mismo criterio ha seguido la SJM n.º 1 de Vitoria de 20 de octubre de 2020.

El Magistrado del Tribunal Supremo Ignacio Sancho Gargallo se ha pronunciado sobre esta cuestión en el Anuario de Derecho Concursal, número 51, en el siguiente sentido: *la introducción de estas excepciones donde no existían, no colma una laguna, ni aclara o precisa el sentido de la norma legal refundida, sino que altera gravemente el equilibrio de intereses ponderados en la ley para la concesión de este beneficio, mediante el reconocimiento de un privilegio a unos acreedores del que no gozaban antes, con la consiguiente discriminación para los restantes acreedores y el agravamiento de las condiciones para lograr la exoneración total del pasivo del deudor concursado. No cabe invocar una armonización de normas cuando se altera gravemente el equilibrio de intereses y derechos, esto es, cuando se alteran respecto de la situación anterior las reglas que configuraban la par condicio creditorum al acudir a la exoneración inmediata.*

Por otra parte, la doctrina del Tribunal Supremo se acomoda a la normativa comunitaria. La Directiva (UE) 2019/1023 no contempla expresamente el crédito público entre los susceptibles de ser excluidos de la exoneración (art. 23.4), y la STJUE de 16 de marzo de 2017 (Caso Identi, Asunto C-493/2015) declaró que la exoneración del crédito público no es contraria a la regulación europea en materia de ayudas de Estado.

## **1.2. Cuotas hipotecarias de la vivienda habitual**

Presupuesto del BEPI es que el concurso haya concluido por **finalización de la fase de liquidación o insuficiencia de masa para satisfacer los créditos contra la masa** (art. 486 TRLC). Supone lo anterior que todos los bienes y derechos del deudor que integran la masa activa han tenido que ser liquidados y aplicados al pago (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019), lo que incluye la **vivienda habitual del deudor**.

Siendo la vivienda habitual un bien esencial para el deudor y persiguiendo la norma conceder a este una segunda oportunidad, no acuciar sus problemas económicos, juzgados y tribunales han trabajado en interpretaciones que pudieran conducir a un resultado más favorable al deudor.

Así, la [SAP de Barcelona, sección. 15ª, 584/2019, de 29 de marzo](#), plantea que se excluya de la **ejecución la vivienda del deudor en atención a estar pagándose las cuotas hipotecarias** y ser previsible que la enajenación no cubrirá el crédito hipotecario por ser el valor de la garantía superior al valor del bien, de forma que la venta no beneficiaría ni al acreedor hipotecario ni al resto de los acreedores. En el supuesto que se resuelve, el deudor impugna el inventario en un concurso consecutivo pretendiendo la exclusión del activo de la mitad indivisa de la vivienda que le pertenece junto a su esposo. La Audiencia, tras razonar que no procede la exclusión ni del activo (art. 76 LC) ni de la liquidación (arts. 147, 148 y 152 LC) concluye:

13. (...) no es descartable que el valor de la garantía exceda del valor del bien o que resulte previsible que la enajenación en ningún caso cubrirá el crédito hipotecario. En este supuesto hemos de recordar que tras la reforma de 2015 es preciso consignar el valor de la garantía (artículo 155.5º). Si así fuera, teniendo en cuenta que el préstamo no se ha dado por vencido y que las cuotas se están abonando puntualmente, el juez podrá autorizar, previo traslado al titular del crédito y a los demás acreedores personados, que el bien no salga a subasta.

14. La entidad financiera titular de la garantía no se ha opuesto al recurso y seguramente estará interesado en que se mantenga vigente el crédito. La realización forzosa, por otro lado, tampoco beneficiaría al resto de acreedores. En estas circunstancias parece que lo más razonable sería descartar la enajenación, pero dichas circunstancias deben ser comprobadas por el

juez del concurso a partir de los datos que obren en el procedimiento, datos que no han accedido a la segunda instancia.

La [SJM n.º 2 de Murcia, 299/2017, de 20 de noviembre](#), **acepta que no se liquide la vivienda del deudor, pero sin incluir el crédito en el plan de pagos, quedando el mismo al margen de la exoneración.**

*Considera ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA SA que ostenta un crédito con privilegio especial sobre la vivienda del concursado que no ha sido objeto de liquidación porque se están atendiendo los pagos de las sucesivas cuotas de préstamo hipotecario. En este sentido entiende que el concursado no puede acogerse al modelo establecido en el artículo 178 bis 3.4º pues no ha satisfecho en su integridad los créditos contra la masa ni los créditos concursales privilegiados. En su caso podría someterse al modelo establecido en el artículo 178 bis 3.5º, pero para ello deberá presentarse plan de pagos que incluya el crédito con privilegio especial que ostenta ABANCA, siendo que si no se atienden los pagos, quedará expedita la vía de la ejecución hipotecaria del inmueble que garantiza este préstamo.*

*Entiende este juzgador acertadas las alegaciones de ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA SA, si bien considero que no debe incluirse el pago de las cuotas de préstamo hipotecario en el plan de pagos.*

*Y lo anterior se afirma ya que en el presente caso se da un supuesto excepcional, y es que se solicita la conclusión y exoneración sin que se haya producido la venta del bien inmueble sujeto a préstamo hipotecario, y ello dado que como afirma la administración concursal se están atendiendo por tercero las cuotas del préstamo hipotecario.*

*En esas circunstancias considero correcta la solución aportada por la administración concursal y, por tanto, innecesaria la liquidación del bien, si*

*bien como lógica contrapartida, el pago de dichas cuotas y todo lo referente a ese bien debe quedar fuera de la exoneración del pasivo insatisfecho (que no incluirá por tanto los créditos con privilegio especial, ordinarios y subordinados que pudieran resultar de la posible ejecución de dicho bien), por lo que, lógicamente en el caso de impago quedará expedita la vía de la ejecución hipotecaria del inmueble o cualquier otra vía judicial e incluso la continuación de la ejecución frente al concursado respecto de créditos ordinarios o subordinados que se puedan generar y que sean superiores al precio de venta del bien.*

La **inclusión de la cuota hipotecaria en el plan de pagos** ha sido defendida por el Magistrado Rafael Yangüela Criado<sup>1</sup>. A favor de esta opción se argumenta que para el resto de los acreedores resultaría más gravoso que el hipotecante se adjudicara la vivienda pues no podría atenderse ningún otro crédito, y además el deudor tendría que pagar un alquiler que probablemente superaría la cuota hipotecaria y ello supondría que el plan de pagos debería incluir una cifra inferior para el abono de los créditos en los cinco años siguientes.

Fernández Seijo JM.<sup>2</sup>, considera que cabe una **alternativa a la ejecución de los bienes sujetos a privilegio especial** en la medida en que el art. 178 bis 6 LC prevé que haya deudas de vencimiento posterior a los 5 años previstos para el pago de la deuda no exonerada, y el art. 155.2 LC prevé que la administración concursal atienda estos créditos con cargo a la masa sin realización del bien (lo que también permite el art. 68 LC).

En el Seminario de Jueces de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia n.º 50 de Barcelona de 15 de junio de 2016 se concluyó que se podrá valorar que no sea necesario, para acordar la exoneración, **que los bienes y derechos sujetos al pago de créditos con privilegio especial sean objeto de realización siempre y cuando conste que se está**

**atendiendo su pago con cargo a la masa**, que se puedan abonar todos los créditos contra la masa y que el valor de la garantía es superior al valor razonable del bien sobre el que está constituido la garantía. Como he señalado anteriormente, según el Protocolo de Jueces de Barcelona sobre tramitación del concurso consecutivo sin masa, la vivienda debe considerarse no realizable cuando concurren las condiciones fijadas en el Seminario referido.

Cuena Casas, M.<sup>3</sup>, considera que **la no liquidación no es ajustada a la Ley porque la exoneración de deudas exige la liquidación del patrimonio**, y que aunque la falta de ejecución de la hipoteca pueda parecer beneficiosa para el deudor, en realidad no lo es y se trata de una estrategia de las entidades financieras para escapar del régimen de segunda oportunidad. Argumenta que en caso de ejecución el pasivo pendiente podría verse afectado por la exoneración de deudas y, sin embargo, si no se ejecuta la hipoteca en el proceso concursal, el acreedor puede ejecutar la hipoteca y el deudor seguir debiendo el pasivo pendiente, aplicándose en su caso la norma contenida en el art. 579 LEC que es menos beneficiosa para el deudor. Concluye por ello que *no ejecutar la hipoteca y aplicar la exoneración de deudas al resto de los acreedores no solo es ilegal, sino que además perjudica al deudor. Si la entidad quiere llegar a un acuerdo con el deudor, puede hacerlo en la fase del AEP, y si tal acuerdo se logra, se evitará el concurso consecutivo y ningún acreedor podrá verse afectado por la exoneración de deudas. Hacer lo contrario, logrando un acuerdo en fase de liquidación supone una discriminación injustificada de los acreedores que carece de amparo legal, pues unos se verán afectados por la exoneración y otros no.*

La Propuesta de Texto Refundido de la Ley Concursal de marzo de 2017 y el Proyecto de diciembre de 2019 contemplaron (arts. 498 y 499) la posible exoneración definitiva aun

cuando el deudor no hubiera cumplido el plan de pagos **si tuviera un crédito o préstamo con garantía hipotecaria sobre su vivienda habitual** y se dieran una serie de circunstancias, con lo que se estaba presumiendo que el deudor podría no perder la vivienda. Sin embargo, la versión definitiva de TRLC no ha incluido tal previsión.

La regulación se modificará con la trasposición de la [Directiva \(UE\) 2019/1023](#) sobre reestructuración e insolvencia que en su artículo 23 prevé que la residencia o vivienda principal no sea ejecutada, en cuyo caso podrá establecerse un plazo de exoneración superior a los tres años que establece el art. 21.1. Previo a la Directiva, el apartado 32 c) de la Recomendación indicaba que los *Estados miembros deberían tener la posibilidad de mantener o introducir disposiciones más exigentes que resulten necesarias para garantizar los medios de subsistencia del empresario y su familia al permitirle conservar determinados activos.*

A mi juicio, **la normativa concursal no permite a la fecha excluir la vivienda de la liquidación.** Por otro lado, la no liquidación de la vivienda perjudica a los restantes acreedores porque, se incluya o no la cuota hipotecaria en el plan de pagos, el deudor debe seguir pagando la misma y será menor la cantidad que pueda destinar a pagar a los restantes acreedores, que serán los privilegiados y contra la masa. Y si la cuota hipotecaria no se incluye en el plan de pagos y se deja el crédito a la suerte de una futura ejecución hipotecaria, el deudor terminará perdiendo igualmente su vivienda y no se verá beneficiado de la posible exoneración de la parte de crédito ordinario y subordinado.

## 2. Programación de pagos

La Ley Concursal no expresaba qué debía entenderse por “plan de pagos”, lo que planteó

incógnitas no solo en relación con la programación de pagos admisible (pagos periódicos durante cinco años o pago al final del periodo) sino también en relación con los contenidos posibles: daciones en pago, previsión de ingresos o viabilidad del plan, u orden de pagos conforme a la calificación de los créditos y reglas de la Ley Concursal.

[La SJM n.º 1 de Palma de Mallorca, 370/2015, de 2 de diciembre](#), **admitió como plan de pagos el solo compromiso de pagar en el periodo de tiempo previsto** en la Ley Concursal.

*Donde está la clave es en el plan de pagos, que fruto de la escasa regulación al respecto, se puede concluir que será un simple documento en el que se asuma por el deudor el compromiso de pagar los créditos de obligado cumplimiento en el plazo de cinco años (en unos casos se fijará un calendario de los pagos y en otros se afirmará que el pago se efectuará en ese lapso máximo que la norma prevé). Prueba evidente de ello es que no se ha previsto un trámite o causas para inadmitir la propuesta de pagos y que a los interesados, en un primer trámite, solo se les da audiencia, sin que se haya previsto una oposición o trámite similar). La única previsión que contempla la norma es que el plan de pagos debe ser aprobado en los términos que se hubiere presentado o con las modificaciones que el Juez estime oportunas.*

[La SAP de Madrid, secc. 28º, 47/2019, de 1 de febrero](#), **exigió un programa de pagos periódicos: el plan de pagos exige la plasmación en un soporte documental del compromiso de efectuar el pago de los créditos concernidos en un plazo máximo de cinco años, según un calendario o relación de fechas concretas para efectuar cada pago que debe quedar establecido en él.**

El Tribunal Supremo declaró en la [STS 381/2019, de 2 de julio](#), que para el **pago de los créditos contra la masa y privilegiados**



*se concede un plazo de cinco años, pero le exige un plan de pagos, que planifique su cumplimiento (FJ 4º.3), y que (...) la exoneración plena en cinco años (...) está supeditada, como en el caso de la exoneración inmediata (...), al pago de los créditos contra la masa y con privilegio general, aunque en este caso mediante un plan de pagos que permite un fraccionamiento y aplazamiento a lo largo de cinco años.*

El TRLC resuelve esta cuestión en cuanto que **exige que la propuesta de plan de pagos incluya expresamente el “calendario de pagos” de los créditos** que, según esa propuesta, no queden exonerados (art. 495.2 TRLC). Y ese calendario de pagos, al igual que previera la Ley Concursal (art. 178 bis.3.5º y 6 LC), debe establecerse para un plazo de cinco años, salvo que se trate de deudas con un vencimiento posterior (art.495.2 TRLC). La Directiva (UE) 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia fija el límite máximo de este plazo en tres años, pudiendo ser inferior (art. 21).

### 3. Dación en pago

La [SAP de Madrid de 1 de febrero de 2019](#) antes citada resuelve un **procedimiento en el que la propuesta del deudor consistía en la entrega de bien** (un vehículo) al acreedor con **privilegio especial**. Y dice la Audiencia, *eso no constituye plan de pago alguno, sino una propuesta de convenio o acuerdo para la extinción de un crédito privilegiado, cuando una solución de ese tipo solo podría ser admisible en otra clase de escenario concursal (el convenio, el acuerdo extrajudicial, etc.) que aquí no cabe reproducir.*

Considero que el **presupuesto de liquidación** que exige la exoneración del pasivo insatisfecho **excluye por sí solo la posibilidad de una dación en pago**, pues los bienes del deudor habrán sido realizados y aplicados al pago en la forma prevista en la Ley Concursal.

### 4. Viabilidad del plan de pagos

Otra cuestión es **si el plan debe contener una previsión sobre los recursos económicos del deudor**.

La [SAP de Valladolid, secc. 3ª, 14/2019, de 17 de enero](#), FJ 2º, resolviendo un recurso de apelación contra una sentencia que estima la oposición a la exoneración, señala que *no se puede exigir que el plan de pagos contenga elementos que no exige la norma, como pudieran ser el detalle de los recursos necesarios para hacer frente al mismo o la exigencia de garantía, sino que consiste en un calendario de pagos de la deuda.*

El AJM n.º 11 de Barcelona indica que el plan de pagos debe contener, entre otra información, la relativa a los **ingresos regulares del deudor y de la unidad familiar**, y los **gastos regulares del deudor y de la unidad familiar**.

Relacionado con ello está la cuestión relativa a la valoración de la viabilidad del plan de pagos; si procede o no en atención a los datos económicos que sobre el deudor obran en el concurso de acreedores.

Considero que **la viabilidad del plan de pagos no debe condicionar su aprobación** porque la situación económica del deudor puede cambiar por múltiples circunstancias y tiene este un plazo de cinco años (el que se fija habitualmente) para cumplirlo, sin olvidar la previsión de exoneración definitiva en caso de incumplimiento conforme al apartado 8 del art. 178 bis LC (art. 499 TRLC). La [SAP de Navarra, sección 3ª, 571/2019, de 12 de noviembre](#), ha señalado *que es una interpretación absurda que pueda revocarse el beneficio durante el plazo de cumplimiento del plan.*

Distinto criterio resulta de la [SAP de Valencia, sección 9ª, 1133/2018, de 21 de noviembre](#):

*Como expusimos en nuestra Sentencia de 05 de julio de 2017 (ROJ: SAP V 3027/2017), cualquier propuesta de plan de pagos, ante tan palmaria insuficiencia de activos y de ingresos, estaría condenada al fracaso inmediato. Se cierra así cualquier posibilidad de redención financiera para el deudor.*

*No es cierto que no se pueda llevar a cabo un análisis de viabilidad del plan de pagos, argumento solo válido respecto la propuesta de convenio porque los arts. 124 y 125 LC prevén la votación de los acreedores y el art. 131 LC enumera tasadamente las causas para el rechazo de oficio de la propuesta de convenio. Sin embargo en este supuesto no existen normas similares, ni los acreedores votan el plan de pagos ni el juez tiene limitada su actuación de oficio, pudiendo incluir las modificaciones que estime oportunas (art. 178 bis.6 LC).*

*Brevemente, en este caso, observamos que no se enumeran los créditos en sus cuantías y calificación, que la concursada no trabaja y solo hace previsiones macroeconómicas –como si la mejoría de la situación económica del país le asegurara un trabajo con determinados ingresos– y que vagamente se remite a la ayuda de “familiares”, sin más detalle.*

*Como en el caso de la sentencia anteriormente indicada, siendo palmaria de la insuficiencia de ingresos y activos que realizar, es imposible cualquier plan de pagos, salvo que existiera un compromiso real, cuantificado y asumido de los familiares, que no existe.*

En el mismo sentido la sentencia de la misma Sección, [núm. 418, de 5 de julio de 2017](#).

## 5. Orden de pagos

Refiriéndose el **plan de pagos a la deuda no exonerada**, se plantea si el mismo debe concretar las deudas pendientes y prever su

pago conforme a las normas concursales o si, por el contrario, el pago de la deuda pendiente es ajena a las reglas de pago de la Ley Concursal.

Considero que esta cuestión ha sido resuelta también por el Tribunal Supremo al afirmar en su sentencia de 2 de julio de 2019 que si fuera imposible el cumplimiento de este reembolso parcial, el juez podría reducirlo para acomodarlo de forma parcial a lo que objetivamente podría satisfacer el deudor durante ese plazo legal de cinco años, en atención a los activos y la renta embargable o disponible del deudor, y siempre respetando el interés equitativo de estos acreedores (contra la masa y con privilegio general), en atención a las normas concursales de preferencia entre ellos. Debe por tanto el plan de pagos respetar las reglas de pago concursales. Solo así se respeta el interés equitativo de los acreedores.

Así vino a entenderlo también la Magistrada Hernández Rodríguez, M.<sup>4</sup>, que defendió como un supuesto de posible de modificación del plan de pagos por el juez conforme al apartado 6 del art. 178 bis LC, que se postergara de manera injustificada el pago de algunos créditos frente a otros y se invocase esto de manera justificada en el trámite de audiencia, en aras a evitar un abuso del derecho o fraude de ley.

En el mismo sentido en la doctrina Latorre Chiner, N.<sup>5</sup>, quien considera que las posibilidades de modificación del plan por el juez son limitadas y que debe velar por que no se produzca una alternación en el orden de pagos legalmente establecido.

Postura distinta mantuvo el Magistrado Fernández Seijo JM.<sup>6</sup>, en la obra citada (p. 270), en la que afirma que *Dado que la aprobación del beneficio provisional de exoneración de pasivos concursales se realiza en el trámite de conclusión del concurso no debe exigirse al deudor que en el plan de pagos cumpla con los*

*criterios u orden de pago concursal, podrá establecer en el plan una propuesta que altere las reglas del artículo 84.3, 156 y 158 LC.*

El AJM n.º 11 de Barcelona exige que el plan de pagos contenga la relación de créditos no exonerados que quedan sujetos al plan de pagos y la previsión de cómo se van a pagar, indicando qué cantidad va a pagarse a cada acreedor, con qué periodicidad y cómo se va a realizar el pago.

### III. POSIBLES QUITAS

Conforme a la literalidad del art. 178 bis.6 LC, **el plan de pagos debía incluir todo el pasivo no exonerado**. Disponía el precepto dicho que *Las deudas que no queden exoneradas conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, deberán ser satisfechas por el concursado dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso (...).*

El problema radicaba en que la exigencia de pago íntegro hacía infructuosa la institución en todos aquellos supuestos en los que los recursos económicos del deudor no eran suficientes para atender toda la deuda, que es lo que habitualmente ocurre.

Nos planteábamos, por ello, si cabía aprobar un plan de pagos que no contemplara la integridad de la deuda no exonerada y se ajustara, en definitiva, a la realidad económica del deudor.

Consideraba yo que sí porque en otro caso se estaría dando peor trato a quien parte de una situación económica peor, lo que no parece que tenga mucho sentido. El apartado 8 del art. 178 bis LC permitía la exoneración definitiva, atendiendo a las circunstancias, cuando el deudor no había cumpli-

do en su integridad el plan de pagos pero había destinado a su cumplimiento una cantidad mínima, y, considerada la finalidad de la institución, no se advertía razón alguna para que las circunstancias y posibilidades reales de pago del deudor no debieran ser tenidas en cuenta al aprobar el plan de pagos. Como decía inicialmente, el art.178 bis LC estaba pensando en un deudor que podía cumplir íntegramente el plan de pagos y lo que contemplaba el apartado 8, a mi juicio, era una modificación de esas circunstancias iniciales. Pero como decía, tal planteamiento ponía en peor situación al deudor que, también por causa fortuita, partía de una situación económica más desfavorable.

Y este fue el criterio que siguió la [STS Pleno, 381/2019, de 2 de julio](#), FJº 4.4:

*No hacemos esta referencia al preámbulo del RDL 1/2015, de 27 de febrero, a la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de abril de 2014 y a la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y exoneración de deudas, para extraer de ellas una norma jurídica, sino para constatar cuál es la finalidad perseguida por la institución y los principios que deberían tomarse en consideración para realizar una interpretación teleológica del art. 178 bis LC. La finalidad de la norma es facilitar la segunda oportunidad, mediante la condonación plena de las deudas. Esta condonación puede ser inmediata o en cinco años. En ambos casos, se supedita a unas exigencias que justifiquen la condición de buena fe del deudor y a un reembolso parcial de la deuda. Este reembolso parcial debe tener en cuenta el interés equitativo de los acreedores y, en la medida de lo posible, debería ser proporcionado a los activos y las rentas embargables o disponibles del deudor concursado, pues de otro modo en la mayoría de los casos la exoneración del pasivo se tornaría imposible, y la previsión normativa devendría prácticamente inaplicable.*

*En atención a estas consideraciones, entendemos que, en principio, la exoneración plena en cinco años (alternativa del ordinal 5 º) está supeditada, como en el caso de la exoneración inmediata (alternativa del ordinal 4 º), al pago de los créditos contra la masa y con privilegio general, aunque en este caso mediante un plan de pagos que permite un fraccionamiento y aplazamiento a lo largo de cinco años. Sin perjuicio de que en aquellos casos en que se advirtiera imposible el cumplimiento de este reembolso parcial, el juez podría reducirlo para acomodarlo de forma parcial a lo que objetivamente podría satisfacer el deudor durante ese plazo legal de cinco años, en atención a los activos y la renta embargable o disponible del deudor, y siempre respetando el interés equitativo de estos acreedores (contra la masa y con privilegio general), en atención a las normas concursales de preferencia entre ellos.*

Esta postura estaría en la línea del apartado 2 del art. 20 de la [Directiva \(UE\) 2019/1023](#) sobre reestructuración e insolvencia, que prevé la posibilidad de que en algún Estado la plena exoneración de deudas se supedita a un reembolso parcial de la deuda, y que en esos casos deba garantizarse que la correspondiente obligación de reembolso se base en la situación individual del empresario y, en particular, sea proporcionada a los activos y la renta embargables o disponibles del empresario durante el plazo de exoneración, y que tenga en cuenta el interés equitativo de los acreedores.

De esta forma, la Directiva hace hincapié en la idea de que el plan de pagos debe atender a la situación individual del empresario y ser proporcionado a sus activos y renta disponible.

En todo caso, la **consideración a la situación económica del deudor debe hacerse sin olvidar el** interés equitativo de los acreedores, lo que supone el rechazo de aquellos planes de pago que no atiendan dicho interés.

Con anterioridad a la sentencia del Tribunal Supremo ya se habían dictado resoluciones judiciales en el mismo sentido: [AJM n.º 3 de Barcelona de 8 de mayo de 2019](#); [SAP de Barcelona, sección 15ª, 475/2018, de 29 de junio](#); [SJM n.º 1 de Palma de Mallorca, 370/2015, de 2 de diciembre](#).

La posición contraria fue defendida por: la [SAP de Valladolid, secc. 3ª, 14/2019, de 17 de enero](#); la [SAP de Valencia, sección 9ª, 1133/2018, de 21 de noviembre](#), con cita de la sentencia de la misma [Audiencia y sección 9ª, núm. 418, de 5 de julio de 2017](#).

Desde el punto de vista doctrinal, Latorre Chiner, N.<sup>7</sup>, ha defendido que **el plan de pagos debe abarcar la deuda íntegra no exonerada**, siendo "indiferente", afirma, que las previsiones del deudor sobre sus ingresos futuros sean acertadas, por la cambiante situación de la economía, por ejemplo, o que sus posibilidades reales de pago no alcancen a satisfacer totalmente los créditos. El plan debe contemplar todos los créditos no exonerables y lo único que debe hacer el deudor es una planificación de pagos, estableciendo los aplazamientos o fraccionamientos correspondientes.

El TRLC ha mantenido en su literalidad el criterio de la Ley Concursal de **exigir una previsión de pago íntegro en el plan de pagos**. En efecto, dispone el art. 495 TRLC:

1. *A la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho acompañará el deudor una propuesta de plan de pagos de los créditos contra la masa, de los créditos concursales privilegiados, de los créditos por alimentos y de la parte de los créditos ordinarios que incluya el plan.*

2. *En la propuesta de plan de pagos deberá incluir expresamente el deudor el calendario de pagos de los créditos que, según esa propuesta, no queden exonerados. El pago de estos créditos*

tos deberá realizarse dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tengan un vencimiento posterior.

3. Los créditos incluidos en la propuesta de plan de pagos no podrán devengar interés.

Y las resoluciones judiciales más recientes dictadas en esta materia acogen esta interpretación literal con carácter general. En este sentido la [SAP de Barcelona, sección 15ª, 76/2020, de 14 de enero](#):

15. El concursado, tanto en su plan de liquidación como ahora en el recurso, hace referencia a sus circunstancias patrimoniales, su disponibilidad económica y el régimen aplicable a sus ingresos, salvando la cantidad correspondiente al Salario Mínimo Interprofesional por considerar que es inembargable.

16. Consideramos que las referencias a la situación patrimonial del deudor y al régimen de sus ingresos no debe ser, en principio, trascendente para discutir y aprobar el plan de pagos ya que dicho plan no es de viabilidad.

En este plan de pagos, el concursado ha de comprometerse a satisfacer en el plazo que estime oportuno, pero con un máximo de cinco años, la totalidad de créditos no exonerables. Para atender a esos pagos, el plan deberá exponer con la mayor precisión posible los recursos económicos y patrimoniales de los que dispone para cumplir sus compromisos.

Las alegaciones que realiza el concursado respecto de sus rentas e ingresos actuales, así como de las limitaciones que prevé el párrafo 8 del artículo 178 bis de la LC, no le pueden eximir, a priori, del deber legal de cumplir con el plan de pagos, por lo que esas circunstancias patrimoniales deberán evaluarse en su caso y en su día, cuando concluya el plazo que el propio deudor ha establecido en el plan de pagos.

17. El artículo 178 bis 6 de la LC establece, como norma general, que el deudor ha de cum-

plir el plan de pagos y que, con el cumplimiento de ese plan, debe saldar todos los créditos no exonerables.

Solo para el caso de que el deudor no pueda hacer frente a los compromisos del plan de pagos, el párrafo 8 del citado artículo 178 bis establece la posibilidad, sujeta a la ponderación judicial, de que el juez pueda acordar la exoneración de la parte no satisfecha si considera que el deudor ha hecho un esfuerzo razonable.

En definitiva, las alegaciones referidas al salario o a los ingresos por desempleo del concursado tienen una trascendencia relativa para la aprobación del plan.

No obstante, no resulta irrelevante que el **deudor se encuentre en una situación que le impida pagar la totalidad de la deuda no exonerable**, en cuyo caso, respetando siempre el interés equitativo de los trabajadores, podrá aprobarse un plan de pagos que no abarque el pago íntegro de dicha deuda. Establece en este sentido el [AAP de Barcelona, sección 15ª, 34/2020, de 10 de febrero](#):

13. Resumiendo, en nuestra interpretación, el plan de pagos ha de tener por finalidad la satisfacción íntegra de los créditos no exonerados, pero, atendidas las circunstancias del caso, si los ingresos embargables del deudor no permiten pagar la totalidad, bastará con que este destine la mitad (o la cuarta parte) de dichos ingresos a satisfacer dichos créditos. Si no hay circunstancias que excluyan esta posibilidad, el juez deberá aprobar el plan de pagos, lo que exige conocer con detalle las condiciones personales y económicas del deudor.

14. Al final del periodo de cinco años, si no se han pagado la totalidad de los créditos no exonerados, el juez, antes de conceder la exoneración definitiva deberá comprobar, no solo que el deudor ha cumplido con el plan de pagos, sino con su obligación de destinar la parte de renta

libre necesaria, que es el requisito que exige el apartado 8°. De tal manera que, si el deudor ha incrementado sus ingresos, aunque no se dé la situación extraordinaria prevista en el apartado 7° c) del art. 178 bis LC, y ha seguido pagando conforme lo inicialmente ofrecido, pueda no obtener la exoneración definitiva.

En definitiva, la exoneración definitiva (pasivo exonerado provisionalmente y el no exonerable que fuera de imposible cumplimiento) se podrá conceder tras un doble control: el **cumplimiento del plan de pagos** y la **obligación de destinar la parte de renta libre necesaria**, que podría ser superior si sus ingresos aumentaran.

#### IV. TRATAMIENTO DEL CRÉDITO PÚBLICO

Hasta la ya citada [STS de 2 de julio de 2019](#), juzgados y tribunales resolvieron en sentido distinto sobre el **tratamiento que debía darse al crédito público no exonerado**:

- (i) Considerar que **no debía incluirse en el plan de pagos** porque su aplazamiento o fraccionamiento debía someterse a su normativa específica ([SJM n.º 1 de Oviedo, 25/2018, de 20 de marzo](#); [SJM n.º 2 de Murcia, 299/2017, de 20 de noviembre](#); y [SJM n.º 1 de Donostia, 425/2015, de 22 de diciembre](#)).
- (ii) Considerar qué crédito público **debía incluirse en el plan de pagos** sin perjuicio de que una vez aprobado debiera tramitarse su aplazamiento o fraccionamiento conforme a su normativa específica ajustándose a lo dispuesto en el párrafo primero del apartado 6 (*deberán ser satisfechas por el concursado dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un vencimiento posterior. Durante los cinco años siguientes a la con-*

*clusión del concurso las deudas pendientes no podrán devengar interés*). En este sentido las [SSAP de Barcelona, secc. 15ª, 519/2018 y 475/2018, de 29 de junio](#); el Acuerdo IV. 10 del Seminario de Jueces de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona de 15 de junio de 2016; el [AJM n.º 9 de Barcelona de 15 de abril de 2016](#); la [SJM n.º 7 de Barcelona de 31 de enero de 2018](#); el [AJM n.º 1 de Córdoba de 2 de enero de 2019](#); la [SJM n.º 3 de Madrid de 14 de enero de 2019](#).

El Tribunal Supremo zanjó la cuestión en la citada [sentencia de Pleno de 2 de julio de 2019](#) al referir que el crédito público no exonerado debe incluirse en el plan de pagos y pagarse conforme al mismo.

En la sentencia referida abordó el Alto Tribunal la interpretación del apartado 6 del art. 178 LC, que, tras establecer la necesidad de presentar una **propuesta de plan de pagos para satisfacer en un plazo de cinco años la deuda no exonerada**, disponía en su párrafo tercero que *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*. El Tribunal Supremo consideró que la norma contenía una contradicción y que la protección del crédito público debía quedar subsumida en la aprobación judicial. Afirmó el Tribunal Supremo que *Aprobado judicialmente el plan de pagos, no es posible dejar su eficacia a una posterior ratificación de uno de los acreedores, en este caso el acreedor público. Aquellos mecanismos administrativos para la condonación y aplazamiento de pago carecen de sentido en una situación concursal. Esta contradicción hace prácticamente ineficaz la consecución de la finalidad perseguida por el art. 178 bis LC (que pueda alcanzarse en algún caso la exoneración plena de la deuda), por lo que, bajo una interpretación teleológica, ha de subsumirse la protección perseguida del crédito público en la*

*aprobación judicial. El juez, previamente, debe oír a las partes personadas (también al acreedor público) sobre las objeciones que presenta el plan de pagos, y atender solo a aquellas razones objetivas que justifiquen la desaprobación del plan.*

El TRLC reproduce en el art. 495.1 (propuesta de plan de pagos) la redacción del párrafo 3º del art. 178 bis.6 LC, al establecer que *Respecto a los créditos de derecho público, la tramitación de las solicitudes de aplazamiento y o fraccionamiento se regirá por su normativa específica.* Parece clara la opción del TRLC toda vez la Propuesta de 6 de marzo de 2017 (art. 494.1) sí incluyó expresamente los créditos de Derecho público en la propuesta de plan de pagos. Decía el precepto: *A la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho acompañará el deudor una propuesta de plan de pagos de los créditos contra la masa, de los créditos concursales privilegiados, de los créditos de Derecho público, de los créditos por alimentos y de la parte de los créditos ordinarios que incluya el plan.*

Esta versión desapareció en el Proyecto de diciembre de 2019. Además, esta misma norma se reitera en el art. 497.2 TRLC en relación con la **extensión de la exoneración en caso de plan de pagos**; el aplazamiento o fraccionamiento del crédito público queda sometido a su normativa específica.

En todo caso, la Ley Concursal ofrecía también una aparente claridad sobre la exclusión del crédito público del plan de pagos que el Tribunal Supremo interpretó en su sentencia de 2 de julio de 2019, no existiendo, por ello, razón alguna para no seguir acogiendo tal interpretación. Afirmaba el Tribunal Supremo que la norma contenía una contradicción y la salvó acudiendo a la finalidad del art. 178 bis LC, finalidad que no se alcanzaría si se dejara la eficacia del plan de pagos aprobado judicialmente a la posterior ratificación del acreedor público. Los *mecanismos adminis-*

*trativos para la condonación y aplazamiento de pago carecen de sentido en una situación concursal (FJ 4º 5).*

La misma contradicción se reproduce en el TRLC y por ello debe estimarse plenamente aplicable la jurisprudencia anterior.

Al debate sobre el exceso de delegación legislativa que supone el art. 491 TRLC ya me he referido anteriormente.

## V. TRAMITACIÓN DEL PLAN DE PAGOS

La tramitación del plan de pagos se regula en los siguientes preceptos:

Art. 495. 1. *A la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho acompañará el deudor una propuesta de plan de pagos (...)*

Art. 496.

*1. El Letrado de la Administración de Justicia dará traslado de la solicitud y de la propuesta de plan de pagos presentadas por el deudor a la administración concursal y a los acreedores personados por un plazo de diez días, para que puedan alegar cuanto estimen oportuno en relación con la concesión del beneficio.*

*2. Presentadas las alegaciones o transcurrido el plazo a que se refiere el apartado anterior, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado al deudor de los escritos que se hubieran presentado a fin de que, dentro del plazo que al efecto le conceda, manifieste si mantiene el plan de pagos o lo modifica atendiendo en todo o en parte a lo alegado.*

*3. Elevadas las actuaciones, el juez del concurso, en la misma resolución en la que declare la*

*conclusión del concurso, previa verificación de la concurrencia de los presupuestos y de los requisitos establecidos en esta ley, concederá provisionalmente el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho y aprobará el plan de pagos en los términos de la propuesta o con las modificaciones que estime oportunas, sin que en ningún caso el periodo de cumplimiento pueda ser superior a cinco años.*

Se plantean en relación con estos preceptos las siguientes cuestiones:

### 1. Momento para la presentación del plan de pagos

El plan de pagos debe presentarse **con la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho**. Así lo establece el art. 495.1 TRLC, que resuelve de esta forma el debate que en relación con tal cuestión planteó el art. 178 bis.3.5º LC en relación con el art. 178.6 LC.

Debe recordarse que la solicitud de exoneración se presenta **ante el juez del concurso** dentro del plazo concedido a las partes para formular oposición a la solicitud de conclusión del concurso (art. 489.1 TRLC).

### 2. Audiencia a las partes

A diferencia del art. 187 bis.6 LC, el art. 496.1 TRLC dispone el traslado de la solicitud a la administración concursal. El art. 178 bis.6 LC se refería a la audiencia de las "partes" y ello abrió un debate sobre la inclusión o no de la administración concursal, habiéndose opinado también que la omisión de la administración concursal era lógica porque en el momento de la tramitación del plan de pagos ya había cesado (Fernández Seijo, JM<sup>8</sup>). Este criterio era coherente con el mantenido en relación con los momentos previstos para la concesión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho y la aprobación del plan

de pagos, que algún sector consideraba debían hacerse en resoluciones judiciales independientes: primero la concesión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho con la conclusión del concurso, y posteriormente la aprobación del plan de pagos. La literalidad del apartado 6 del art.178 bis LC abonaba esta interpretación.

Esta cuestión ha sido también aclarada en el art. 496 TRLC, cuyo apartado 3 prevé que la declaración de conclusión del concurso, la concesión del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho y la aprobación del plan de pagos tengan lugar en una única resolución.

### 3. Alegaciones contrarias a la aprobación: ¿oposición?

Bajo la vigencia de la Ley Concursal se planteó si las alegaciones que podían presentar las partes en el trámite de audiencia previsto en el art. 178 bis.6 LC merecían la consideración de oposición y debían sustanciarse por el cauce incidental.

Sobre esta cuestión se pronunció en sentido afirmativo la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 2 de noviembre de 2018:

*5. En cambio, respecto del plan de pagos los términos del escrito del Abogado del Estado creemos que nos permiten hablar de una verdadera oposición a la propuesta. Así, afirma: "esta parte considera inadmisibles las propuestas...", "el crédito público no puede ser incluido en el plan de pagos". Ante ello estimamos que, aunque la parte no hubiera titulado su escrito como demanda de incidente de oposición, ello no impedía que el juzgado hubiera debido sustanciarlo como tal, pues el escrito de la parte mostraba la inequívoca voluntad de la AEAT de oponerse al plan de pagos propuesto.*



6. *La consecuencia de la referida irregularidad creemos que no resulta especialmente trascendente, pues a efectos prácticos se agota en el régimen de recursos, lo que sin duda también ha de tener consecuencias respecto de la forma de la presente resolución, que no ha de revestir la forma de auto sino la de sentencia, como correspondería al caso en el supuesto de que la tramitación hubiera sido la apropiada. Por lo demás, tratándose de una irregularidad puramente formal y que no creemos que haya determinado indefensión de ninguna de las partes, al ser la cuestión controvertida de carácter jurídico, hemos de tenerla por subsanada con nuestro proceder, así como por el del propio juzgado, que no ha impedido tampoco el acceso al recurso de apelación.*

Criterio distinto siguió la [SJM n.º 1 de Palma de Mallorca 370/2015, de 2 de diciembre](#), FJ 3, que **rechazó que pudiera formularse oposición al plan de pagos**:

*(...) La conclusión práctica que se extrae es que, cumpliendo los requisitos generales de la buena fe, el pago de los créditos que no se exoneran deja de ser un elemento esencial que se puede modular a través de los condicionantes que se acaban de exponer, presentándose una posibilidad de pago aplazada a través de un plan unilateralmente elaborado por el interesado, frente al que no cabe formular oposición.*

El art. 496 TRLC no resuelve esta cuestión expresamente, pero este precepto debe ponerse en relación con el art. 490 TRLC, que, para el régimen general, se remite al trámite del incidente concursal para el supuesto de que se hubiera formulado oposición a la solicitud de exoneración. El art. 496 debe ser integrado con el art. 490 pues ningún sentido tiene que la oposición a la solicitud de exoneración tenga tratamiento distinto en uno y otro régimen (general y especial).

#### 4. Aprobación

Bajo la vigencia de la Ley Concursal fue también discutido si la aprobación del plan de pagos era obligatoria para el juez, y ello porque disponía el párrafo 2º del apartado 6 del art.178 bis LC que, oídas la partes por plazo de 10 días, el plan de pagos *será aprobado por el juez en los términos en que hubiera sido presentado o con las modificaciones que estime oportunas.*

La **aprobación obligatoria** fue defendida por la Audiencia Provincial de Barcelona, que desvinculaba la concesión del beneficio de la aprobación del plan de pagos y entendía que una vez concedido el beneficio, el juez tenía que aprobar el plan de pagos, bien en los términos en los que había sido presentado, bien introduciendo las modificaciones que estimara oportunas. En este sentido la [sentencia 475/2018, de 29 de junio](#), y el [auto 19/2019, de 11 de febrero](#).

La [STS 381/2019, de 2 de julio de 2019](#), contempla que el plan pueda ser desaprobado atendiendo a razones objetivas que lo justifiquen (FJ 4º 5). De esta forma, vinculó el Tribunal Supremo ambas decisiones (concesión del beneficio y aprobación del plan de pagos), pues ningún sentido tiene conceder el beneficio con la posibilidad posterior de desaprobar el plan de pagos. Señala el Tribunal Supremo lo siguiente (FJ 4º.5): *El juez, previamente, debe oír a las partes personadas (también al acreedor público) sobre las objeciones que presenta el plan de pagos, y atender solo a aquéllas razones objetivas que justifiquen la desaprobarción del plan.*

El art. 496 TRLC vincula también ambas decisiones del juez pues deben materializarse en una única resolución. Además, rechaza que el plan de pagos deba ser aprobado en todo caso, siquiera con modificaciones, al establecer expresamente, de igual forma

que se dispone para la concesión del beneficio conforme al régimen general en el art. 490.1 TRLC, que el juez verificará la concurrencia de los presupuestos y requisitos establecidos en la ley.

Respecto al alcance de las modificaciones que puede introducir el juez, dispone el art. 496.3 TRLC que las que considere oportunas.

Considero que las modificaciones pueden alcanzar a cualquiera de los contenidos del plan de pagos: fraccionamiento, aplazamiento, importes y créditos afectados por el plan, aspecto este último de carácter puramente jurídico dado que en la interpretación del Tribunal Supremo (sentencia de 2 de julio de 2019) el plan de pagos debe comprender los créditos contra la masa y créditos privilegiados, con inclusión del crédito público no exonerable. Quiero decir con ello que cualquier modificación que introdujera el juez debiera serlo en tal sentido.

La [SJM n.º 1 de Palma de Mallorca, 370/2015, de 2 de diciembre](#), FJ 3º, señaló que *En todo caso, las modificaciones deberían efectuarse en el sentido de garantizar que los créditos serán efectivamente pagados, porque cualquier otra situación provocaría el fracaso del expediente ante la imposibilidad de atender a las obligaciones exigidas.*

La [SAP de Barcelona, secc. 15ª, 843/2019, de 9 de mayo](#), revoca el auto del Juzgado de lo Mercantil que deniega la solicitud de exoneración de pasivo insatisfecho por entender que **en el plan de pagos no se ha incluido la totalidad del crédito público**. Dice la sentencia (apartado 10) que ello no implica la denegación del beneficio de exoneración; se concederá por la vía del apartado 5º con un plan de pagos que incluya la totalidad del crédito público. Se deduce de esta sentencia que el juez habría de modificar el plan con la inclusión del crédito público.

La [SAP de Valencia, sección 9ª, 1133/2018, de 21 de noviembre](#), considera que el juez no tiene limitada su actuación de oficio:

*No es cierto que no se pueda llevar a cabo un análisis de viabilidad del plan de pagos, argumento solo válido respecto la propuesta de convenio porque los arts. 124 y 125 LC prevén la votación de los acreedores y el art. 131 LC enumera tasadamente las causas para el rechazo de oficio de la propuesta de convenio. Sin embargo en este supuesto no existen normas similares, ni los acreedores votan el plan de pagos ni el juez tiene limitada su actuación de oficio, pudiendo incluir las modificaciones que estime oportunas (art. 178 bis.6 LC).*

## VI. REVOCACIÓN DEL BENEFICIO EN CASO DE PLAN DE PAGOS

Dispone el art. 498:

*Además de la solicitud de revocación en caso de ocultación por el deudor de la existencia de bienes o derechos o de ingresos, cualquier acreedor concursal, durante el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos, estará legitimado para solicitar del juez del concurso la revocación de la concesión provisional del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho en los siguientes casos:*

- 1.º Si el deudor incumpliere el plan de pagos.*
- 2.º Si mejorase sustancialmente la situación económica del deudor por causa de herencia, legado o donación, o por juego de suerte, en-vite o azar, de manera que, sin detrimento de la obligación de satisfacer alimentos, pudiera pagar todos los créditos exonerados.*
- 3.º Si el deudor incurriese en causa que hubiera impedido la concesión del beneficio por falta de*

*los requisitos establecidos para poder ser considerado deudor de buena fe.*

Este precepto equivale al art. 187 bis.7 LC. A diferencia de la Ley Concursal, establece el TRLC, para el supuesto de **ocultación de bienes**, que la revocación solo podrá ser solicitada durante el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos (puede ser inferior a 5 años), no durante los cinco años siguientes a su concesión. Esta modificación afecta también al régimen de exoneración definitiva, que se concederá si transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos no se ha revocado el beneficio, sin necesidad de esperar al transcurso de cinco años. En este sentido, el art. 499 TRLC ha omitido la previsión del último párrafo del art. 178 bis.8 LC, conforme al cual la exoneración definitiva podía revocarse cuando concurriera la causa prevista en el párrafo primero del apartado 7 del art.178 bis LC, es decir, cuando durante los cinco años siguientes a su concesión se constatare la existencia de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultados.

Al igual que la Ley Concursal, el TRLC contempla como causa de revocación el **incumplimiento del plan de pagos**. Pero esta causa de revocación debe ser puesta en relación con el art. 499 TRLC, que excusa el cumplimiento íntegro del plan cuando el deudor ha 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 concurriese en el deudor las circunstancias previstas en el artículo 3.1, letras a) y b), del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, respecto a los ingresos de la unidad familiar y circunstancias familiares de especial vulnerabilidad. A los efectos de este artículo, se entiende por ingresos inembargables los previstos en el

artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa.

La [SAP de Navarra, sección 3ª, 571/2019, de 12 de noviembre](#), se pronuncia sobre esta cuestión en un supuesto en el que la Hacienda Tributaria de Navarra había solicitado la revocación del beneficio por el impago del primer plazo del plan de pagos. La juzgadora de instancia desestima la solicitud, y el recurso de apelación no tiene por objeto este pronunciamiento principal sino las costas. No obstante, sí argumenta la Audiencia, FJ 2º, que *La vacilación, entonces, es de la parte demandante y no de la juzgadora de lo Mercantil, que no duda de aplicar el art. 178 bis.8 LECO, puesto que es una interpretación absurda que pueda revocarse el beneficio durante el plazo de cumplimiento del plan, por el mismo incumplimiento que, expirado dicho plazo, no obstaría ya a la exoneración definitiva, cabalmente el haber destinado sus ingresos en los parámetros legales de subsistencia –tratamos de una persona natural–, a los pagos pendientes. No tiene sentido revocar la provisional exoneración por motivo que no impide la exoneración definitiva.*

Otra cuestión que se plantea es si la vulneración del orden de pagos es causa de incumplimiento y, consiguientemente, de revocación de la exoneración. Considero que sí será causa de incumplimiento cuando la postergación del acreedor se ha traducido en el impago de su deuda no exonerada porque el deudor solo ha podido destinar al cumplimiento las cantidades mínimas que refiere el apartado 8. Por el contrario, no será causa de incumplimiento del plan de pagos ni de revocación si finalmente, en el plazo fijado, resultan pagadas todas las

deudas aunque lo no hubieran sido en el orden previsto.

En todo caso, a diferencia de otros ordenamientos (EEUU, Alemania y Portugal) que prevén el nombramiento de un administrador que supervise el cumplimiento del plan de pagos, la Ley Concursal y el TRLC se apartan de estos sistemas y no contiene previsión de que el cumplimiento del plan de pagos sea supervisado y tampoco dan intervención a la administración concursal en el trámite de revocación (arts. 498 y 492 TRLC) ni en el de exoneración definitiva (art. 499). Son los acreedores quienes deben controlar el cumplimiento del plan y también la modificación de las circunstancias económicas y personales del deudor.

## VII. EXONERACIÓN DEFINITIVA

La exoneración definitiva se regula en el art. 499 TRLC en términos semejantes al art. 178 bis 8 LC.

A la supresión por el TRLC de la referencia que el último párrafo del art. 178 bis.8 LC hacía a la causa de revocación por ocultación de bienes me he referido con anterioridad.

Aparte de ello, otra diferencia la encontramos en el apartado 1 del art. 499 TRLC en relación con el párrafo primero del apartado 8 del art. 178 bis LC. La Ley Concursal señalaba que el juez dictará auto *reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso*, y el TRLC modifica dicha redacción y dispone que el juez *dictará auto concediendo la exoneración definitiva del pasivo insatisfecho en el concurso*.

Un sector doctrinal ha entendido que con la expresión *exoneración definitiva del pasivo in-*

*satisfecho en el concurso* está haciendo hincapié el texto refundido en que la exoneración definitiva alcanza a los créditos que se exoneraron inicialmente con carácter provisional, no a los contemplados en el plan de pagos que pudieran haber resultado impagados.

No comparto esta interpretación. Si bien la expresión *exoneración definitiva* (al igual que con la Ley Concursal la expresión *con carácter definitivo la exoneración*) aisladamente considerada puede entenderse circunscrita a la previa exoneración provisional y a su contenido, debe tenerse en cuenta que el precepto se refiere al *pasivo insatisfecho en el concurso* y en el apartado 2 al *pasivo insatisfecho del deudor que no hubiese cumplido en su integridad el plan de pagos*, lo que significa, a mi juicio, que cuando el TRLC habla de exoneración definitiva se está refiriendo no solo al contenido exonerado provisionalmente sino a la totalidad del pasivo insatisfecho, cuya exoneración no deja de ser definitiva también. La previsión de la norma de permitir la exoneración definitiva pese al incumplimiento parcial del deudor obedece a la finalidad que persigue el instituto del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho; conceder una segunda oportunidad al deudor. Restringir la exoneración al pasivo exonerado provisionalmente no es consecuente con tal finalidad, pues supondría que el deudor tendría que seguir soportando una deuda que previamente ha valorado el juez como de imposible pago.

En definitiva, considero que **la exoneración definitiva alcanza al pasivo exonerado provisionalmente y al que, finalmente, resulta insatisfecho.**

---

[1] Ponencia La exoneración del pasivo insatisfecho. Estado actual de la cuestión.

[2] La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad. Madrid: Bosch, 2015. ISBN: 978-84-9090-052-9, p. 270.

[3] La exoneración del pasivo insatisfecho en la Ley 25/2015 de Segunda Oportunidad. Cuadernos Digitales de Formación del Consejo General del Poder Judicial, núm. 11, año 2016.

[4] "La segunda oportunidad. La superación de las crisis de insolvencia", 2.ª ed. El Derecho, octubre 2015, p. 132.

[5] "El beneficio de exoneración de deudas en el concurso de la persona física". BIB 2015/17173. Anuario

de Derecho Concursal núm. 37/2016. Editorial Civitas, S.A.

[6] FERNÁNDEZ SEIJO, José María. "La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad", p. 270. Madrid: Bosch, 2015. ISBN: 978-84-9090-052-9.

[7] "El beneficio de exoneración de deudas en el concurso de la persona física", p. 29. BIB 2015/17173. Anuario de Derecho Concursal núm. 37/2016. Editorial Civitas, S.A.

[8] "La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad", p. 268. Madrid: Bosch, 2015. ISBN: 978-84-9090-052-9.

## DERECHO DE LA COMPETENCIA. PROBLEMAS PLANTEADOS EN LAS DILIGENCIAS DE ACCESO A FUENTES DE PRUEBA

**Autor:** María José Fernández Alcalá

**Cargo:** Magistrada adscrita al Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada

**Resumen:** El 27 de mayo de 2017 entró vigor el Real Decreto Ley 9/2017 por el que se traspuso a nuestro ordenamiento, entre otras, la Directiva 2014/104/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea introduciendo en nuestro sistema un nuevo procedimiento de acceso a las fuentes de prueba. Los juzgados de lo mercantil y algunas audiencias provinciales han ido resolviendo solicitudes de acceso a las fuentes de prueba relacionadas con el ejercicio de las acciones de reclamación de daños formuladas como consecuencia del conocido coloquialmente como "cartel de los camiones" (sancionado por Decisión de la Comisión de 19/7/16, asunto AT.39824). Ello ha motivado la aparición de los primeros problemas prácticos en su tramitación a cuyo estudio se dedica este trabajo. A la luz de estas solicitudes se realiza un análisis del alcance y contenido de los requisitos y presupuestos derivados de la nueva regulación y las cuestiones que se plantean en la resolución de las peticiones formuladas.

En la primera parte de este trabajo se examinaron las cuestiones procesales planteadas durante la tramitación del procedimiento y la ejecución de las medidas de acceso a fuentes de prueba acordadas, incluidas las reglas de protección de la confidencialidad. Esta segunda parte tiene por objeto el análisis de los presupuestos para su adopción, las especialidades de las medidas de acceso a fuentes de prueba cuando se dirijan a la preparación de la defensa del passing on y el acceso a las pruebas contenidas en un expediente de la autoridad de la competencia.

## SUMARIO

- I. PRESUPUESTOS MATERIALES PARA LA ADOPCIÓN
  - 1. Motivación razonada que justifique la viabilidad de la acción
  - 2. Pertinencia y utilidad
  - 3. Proporcionalidad
- II. CAUCIÓN
- III. LA DEFENSA DEL PASSING ON Y EL ACCESO A LAS FUENTES DE PRUEBA
- IV. ESPECIAL REFERENCIA AL ACCESO A PRUEBAS CONTENIDAS EN UN EXPEDIENTE DE UNA AUTORIDAD DE LA COMPETENCIA

### I. PRESUPUESTOS MATERIALES PARA LA ADOPCIÓN

#### 1. Motivación razonada que justifique la viabilidad de la acción

Dispone el art. 283 bis a) LEC en su apartado 1º que *Previa solicitud de una parte demandante que haya presentado una motivación razonada que contenga aquellos hechos y pruebas a los que tenga acceso razonablemente, que sean suficientes para justificar la viabilidad del ejercicio de acciones por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia, el tribunal podrá ordenar que la parte demandada o un tercero exhiba las pruebas pertinentes que tenga en su poder (...).*

Señala ALBA CLADERA F.<sup>1</sup> que, aunque el **procedimiento de acceso a fuentes de prueba** pueda encontrar sus reminiscencias en el “discovery” anglosajón, entre los propósitos de la Directiva 2014/104/UE se encuentra evitar las conocidas como “fishing expedi-

tions”, solicitudes de búsqueda indiscriminada de prueba, razón por la que se precisa la intervención judicial en el procedimiento y se introduce la necesidad de que se presente una “motivación razonada que contenga aquellos hechos y pruebas a los que se tenga acceso razonablemente”, exigiendo que sean suficientes para justificar la viabilidad del ejercicio de la acción por daños. En la Propuesta de Ley para la Trasposición de la Directiva se enumeraban los elementos que se debían justificar en la solicitud, así, se exigía la **aportación de un principio de prueba** y, para el supuesto que la solicitud se formulara con anterioridad a la incoación de proceso, se debía indicar, con suficiente precisión, los **elementos que permitieran identificar la acción o las acciones** que el solicitante pretendiera ejercitar<sup>2</sup>.

Aún cuanto el art. 283 bis a) LEC no hace distinción en función del momento en que se formule la solicitud de acceso a fuentes de prueba, resulta lógico inferir que, en aquellos supuestos en que se solicite junto a la

demanda o durante la pendencia del proceso, los hechos y pruebas justificativas de la viabilidad de la acción vendrán determinadas por la propia demanda y la documental que la acompañe. El análisis de la solicitud deberá ser más exhaustivo en los supuestos en los que la petición se formule antes de la incoación del proceso.

MARTORELL ZULUETA P. considera que para dar cumplimiento a esta **exigencia de motivación** debe requerirse un esfuerzo descriptivo de hechos y un principio de prueba justificativo de la viabilidad de la acción<sup>3</sup>. Por su lado HERRERA PETRUS C. entiende que el presupuesto debe interpretarse con cierta laxitud dado que la finalidad del procedimiento es corregir la situación de asimetría informativa que caracterizan las acciones por daños, lo que le lleva a concluir que en las acciones en las acciones follow on bastaría con aportar la resolución administrativa<sup>4</sup>.

En cuanto a su utilización para la preparación de **acciones stand alone**, debemos de partir del hecho de que, si bien la Directiva 2014/104/UE tiene por objeto la armonización de las normas por las que se rigen las acciones de daños, una lectura de los datos objeto de la solicitud y que a título de ejemplo se relacionan en el art. 283 bis a) LEC, nos permite concluir que la medida se extiende, más allá de la determinación y cálculo del daño, a las acciones stand alone, en la que en definitiva concurren tanto la acción declarativa como la indemnizatoria<sup>5</sup>. En esta línea, el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 10 de Barcelona de 3 de diciembre de 2010 ha admitido la solicitud de acceso a fuentes de prueba presentadas antes de la formulación de una acción stand alone. HERRERA PETRUS C. entiende que para las acciones stand alone bastará con que se justifique la verosimilitud de infracción y la causación de un daño patrimonial y el nexo causal, sin que deba exigirse que se acredite indiciariamente el alcance de la lesión.

En todo caso, dada la cercanía de las diligencias de acceso de prueba a las diligencias preliminares, debemos concluir que la exigencia de motivación razonada se encuentra más próxima a la "justa causa e interés legítimo" del art. 258.1 LEC, que al "juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión" en el art. 728.2 LEC. Ello por cuanto el mecanismo del art. 283 bis LEC tiene por finalidad, bien la preparación de la demanda, como en las diligencias preliminares, bien la obtención de pruebas, como en las diligencias de comprobación de hechos.

En esta línea, la mayoría de las resoluciones dictadas por los juzgados de lo mercantil en los procedimientos de acceso a las fuentes de prueba estiman que **el presupuesto de la viabilidad se entiende cumplido aportando la Decisión de la Comisión y justificando la adquisición**, en el periodo al que se extiende la infracción, de un vehículo pesado de los afectados por el cártel. Este criterio ha sido confirmado por el AAP de Bilbao, secc. 4, 253/2020 de 3 de febrero al exponer *Son hechos relevantes que la Comisión ha sancionado una práctica anticompetitiva mediante una Decisión de la que las mercantiles demandadas son destinatarias y que describe que la infracción sancionada estribó en acuerdos colusorios en materia de precios e incremento de precios brutos en el mercado europeo de camiones durante un lapso temporal amplio (17/01/1997 hasta el 18/1/2011). A su vez, resulta acreditado que los solicitantes adquirieron, durante el lapso temporal de duración de la infracción, camiones de las características de los afectados por las prácticas anticompetitivas (camiones con un peso entre 6 y 16 toneladas –camiones medios– y los camiones de más de 16 toneladas –camiones pesados– tanto camiones rígidos como cabezas tractoras).*

*De eso se desprende, de manera suficiente, que los actores podrían haber sufrido daños en forma de sobreprecio. Por tal motivo, en la petición de los actores concurre justa causa e interés*

*legítimo en obtener información sobre las circunstancias en las que esa infracción acaeció. En la medida en que está justificado que puedan formular una demanda follow on, precisan la obtención de la información suficiente para la elaboración de un dictamen pericial de cuantificación de daños, que permita la reconstrucción hipotética de un escenario contrafractal en el sentido señalado anteriormente.*

Por su lado, la sección 9ª de la [AP de Valencia en el Auto n.º 319/2019 de 4 de diciembre](#) añade la necesidad de concreción en la exposición razonada de las circunstancias son o van a ser objeto de la pretensión principal y, así, pone de manifiesto que *La referencia normativa a tales hechos disponibles y motivación razonada, así como a la aportación de un principio de prueba justificativa de la solicitud (apartados 2 y 3 del precepto) pone de relieve la carga descriptiva de los hechos y justificación indiciaria de la viabilidad de la acción que se impone a la solicitante en el escrito postulando la exhibición, en cuanto de ello depende el juicio de pertinencia que incumbe al tribunal. Dicho juicio pasa por la valoración y justificación de los hechos en que se sustenta la petición (con aportación de un principio de prueba) para determinar qué piezas y categorías solicitadas son útiles y pertinentes en relación con el objeto del proceso.* Partiendo de esta premisa, la sección 9ª, considera que la solicitud examinada no cumplió con la carga que le imponía el art. 283 bis a) LEC pues se trataba de una **petición de exhibición genérica y descriptiva sin referencia al caso concreto** que determinaría el ejercicio de la acción principal, lo que a su juicio pone de relieve que es una modelo que se aprovecha para cualquier perjudicado, lo que justifica que se pida información sobre todos los modelos fabricados por el demandado y viene confirmado por la intervención en estos procedimientos de fondos de litigación. Por todo ello la sala concluye que *...la "motivación razonada de hechos y pruebas" pasa por concretar la cuestión en relación con la posición de la parte que quiere hacer uso del*

*acceso a las fuentes de prueba y no tanto la explicación de la existencia del cártel o la argumentación jurídica en torno a la existencia del daño y la eventual aplicación de la doctrina ex re ipsa. La parte debió identificar en la solicitud los modelos adquiridos y/o explotados por los solicitantes, con sus características y haber concretado su solicitud a esos concretos modelos, y no a todos los que postula.*

Pudiera parecer que se muestra cierta desconfianza a la aparición en estos procesos de fondos de litigación, circunstancia aún no extendida en nuestro sistema, de tal manera que con la solicitud de solicitudes de acceso a fuentes de prueba formuladas de forma genérica y con un objeto tan amplio, se permita con un número reducido de solicitudes, distribuidas por los juzgados de toda la geografía nacional, preparar el informe pericial de las miles de demandas cuya interposición se anuncia en los medios de comunicación.

Quizá, si se exigiera el **uso exclusivo de la información** obtenida para la tutela jurisdiccional de los derechos del solicitante, prohibiendo su comunicación o divulgación a terceros, de forma análoga a como ocurre en sede de diligencias preliminares con las previstas en los n.º 7, 8, 10 y 11 del art. 256.1 LEC, estas reticencias desaparecerían o se verían mitigadas<sup>6</sup>. De hecho, este límite se prevé expresamente en el art. 283 bis j) LEC para las pruebas obtenidas exclusivamente a través del acceso al expediente de una autoridad de la competencia.

En otro orden de cosas y siguiendo con el análisis de la viabilidad de la acción ejercitada o que se pretende ejercitar, en la práctica se ha podido comprobar como las demandadas, para desvirtuar la motivación de la solicitud, oponen excepciones materiales o de fondo, tales como la prescripción de la acción. La respuesta de los juzgados de lo mercantil está dividida entre aquellos que



se pronuncian sobre la **posible prescripción de la acción** que se pretende formular y los que consideran que **el juicio sobre la viabilidad sustantiva de la pretensión no exige el análisis de esta cuestión**. Esta última es la postura mantenida por el [Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Valencia en el Auto de 14 de junio de 2019](#) sobre la base de los siguientes argumentos: *28.- Frente a las reservas de la solicitada, para resolver ese juicio sustantivo de viabilidad no es necesario realizar un examen indiciario sobre los elementos de fondo determinantes de la eventual estimación o desestimación de esa acción follow on en un proceso declarativo posterior, a saber: la naturaleza de la infracción en relación con la constatación de daños a través de la aplicación de las presunciones ex re ipsa o la eventual prescripción de esa acción. Ciertamente, algo tendrá que decirle al juicio sustantivo de viabilidad lo que ya sabemos sobre la apariencia de buen derecho, pero no para anticipar un juicio cautelar, porque este proceso no responde a ese interés tuitivo, sino solamente para desechar las peticiones arbitrarias o infundadas, lo que en este caso no sucede.* En la misma línea, el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vitoria de fecha 4 de octubre de 2019 señala que *...la prescripción alegada pudiera ser relevante para excluir desde este momento la viabilidad de la acción si resultara a todas luces evidente que la acción se halla extinguida por esta causa (...).* Finalmente, el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Las Palmas de Gran Canarias en el Auto de 9 de diciembre de 2019 también entiende que *en este procedimiento solo debe examinarse la viabilidad de la acción que se va a ejercitar en términos de una "justa causa" para pedir el acceso a las fuentes y se comparte el razonamiento que se ha transcrito en el sentido de que el objeto de este presupuesto general es descartar de plano las peticiones arbitrarias o infundadas.*

En lo que parece que hay un cierto consenso es que en **el análisis de la viabilidad de la acción no han de resolverse cuestiones**

**relativas a si se puede apreciar la existencia de daños ex re ipsa** o la aplicabilidad de la regulación contenida en el Directiva 2014/104/UE a las acciones que se pretenden ejercitar. En este sentido se pronuncia la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia en el citado auto n.º 319/2019 de 4 de diciembre al manifestar: *No podemos acoger las alegaciones que formula DAIMLER a partir de la página 36 de su escrito (folios 327 y siguientes) en interpretación de los requisitos del artículo 238 bis a) más allá de lo que hemos dejado anteriormente expuesto. El texto vigente apunta – como consecuencia de la asimetría de posiciones entre infractor y perjudicado en la que se fundamenta la regulación europea y nacional de acceso a las fuentes de prueba – que ese principio probatorio no sea tan exigente que, de facto, obstruya la posibilidad de conseguir el acceso a las pruebas, por lo que bastará, a tal fin: 1) que la actora haga un esfuerzo descriptivo de hechos conectados a la solicitud que formula –como ya hemos razonado–, y b) la aportación de aquellas pruebas a las que la parte "tenga acceso razonablemente" y "sean suficientes para justificar la viabilidad" del ejercicio de la acción. En este estadio procesal (instrumental para la preparación del proceso) no se requiere la acreditación de la relación de causalidad entre el ilícito y el daño en los términos que propugna la impugnante.*

*En conexión con lo anterior no guardan relación con el objeto procesal que debatimos las alegaciones relativas al carácter irretroactivo de la Directiva 2014/104/UE que afectan a cuestiones a analizar en otra sede. La norma transpuesta al ordenamiento jurídico español por el RDL de 9 de mayo de 2017 lo ha sido en dos planos: sustantivo y procesal. Ahora estamos en el ámbito adjetivo (no sustantivo) en el que nuestro examen se concreta al uso de un instrumento procesal vigente al tiempo de la presentación de la solicitud, que no nos permite prejuzgar sobre el fondo de la acción (y entre sus elementos, sobre la relación de causalidad, o la presunción*

del daño) que eventualmente pueda iniciarse tras la culminación de esta fase preparatoria del proceso.

*La justificación que pide el artículo 283 bis a de la LEC es una justificación indiciaria, mínimamente cumplida, pero cumplida.*

En el mismo sentido se pronuncia la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Bilbao en el Auto n.º 253/2020 de 3 de febrero ... *no es necesario realizar un examen indiciario sobre los elementos de fondo determinantes de la eventual estimación o desestimación de esa acción follow on en un proceso declarativo posterior, a saber: la naturaleza de la infracción en relación con la constatación de daños a través de la aplicación de las presunciones ex re ipsa o la eventual prescripción de esa acción o de los efectos la Directiva 2014/104 a hechos anteriores.*

## 2. Pertinencia y utilidad

A este presupuesto se refiere el apartado 1º del art. 283 bis a) LEC que prevé que, una vez que la parte demandante haya solicitado mediante una motivación razonada el acceso a las fuentes de prueba, "(...) *el tribunal podrá ordenar que la parte demandada o un tercero exhiba las pruebas pertinentes que tenga en su poder, a reserva de las condiciones establecidas en la presente sección. El tribunal también podrá ordenar a la parte demandante o un tercero la exhibición de las pruebas pertinentes, a petición del demandado.*

*Esta solicitud podrá hacer referencia, entre otros, a los siguientes datos:*

- a) *La identidad y direcciones de los presuntos infractores.*
- b) *Las conductas y prácticas que hubieran sido constitutivas de la presunta infracción.*
- c) *La identificación y el volumen de los productos y servicios afectados.*

d) *La identidad y direcciones de los compradores directos e indirectos de los productos y servicios afectados.*

e) *Los precios aplicados sucesivamente a los productos y servicios afectados, desde la primera transmisión hasta la puesta a disposición de los consumidores o usuarios finales.*

f) *La identidad del grupo de afectados.*

El apartado 2º añade que *El tribunal podrá ordenar la exhibición de piezas específicas de prueba o de categorías pertinentes de pruebas, lo más limitadas y acotadas como sea posible atendiendo a los hechos razonablemente disponibles en la motivación razonada.*

MARTORELL ZULUETA P.<sup>7</sup> entiende que la idea conecta con los **principios de pertinencia y utilidad de la prueba** en el sentido fijado en el art. 283 LEC, esto es, será prueba impertinente la que no guarde relación con el objeto del proceso, y prueba inútil la que *según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos.*

El AAP de Valencia, vincula el juicio de pertinencia del tribunal a la **relación de hechos disponibles y a la motivación razonada** exigible al solicitante y ello al entender que *Dicho juicio pasa por la valoración y justificación de los hechos en que se sustenta la petición (con aportación de un principio de prueba) para determinar qué piezas y categorías solicitadas son útiles y pertinentes en relación con el objeto del proceso.*

En las **acciones follow on**, el análisis de la pertinencia vendrá determinado en gran medida con el contenido de la resolución de la autoridad de la competencia, siendo este el criterio que de manera mayoritaria se ha seguido en las resoluciones dictadas hasta el momento en acceso a fuentes de prueba vinculadas a las acciones follow on derivadas del cártel de los camiones. Un ejemplo práctico lo podemos obtener de un grupo ho-

mogéneo de solicitudes presentadas por un fondo de litigación en distintas provincias en las que las peticiones se articulan en torno a tres bloques de fuentes de prueba: 1) un primer bloque destinado a obtener información relativa al sobreprecio, concretada en la lista de modelos (medios, semipesados, pesados, tractores y vehículos de obras y especiales) fabricados entre 1990 y 2018, precios de transferencia de fábrica o precios brutos, y "total delivery cost" de cada uno de los modelos indicados; 2) un segundo bloque destinado a acreditar el sobreconsumo de los vehículos adquiridos por los perjudicados, consistentes en certificados de homologación, informes de ensayo de consumo, consumo específico de combustibles, documentación de planificación de producto; 3) el tercer bloque se refiere a solicitud de información a la Comisión Europea para que remita texto íntegro de la Decisión de 19 de julio de 2016.

En todos los autos examinados se ha estimado total o parcialmente la utilidad y pertinencia de la información solicitada en torno al sobreprecio de los vehículos sobre la base del contenido de la versión no confidencial de carácter provisional de la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016. Como señala MARCOS F. *La decisión de la Comisión de 19 de Julio de 2016 es firme, porque ha sido aceptada por todas las destinatarias. Solo es pública una versión provisional que consta de 33 páginas (29 si excluimos la portada, tabla de contenidos y la firma), con 136 considerandos y una declaración de dos artículos. Es mucha la información omitida, siendo relativamente parca en la descripción de las conductas prohibidas e ignorando expresamente la apreciación del eventual efecto y los perjuicios que las conductas de las infractoras hubieran tenido en el mercado (80 y 82 de la Decisión). Los datos que de la misma cabe extraer para construir la eventual reclamación de daños son pocos*<sup>8</sup>.

La única versión oficial de la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016 es la redac-

tada en inglés, aunque en el procedimiento se suele aportar la versión no oficial en castellano, en todo caso, y dado que en este trabajo el análisis de la Decisión solo se realizará desde la perspectiva de la pertinencia y utilidad de la prueba, tomaremos como referencia para la descripción de la infracción el resumen de la decisión que se publicó en castellano en el DOUE de 6 de abril 2017:

*8) Los productos afectados por la infracción son los camiones con un peso de entre 6 y 16 toneladas (en lo sucesivo, «camiones medios») y los camiones de más de 16 toneladas («camiones pesados»), tanto camiones rígidos como cabezas tractoras (en lo sucesivo, los camiones medios y pesados se denominan conjuntamente «camiones»). (3) El asunto no se refiere al servicio posventa, otros servicios y garantías de los camiones, la venta de camiones de segunda mano ni ningún otro bien ni servicio.*

*9) La infracción consistió en acuerdos colusorios sobre la fijación de precios y los incrementos de los precios brutos de los camiones en el EEE; y el calendario y la repercusión de los costes para la introducción de tecnologías de emisiones en el caso de los camiones medios y pesados exigida por las normas EURO 3 a 6. Las centrales de los destinatarios participaron directamente en la discusión sobre los precios, los incrementos de precios y la introducción de nuevas normas de emisiones hasta 2004. Al menos desde agosto de 2002, se mantuvieron conversaciones a través de filiales alemanas que, en diversos grados, informaron a sus centrales. El intercambio tuvo lugar tanto a nivel multilateral como bilateral.*

*10) Estos acuerdos colusorios incluyeron acuerdos o prácticas concertadas sobre la fijación de precios y los aumentos de precios brutos con el fin de alinear los precios brutos en el EEE y el calendario y la repercusión de costes para la introducción de las tecnologías de emisiones exigida por las normas EURO 3 a 6.*

11) *La infracción abarcó la totalidad del EEE y duró desde el 17 de enero de 1997 hasta el 18 de enero de 2011.*

La Decisión constata que entre los años 1997 a 2011 se produjeron acuerdos colusorios sobre la fijación de precios e incrementos de precios brutos lo que, por si mismo, pone de relieve la utilidad y pertinencia de las fuentes de prueba relativas a los modelos de camiones y precios de transferencia de fábrica o precios bruto para acreditar el perjuicio sufrido por los adquirentes de los vehículos afectados por el cartel. La horquilla temporal a la que se extiende la solitud, siete años antes y después del periodo al que se extiende la infracción, se justifica en el propósito de elaborar un informe pericial acreditativo del daño sobre la base de un análisis diacrónico temporal en los periodos antes, durante y después del cartel que es uno de los métodos contemplado en la Guía Práctica publicada por la Comisión Europea para "Cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del tratado de funcionamiento de la unión europea".

Las resoluciones analizadas han estimado de manera prácticamente unánime la pertinencia y utilidad de esta información, no obstante, se han mostrado más divididas en cuanto a los datos relativos al "total delivery cost". Los juzgados que estiman la solicitud de información se basan en la necesidad de que, para elaborar una estimación económica en los modelos de comparación diacrónica, tienen que analizarse, entre otros, los datos relativos a la estructura de costes de producción de los productos afectados y a la valoración del margen de beneficio obtenido por las infractoras, por lo que resulta imprescindible el acceso a la información que se solicita<sup>9</sup>. Frente a esta posición, otros juzgados inciden en el hecho de que la infracción consistió en un acuerdo de fijación de precios brutos estimándose que para el

estudio de la evolución de estos precios no es preciso analizar la evolución de los costes de producción<sup>10</sup>.

**El bloque de información que, salvo contadísimas excepciones, no ha superado el análisis de utilidad y pertinencia es el destinado a acreditar el sobreconsumo de los vehículos adquiridos por los perjudicados.**

La mayoría de las resoluciones coinciden en que no concurre un elemento indiciario del perjuicio que se pretende acreditar, así la Decisión se limita a constatar que los fabricantes de camiones integrantes del cártel intercambiaron información sobre el calendario y la repercusión de costes para la introducción de las tecnologías de emisiones exigida por las normas EURO 3 a 6, de esta afirmación los solicitantes infieren que se produjo un retraso en la implementación de estas tecnologías y que existe una relación directa entre las mayores emisiones y el consumo de los vehículo. Este es el criterio asumido por la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia en el Auto de 4 de diciembre de 2019 que confirma la decisión de rechazar esta petición y concluye que *La Sala tiene serias dudas de que lo que solicita sea propiamente un acceso a fuentes, sino más bien una simple exhibición documental (también amparada en el artículo 328 de la LEC, con los requisitos que resultan de la norma), máxime cuando, insistimos, la petición no se hace por referencia a los concretos modelos que pudiera titular los Sres. XX y YY, sino de forma genérica a todos los fabricados por DAIMLER en el periodo comprendido entre enero de 1990 a 2018.*

En materia de **cárteles**, y en concreto cuando se ejercite o pretenda ejercitar una acción follow on, esta prueba estará relacionada con la acreditación y cuantificación del daño. En el caso de los camiones, la versión oficial de la Decisión la Comisión que hasta el momento se ha hecho pública es una versión resumida en el que se han eliminado ciertos pasajes para evitar la divulgación de informa-

ción confidencial y se han sustituido por un resumen no confidencial. A esta limitación de información hay que añadirle que cuando se analiza la restricción a la competencia de las conductas analizadas, la Comisión concluye que a efectos de la aplicación del art. 101 TFUE y 53 del Acuerdo EEE no es necesario tomar en consideración los efectos reales del acuerdo colusorio cuando este tiene por objeto impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado interior, por tanto, no es necesario demostrar que la conducta tiene efectos anticompetitivos cuando ha quedado probado su objeto anticompetitivo.

La **falta de referencia a los efectos anticompetitivos del acuerdo** determina que si bien, conforme a la doctrina consolidada, los daños producidos por los acuerdos de fijación de precios pueden considerarse más que probables aunque se estime que no es de aplicación la presunción del daños incorporada por la Directiva 2014/104/UE<sup>11</sup>, resulta mucho más comprometido inferir el daño derivado del mayor consumo de combustible por la coordinación en el calendario y la repercusión de costes para la introducción de las tecnologías de emisiones exigida por las normas EURO 3 a 6.

### 3. Proporcionalidad

Para analizar este presupuesto, y siguiendo a FERRÁNDIZ P<sup>12</sup>., debemos partir de que el principio de proporcionalidad es un concepto complejo que se integra a su vez por tres principios de aplicación sucesiva: a) el **principio de adecuación al fin perseguido** o juicio de idoneidad que acoge la exigencia de que la medida sea pertinente y útil a semejanza de la exigencia del art. 257 LEC; b) el **principio de intervención mínima** o juicio de necesidad, esto es, que se opte siempre por la medida menos lesiva; c) el **principio de proporcionalidad** en sentido estricto que requiere que la eventual lesión de los derechos e intereses

que produzca la medida no se encuentre de manera manifiesta fuera de proporción con los beneficios obtenidos con la consecución del fin perseguido

En consecuencia, además de la pertinencia y utilidad, para resolver sobre el acceso a las fuentes de prueba propuestas, el tribunal deberá aplicar criterios de proporcionalidad en aras a evitar búsquedas indiscriminadas de información y proteger el secreto empresarial. El apartado 3 del art. 283 bis a) LEC nos proporciona los siguientes elementos a tener en cuenta para alcanzar este juicio de proporcionalidad:

- a) Los **intereses legítimos de todas las partes** y de todos los terceros interesados, precisándose que el interés de las empresas en evitar acciones por daños a raíz de una infracción del Derecho de la competencia no constituirá un interés que justifique protección (art. 283 bis b) 2 LEC).
- b) La medida en que la reclamación o la defensa esté **respaldada por hechos y pruebas disponibles** que justifiquen la solicitud de exhibición de pruebas;
- c) El **alcance y el coste de la exhibición de las pruebas**, especialmente para cualquier tercero afectado, también para evitar las búsquedas indiscriminadas de información que probablemente no llegue a ser relevante para las partes en el procedimiento;
- d) El hecho de que las pruebas cuya exhibición se pide incluyen **información confidencial**, especialmente en relación con terceros, y las disposiciones existentes para proteger dicha información confidencial.

Habrá que estar a la clase de información que se pretenda obtener, a los principios de accesoriadad e instrumentalidad respecto al proceso principal y a los de subsidiariedad y menor onerosidad<sup>13</sup>. En todo caso, para valorar la proporcionalidad de la solicitud hay

que tener en cuenta que la ley prevé instrumentos como las reglas sobre confidencialidad y la caución que permiten mitigar los riesgos derivados de una decisión favorable al acceso a la fuente de prueba.

En las solicitudes de acceso de fuentes de prueba relacionadas con el cártel de camiones el juicio de proporcionalidad se ha utilizado en algunas resoluciones para limitar el ámbito temporal y objetivo de la información solicitada en el sentido de reducir la horquilla temporal a que se refería la solicitud y restringir los modelos a que se refiere la solicitud a aquellos que tengan una potencia similar a los vehículos adquiridos por los solicitantes<sup>14</sup>.

Partiendo de que las solicitudes de información van destinadas a la elaboración de un informe pericial de determinación de daños basado en un análisis diacrónico temporal en los periodos "before", "after" y "during" parece lógica la restricción de los datos solicitados a los modelos de vehículos de características y potencia similar a los adquiridos por los solicitantes<sup>15</sup>, distinto sería si el método seleccionado hubiera sido un análisis comparativo con un mercado de productos distinto pero similar o un análisis combinado de comparación diacrónica y de mercados.

Más dudas suscita la **restricción del marco temporal afectado por la petición de información** que quizá pueda comprometer la fiabilidad de los resultados. En este sentido, tal y como se expone en la Guía de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento del derecho de la competencia pueden presentarse dudas sobre si un determinado periodo anterior o posterior a la infracción estuvo afectado por la infracción. Así la experiencia nos muestra que algunas infracciones comienzan o cesan gradualmente y, con frecuencia, hay dudas sobre el momento exacto en que comenzó la infrac-

ción. Por otro lado, también es frecuente que el periodo inmediatamente posterior al término de la infracción también pueda quedar afectado por el comportamiento contrario a la competencia<sup>16</sup>, por ello, la determinación del marco temporal debería venir justificada por la propia experiencia alcanzada en la teoría económica. En este sentido, el AAP de Bilbao n.º 253/2020 de 3 de febrero limita el lapso temporal al periodo comprendido entre 1992 y 2016 al ajustarse a las indicaciones dadas por la Comisión sobre determinación de marcos temporales relevantes para el análisis (Estudio passing-on, Comparison over time, p. 192).

Otra cuestión que se podría plantear es si sería admisible que en el proceso declarativo el informe pericial que se elabore sobre la base de los datos obtenidos pudiera valorarse negativamente por la limitación temporal de los datos analizados, parece lógico que deba existir una coherencia entre las decisiones adoptadas en el expediente de acceso a fuentes de prueba y la valoración de la prueba en el procedimiento principal. La misma coherencia habría que exigir a las posturas mantenidas por las partes en ambos procesos.

## II. CAUCIÓN

El artículo 283 bis c) LEC establece que el solicitante se hará cargo de los gastos que ocasione la práctica de las medidas de acceso a fuentes de prueba y de los daños y perjuicios que cause una utilización indebida de aquellas. Por ello el apartado 2º del art. 283 bis c) LEC prevé que *La persona de quien se interese una medida de acceso a fuentes de prueba podrá pedir al tribunal que el solicitante preste caución suficiente para responder de los gastos, así como de los daños y perjuicios que*

*se le pudieran irrogar. El tribunal accederá o no a esta petición y, en su caso, determinará el importe de la caución. La caución podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 529 de esta ley.*

Esta regulación específica de la caución impide aplicar la regla prevista para las diligencias preliminares en el art. 256.3 LEC relativa a la exigencia de ofrecimiento de caución junto a la solicitud<sup>17</sup>. Por tanto, solo cabrá exigir caución si lo solicita la persona de quien se interesa la medida de acceso a las fuentes de prueba y, en este caso, será el tribunal quien de forma potestativa podrá acceder o no la petición y determinará su importe. Esta regulación, que contrasta con lo previsto en sede de diligencias preliminares, se justifica en el art. 4 de la Directiva 2014/104/UE, que prescribe, de acuerdo con el principio de efectividad, que los Estados miembros velarán por que todas las normas y los procedimientos nacionales relativos al ejercicio de las acciones por daños se conciban y apliquen de forma que no hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del Derecho de la competencia.

La decisión sobre la oportunidad de exigir la prestación de caución habrá de tomar en consideración no solo los gastos que pueda suponer la práctica de las medidas acordadas, información que debería justificarse mínimamente por el peticionario, sino también el momento en que se formula la solicitud. La justificación de la prestación de la caución tendría en las solicitudes presentadas antes de la incoación del proceso un significado equivalente a la caución exigida en sede de diligencias preliminares. Así, cuando las medidas se acuerden antes de la incoación del proceso la justificación de la solicitud de caución vendrá dada como garantía de lo previsto en el apartado 2 del art. 283 bis e) LEC, conforme al cual, una vez acordada las medidas, si el solicitante

no presenta demanda en los veinte días siguientes a la terminación de su práctica, el tribunal deberá, de oficio, condenar en costas al solicitante y declararle responsable de los daños y perjuicios que haya causado. Además, a instancia de parte, se podrá acordar las medidas necesarias para la revocación de los actos de cumplimiento y declarar que los datos e informaciones recabados no puedan utilizarse en otro procedimiento.

En cuanto al importe de la caución, el único límite legal es el previsto en el apartado 3 del art. 283 bis c) LEC que prohíbe exigir una caución que por su inadecuación (económica) impida el ejercicio de las facultades previstas en la regulación del acceso a las fuentes de prueba, lo que constituye nuevamente una manifestación del principio de efectividad del ejercicio de las acciones de daños por infracción del derecho de la competencia.

El importe de la caución fijada en las resoluciones dictadas en los procedimientos de acceso a fuentes de prueba, iniciados en el ámbito de las reclamaciones de daños en el cártel de camiones, oscilan entre los 500 a los 10.000 €, fijándose conforme a criterios meramente estimativos de forma similar a como ocurren en las diligencias preliminares<sup>18</sup>. La sección 4ª de la AP de Bilbao entiende, dada la complejidad y especificidad del acceso que se concede, **la extensión de la caución no debe establecerse en términos cuantitativamente menores a los que habitualmente se aplican en sede de diligencias preliminares, fijándose en la cuantía de 5.000 €.**

La caución deberá prestarse en cualquiera de las formas previstas en el art. 529.3 LEC (art. 283 bis c) 2 LEC) y con carácter previo a cualquier acto de cumplimiento de la medida acordada (art. 283 bis g) 1 LEC).

### III. LA DEFENSA DEL PASSING ON Y EL ACCESO A LAS FUENTES DE PRUEBA

El considerando 15 de la Directiva 2014/104/UE, a fin de garantizar la igualdad de armas, extiende la facultad de solicitar la exhibición de fuentes de prueba a los demandados en las acciones por daños. En este sentido, el art. 283 bis a) LEC prevé la posibilidad de que el tribunal, a petición del demandado, pueda ordenar a la parte demandante o un tercero la exhibición de pruebas pertinentes. No obstante, no concreta en qué términos deberá presentarse la motivación razonada que constituye uno de los presupuestos exigidos para estimar la solicitud de acceso a fuentes de prueba, pues la justificación de la viabilidad de la acción no encaja con su posición procesal, en todo caso, y tal y como se preveía en la Propuesta de Ley de la Sección especial para la Transposición de la Directiva 2014/104, debe exigirse que se aporte un principio de prueba del fundamento de su defensa.

En materia de defensa de la competencia, el acceso a las fuentes de prueba por el demandado encuentra utilidad cuando se proponga acreditar que se han repercutido los sobrecostos derivados del cártel (passing-on) y, por tanto, proceda reducir o neutralizar la cuantía del daño a compensar. La cuestión que se ha planteado en las acciones follow-on derivadas del cártel de camiones es si los demandados pueden fundamentar una solicitud de acceso a fuentes de prueba para justificar "ad cautelam" la posible repercusión del daño, y ello a pesar de que la estrategia de defensa se base en una negación absoluta de la causación de un perjuicio económico como consecuencia de las conductas sancionadas por la Comisión.

Las resoluciones dictadas hasta el momento por los juzgados de lo mercantil han rechazado estas peticiones por no cumplir los presupuestos de pertinencia y utilidad<sup>19</sup>, cuestio-

nándose la posibilidad de sostener líneas de defensa subsidiarias que partan de relatos fácticos contradictorios. La defensa de la repercusión del daño requiere la constatación de que este se produjo, como advierte MARCOS F.<sup>20</sup>, la negación del perjuicio y del sobrecoste determinaría que la solicitud del demandado careciera de justa causa e interés legítimo.

Por otro lado, las solicitudes de acceso a fuentes de prueba formuladas por los demandados, con justificación en la excepción de passing on, han de cumplir el **presupuesto de la proporcionalidad**. En este sentido, las Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto aprobadas por la Comisión Europea el 1 de julio de 2019 establecen en su apartado 41 *Estas normas de la Directiva de daños y perjuicios limitan la exhibición de pruebas, en el sentido de que la parte en la que recaiga la carga de acreditar la existencia y el alcance de la repercusión pueda exigir la exhibición solo «en una medida razonable.*

Sobre la **proporcionalidad de la información solicitada para justificar la repercusión de precios** se pronuncia el AAP de Valencia, secc. 9º, de 1 de octubre de 2019 en los siguientes términos: *Para resolver esta cuestión, tenemos presente –entre otros elementos relevantes– el contenido del artículo 327 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado que un buen número de los "documentos" que se requieren a la parte actora (artículo 328) se refieren a los denominados "Libros de los comerciantes".*

*El artículo indicado – que interpretamos en conexión con los artículos 5 y 13 de la Directiva 2014/104, por su expresa referencia a la proporcionalidad y racionalidad en la exhibición de las pruebas, así como en conexión con la nueva regulación del acceso a las fuentes de prueba incorporada a la LEC – dispone que: Cuando hayan de utilizarse como medio de prueba los libros de los comerciantes se estará a lo dispues-*



to en las leyes mercantiles. De manera motivada, y con carácter excepcional, el tribunal podrá reclamar que se presenten ante él los libros o su soporte informático, siempre que se especifiquen los asientos que deben ser examinados.

*Del artículo 32 del Código de Comercio (apartado 1) resulta que la contabilidad de los empresarios es secreta, sin perjuicio de lo que se derive de lo dispuesto en las Leyes, ni (apartado 3) de que pueda decretarse la exhibición de los libros y documentos de los empresarios a instancia de parte o de oficio, cuando la persona a quien pertenezcan tenga interés o responsabilidad en el asunto en que proceda la exhibición. La norma dispone que "el reconocimiento se contraerá exclusivamente a los puntos que tengan relación con la cuestión de que se trate", resultando del artículo 33 que dicho reconocimiento, sea general o particular, se hará en el establecimiento del empresario, en su presencia o en la de la persona que comisione, debiendo adoptarse las medidas oportunas para la debida conservación y custodia de los libros y documentos.*

*Consideramos que la petición indiscriminada de toda la documentación contable de la actora correspondiente al periodo temporal comprendido entre el año 1997 y 2009 es desproporcionada, no es razonable, y no guarda conexión (en toda su extensión) con la cuestión relativa a la defensa del passing on, por lo que no responde a la normativa aplicable ni a los principios de proporcionalidad y razonabilidad dimanantes de la Directiva 2014/104.*

#### IV. ESPECIAL REFERENCIA AL ACCESO A PRUEBAS CONTENIDAS EN UN EXPEDIENTE DE UNA AUTORIDAD DE LA COMPETENCIA

Uno de los objetivos perseguidos por la Directiva 2014/104/UE es evitar que las peticiones de acceso a fuentes de prueba en

poder de las autoridades administrativas de la competencia entorpezcan la aplicación pública del derecho de la competencia, lo que justifica la aplicación de unos principios y límites específicos que han de recogerse en la normativa nacional de trasposición. En nuestro ordenamiento, el art. 283 bis i) LEC regula reglas de exhibición de pruebas contenidas en un expediente de una autoridad de la competencia, y el art. 283 bis j) LEC los límites impuestos al uso de las pruebas obtenidas a través de estos expedientes.

Aún cuando se recoja en el apartado 10 del art. 283 bis i) LEC es preciso atender, en primer lugar, a la **regla de la subsidiariedad** de tal manera que solo se va a requerir a las autoridades de la competencia aquellas pruebas que ninguna parte ni terceros sea capaz de aportar, en una medida razonable. Además, se incorporan reglas específicas para evaluar el juicio de proporcionalidad, así, el art. 283 bis i) en su apartado 4 dispone: *Al evaluar la proporcionalidad de una orden de exhibición de información, el tribunal, además de lo exigido en el artículo 283 bis a), examinará:*

- a) Si la solicitud ha sido formulada específicamente con arreglo a la naturaleza, el objeto o el contenido de los documentos presentados a una autoridad de la competencia o conservados en los archivos de dicha autoridad, en lugar de mediante una solicitud no específica relativa a documentos facilitados a una autoridad de la competencia;*
- b) Si la parte que solicita la exhibición lo hace en relación con una acción por daños ante un órgano jurisdiccional nacional, y*
- c) En relación con los apartados 5 y 10 de este artículo, o a petición de una autoridad de la competencia con arreglo al apartado 11 de este artículo, la necesidad de preservar la eficacia de la aplicación pública del Derecho de la competencia.*

En todo caso, el apartado 6 del art. 283 bis i) LEC excluye el acceso a las declaraciones

en el marco de un programa de clemencia y las solicitudes de transacción (*black list documents*) y, en el apartado 5º, se prevé que ciertas categorías de prueba no se puedan exhibir hasta que la autoridad de la competencia haya concluido el procedimiento (*grey list documents*): a) La información que fue preparada por una persona física o jurídica específicamente para un procedimiento de una autoridad de la competencia; b) la información que las autoridades de la competencia han elaborado y que ha sido enviada a las partes en el curso de su procedimiento, y c) las solicitudes de transacción que se hayan retirado. Por tanto, solo los documentos preexistentes al expediente y que consten en él quedan excluidos de todo límite temporal (*white list documents*).

FERRÁNDIZ<sup>21</sup> sistematiza esta normativa extrayendo los siguientes **requisitos**:

**1) El requisito de concreción**, la solicitud debe ser específica con arreglo a la naturaleza, el objeto o el contenido de los obrantes en un expediente de una autoridad de la competencia. Así el propio considerando 22 de la Directiva advierte que *...no es necesario que todos los documentos relativos a un procedimiento basado en los artículos 101 o 102 del TFUE se den a conocer al demandante por la mera razón de que este tenga intención de ejercer una acción por daños, ya que es muy poco probable que dicha acción deba basarse en todas las pruebas que aparezcan en el expediente relativo a dicho procedimiento*;

**2) El requisito de motivación**, la parte debe solicitar la exhibición con relación al ejercicio de una acción por daños ante un órgano jurisdiccional nacional;

**3) La necesidad de preservar la aplicación eficaz pública del Derecho de la competencia** justifica que se excluya las declaraciones en el marco de un programa de clemencia y las solicitudes de transacción (consi-

derando 24) así como la previsión de que se difiera el acceso al momento en que se haya cerrado el expediente para evitar interferencias indebidas con la investigación (considerando 25);

#### **4) Indisponibilidad de las fuentes de prueba o principio de subsidiariedad.**

Finalmente, el apartado 3 del art. 283 bis j) LEC añade un límite adicional: las pruebas obtenidas mediante el acceso al expediente de una autoridad de la competencia solo podrán ser utilizadas en una acción por daños derivados de infracciones al Derecho de la competencia por dicha persona o por la persona física o jurídica que sea sucesora de sus derechos, incluida la persona que haya adquirido su reclamación.

GASTÓN INCHAUSTI<sup>22</sup> considera que con esta regulación se *...transmite la impresión general de que el legislador –el europeo, con la Directiva, y el nacional, al trasponerla– aspira a evitar la tramitación de procesos judiciales paralelos a los procedimientos de aplicación pública del Derecho de la competencia: es esta voluntad la que explica los límites que se imponen para acceder al contenido de los expedientes. La preferencia legal hacia reclamaciones consecutivas es clara, aunque obligue, en la práctica, a una espera para el ejercicio de las pretensiones indemnizatorias: como se ha señalado, el ejercicio anticipado de acciones autónomas solo tendrá verdadero sentido, en la práctica, cuando al demandante le interese obtener como medida cautelar una rápida cesación de la conducta perjudicial.*

La experiencia forense obtenida en el ámbito del cártel de camiones nos lleva a que ninguna de las resoluciones analizadas ha accedido a la petición de acceso a pruebas contenidas en el expediente de la Comisión. Ello es así porque **en la mayoría de los casos se parte de solicitudes genéricas de acceso a la versión confidencial de la Decisión de la**

**Comisión en la que se obvia el requisito de la concreción.** Asimismo, se suele valorar para rechazar la petición que la razón que justifica la existencia de una versión confidencial se debe a que las empresas sancionadas se acogieron a un programa de clemencia presentándose a su vez solicitud de transacción por los infractores.

[1] ALBA CLADERA F. *Acceso a las fuentes de prueba en procesos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia en Disposiciones generales sobre la prueba en el proceso civil: estudio breve de los artículos 281 a 298 y concordantes de la Ley de enjuiciamiento civil* ED. La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2019.

[2] El artículo 283 bis c) de la Propuesta de Ley bajo la rúbrica *Necesidad. Instrumentalidad. Principio de prueba*. Disponía: 1. *Quien solicite medidas de acceso a fuentes de prueba habrá de justificar:*

- a) *Que dichas fuentes de prueba son necesarias para la ulterior proposición de medios de prueba pertinentes y útiles en el proceso pendiente o que se vaya a incoar.*
- b) *Que no puede obtenerlas por sí mismo y sin el auxilio del tribunal.*

2. *Quien solicite medidas de acceso a fuentes de prueba deberá aportar junto con su petición un principio de prueba del fundamento de su pretensión o de su defensa.*

El art. 283 bis j) LEC en su apartado 2 de la Propuesta de Ley decía: *La solicitud de medidas de acceso a fuentes de prueba formulada con anterioridad a la incoación del proceso deberá indicar, con suficiente precisión, los elementos que permitan identificar la acción o las acciones que el solicitante pretende ejercitar. La solicitud, en tal caso, dará comienzo a la litispendencia siempre que se establezca con claridad lo que vaya a ser objeto del proceso.*

[3] MARTORELL ZULUETA, P. "Aspectos procesales I: acceso a las fuentes de prueba" en "Problemas actuales en las acciones de compensación de daños por infracción de las normas de competencia" Editorial Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2019.

[4] HERRERA PETRUS, C. "Breve caracterización de la medida de acceso a fuentes de prueba en el nuevo artículo 283 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil y distinción de figuras afines" op. cit. p. 1.257

[5] GASTON INCHAUSTI considera que, precisamente, este proceso cobra su sentido, sobre todo, cuando se ejercitan acciones stand alone op. cit. p. 7.

[6] El art. 259.4 LEC establece que *La información obtenida mediante las diligencias de los números 7, 8, 10 y 11 del apartado 1 del artículo 256 se utilizará exclusivamente para la tutela jurisdiccional de los derechos de propiedad industrial o de propiedad intelectual del solicitante de las medidas, con prohibición de divulgarla o comunicarla a terceros. A instancia de cualquier interesado, el tribunal podrá atribuir carácter reservado a las actuaciones, para garantizar la protección de los datos e información que tuvieran carácter confidencial.*

[7] MARTORELL ZULUETA, P. "Aspectos procesales I: acceso a las fuentes de prueba" op. cit. p. 85.

[8] <https://almacenederecho.org/calculo-los-danos-causados-cartel-los-fabricantes-camiones/> Julio-2018

[9] Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao de 7 de junio de 2019, Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de San Sebastián de 26 de junio de 2019, Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1/1 bis de Málaga de 2 de septiembre de 2019, Auto Juzgado de lo Mercantil de Vitoria de 23 de diciembre de 2019.

[10] Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Valencia de 14 de junio de 2019, Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de La Coruña de 22 de julio de 2019, Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Las Palmas de Gran Canarias de 9 de diciembre de 2019.

[11] En este sentido se pronuncia la reciente SAP de Barcelona, secc. 15, n.º 45/2020 de 22 de enero: 42. *En cuanto a la existencia de daño, creemos, como la resolución recurrida, que está en la naturaleza de las cosas que pueda presumirse que existe daño como consecuencia de los ilícitos que se imputan a las demandadas. Si se llevan a cabo prácticas anticompetitivas (cualquiera que sea su naturaleza) es para obtener provecho con ellas, provecho de una parte que se suele corresponder con un perjuicio de la otra. La presunción de daño se infiere del informe elaborado por Oxera en el año 2009 (Quantifying Antitrust Damages, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2009) para la Comisión Europea, en el que se indica que el 83% de los carteles causa daño. Por otra parte, y por esa misma razón, tanto la Directiva de 2014 como la LDC (art. 76.3) también establecen esa misma presunción de daño, tal y como indican los recursos.*

[12] FERRÁNDIZ P. Discovery en reclamaciones de daños por prácticas restrictivas de la competencia (El nuevo artículo 283 bis LEC) La Ley 12054/2017.

[13] ALBA CLADERA F. op. cit. p. 179.

[14] Autos del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Valencia de 14 de junio y 17 de diciembre de 2019, Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Logroño de 5 de julio de 2019, Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de La Coruña de 22 de julio de 2019, Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada de 19 de diciembre de 2019.

[15] AAP de Valencia, secc. 9ª, 319/2019 de 4 de diciembre.

[16] Apartados 43 a 48 de la Guía Práctica publicada por la Comisión Europea para "Cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del tratado de funcionamiento de la unión europea" [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification\\_guide\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_es.pdf)

[17] En este sentido AAP de Barcelona, secc 15, n.º 73/2019 de 24 de abril considera que no se puede exigir caución antes de que haya sido solicitada por el sujeto frente al que se postula el acceso a la fuente de prueba al no configurarse como un presupuesto de admisibilidad de la solicitud, añadiendo que, en el caso de que fuera así, se trataría de un defecto subsanable.

[18] En sentido contrario el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao de 7 de junio de 2019 excluye la exigencia de caución sobre la base *...del fundamento de la reclamación y de la necesidad de la información solicitada, provocada por la infracción cometida por la parte obligada a entregarla.*

[19] Entre otras, Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Valencia de 17 de diciembre de 2018, aunque dictada en un procedimiento de diligencias preliminares, y el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Pontevedra que en su FD 1º expone que *Admitido el pass-on como un medio legítimo de defensa del demandado que ha formado parte de un cártel (art. 78.3 de la Ley de Defensa de la Competencia), el presupuesto necesario para poder sustentar esa defensa es, además de la misma existencia del cártel, la realidad de un sobrecoste o sobreprecio soportado por quien sea demandante, derivado de ese cártel. Con ello, quien alega el pass-on ha de partir de que su conducta cartelizada produjo un incremento de los costes o del precio soportado por quien ahora le demanda por los daños que esa conducta le generó; si el demandado por este motivo sostiene que nunca hubo un incremento de los costes o precios derivados del cártel, no podrá alegar el pass-on como defensa, simplemente porque, si no hubo sobreprecio, no habrá sido posible que el demandante se lo haya repercutido aguas abajo a sus propios clientes.*

[20] MARCOS, F., «La defensa del passing-on en el cártel de los camiones: acceso a las fuentes de prueba», Almacén de Derecho, 19 de julio de 2019. En este trabajo acaba concluyendo que *En efecto, parece una incoherencia grave que difícilmente superará las "reglas de la sana crítica" (que gobiernan la valoración de los informes periciales en nuestro Derecho) que un informe pericial niegue la existencia del daño, para luego afirmar que –de haberlo– este se repercutió en otros mercados. Faltándole el presupuesto y punto de partida, esta conclusión es incierta y aventurada. O hubo, o no hubo daño, tertium non datur.*

[21] FERRÁNDIZ P. Op. cit. p. 10.

[22] GASTÓN INCHAUSTI F. "El acceso a las fuentes de prueba en los procesos civiles por daños derivados de infracciones de las normas sobre defensa de la competencia" op. cit. p. 14

► **Cuestión de actualidad. A debate**

## **VALORACIÓN DE ACCIONES A EFECTOS DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE SEPARACIÓN Y EXCLUSIÓN. ¿A QUÉ MOMENTO HABRÁ DE ESTARSE PARA CALCULAR EL VALOR RAZONABLE DE LAS ACCIONES O PARTICIPACIONES SOCIALES EN LOS CASOS DE SEPARACIÓN Y EXCLUSIÓN DEL SOCIO DE UNA SOCIEDAD DE CAPITAL?**

**Autor:** Javier Antón Guijarro / José María Tapia / Enrique Sanjuán / María del Mar Hernández Rodríguez

**Cargo:** Magistrados especialistas en derecho mercantil

### **SUMARIO**

EN OPINIÓN DE JAVIER ANTÓN GUIJARRO, MAGISTRADO ESPECIALISTA EN MERCANTIL

EN OPINIÓN DE JOSÉ MARÍA TAPIA, MAGISTRADO ESPECIALISTA EN MERCANTIL

EN OPINIÓN DE ENRIQUE SANJUÁN, MAGISTRADO ESPECIALISTA EN MERCANTIL

EN OPINIÓN DE MARÍA DEL MAR HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, MAGISTRADA ESPECIALISTA EN MERCANTIL

#### **EN OPINIÓN DE JAVIER ANTÓN GUIJARRO, MAGISTRADO ESPECIALISTA EN MERCANTIL**

Tanto el **derecho de separación del socio** como la **facultad de exclusión del socio** en las sociedades de capital constituyen mecanismos de solución de conflictos intrasocietarios que operan de modo inverso: el derecho de separación aparece regulado como tutela del socio minoritario cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en la

Ley o en los Estatutos sociales, de manera que se le abre la puerta para que pueda abandonar la sociedad cuando tiene lugar un cambio de las reglas de juego vigentes hasta ese momento. Por el contrario, mediante la facultad de exclusión el socio pierde de manera forzosa su condición de tal por causa de haber incumplido alguna de las obligaciones sociales impuestas bien legalmente bien estatutariamente. En este caso es la sociedad la que reacciona para expulsar al socio incumplidor sin tener que acudir

a soluciones más drásticas como sería la disolución social.

En cualquiera de los casos **nace a favor del socio el derecho al reembolso del valor razonable de sus participaciones o acciones**, y a tal efecto el art. 353.1 LSC dispone que *A falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las participaciones sociales o de las acciones, o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, serán valoradas por un experto independiente, designado por el registrador mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones o de las acciones objeto de valoración.*

El problema que surge para la aplicación de esta norma es **identificar el momento que debe ser utilizado como referencia para obtener este valor razonable**, teniendo en cuenta que en el curso del trámite que discurre desde la designación del experto independiente encargado de hacer el informe de valoración hasta el posterior reembolso al socio es usual que surjan diversas incidencias (ej: impugnación por parte de la sociedad del nombramiento realizado por el Registrador Mercantil por entender que no concurre causa de separación, etc.) que pueden dilatar notablemente el plazo hasta finalizar el pago. La cuestión reviste importancia por cuanto puede ocurrir que en el curso de ese proceso **el valor de las participaciones o acciones puede sufrir variaciones considerables conforme la evolución de la propia sociedad**, pudiendo incluso ocurrir que en ese intervalo se disuelva y entre en fase de liquidación, con lo que se plantea si habremos de partir de una valoración conforme al criterio de sociedad en funcionamiento o el de sociedad en liquidación.

En el caso de la **exclusión del socio**, hemos de tener presente que esa decisión exigirá el acuerdo de la junta general (art. 352.1 LSC).

Por ello, si el acuerdo de la junta es favorable a la exclusión, será la **fecha de adopción del acuerdo el momento en que el socio quedará desvinculado de la sociedad habida cuenta de la ejecutividad de esta decisión** (art. 159.2 y art. 202.3 LSC), con independencia de la posterior impugnación del acuerdo por el socio excluido, lo que a su vez supone que el reembolso del valor de sus participaciones o sus acciones deberá realizarse conforme al que tuvieron a dicha fecha.

Pero si el socio excluido ostenta una **participación igual o superior al 25%**, el acuerdo no es eficaz en tanto no se dicte la sentencia judicial correspondiente al procedimiento subsiguiente al acuerdo de exclusión, siempre que el socio no se conforme con la exclusión acordada (art. 352.2 LSC). A este respecto la STS 27 mayo 2013 precisó que la exigencia de este requisito añadido de una decisión judicial se erige como una *garantía de que la privación del derecho de voto del socio cualificado no deje tan solo en manos de los restantes tan radical decisión y la resolución judicial, en cuanto requisito necesario para la eficacia del acuerdo, ha de considerarse que tiene eficacia constitutiva y, por tanto, sus efectos han de producirse ex nunc [desde ahora], por lo que en tanto no recaiga, el socio en proceso de exclusión conserva todos sus derechos, entre ellos el de votar en las propuestas posteriores al acuerdo de exclusión*. La cuestión en tal caso aparece pues resuelta al otorgar carácter constitutivo a la Sentencia, añadiendo consecuentemente que *Resulta una lógica consecuencia de lo anterior, que el valor razonable de las participaciones del socio excluido se refiera al momento en que deja de serlo, que coincide con la firmeza de la sentencia*.

Por el contrario, si se trata del **derecho de separación del socio**, la cuestión presenta mayores dificultades pues el problema se reconduce a la tarea de determinar cuál es el momento en que el socio pierde tal condición. Existe una opinión partidaria de uti-

lizar como momento de la valoración aquel en que tenga lugar el **efectivo reembolso del valor razonable** (art. 356 LSC) pues entiende que será el instante en que el socio perciba al valor de su acción o participación cuando queda definitivamente desvinculado de la sociedad. Esta es también la regla que ofrecía el Anteproyecto de Código Mercantil en su art. 271.23 en su apartado 1.

Frente a ello otro sector venía entendiendo que en el marco del contrato de sociedad, ya sea conceptuado como un contrato organizativo y plurilateral (Alfaro) o como un contrato sinalagmático (vid. STS 2 marzo 2020), el socio que se separa ejerciendo el derecho que legal o estatutariamente le corresponde está denunciando dicho contrato, de modo que su sola manifestación de voluntad –de carácter recepticio– será suficiente para tenerle por separado de la sociedad, y ello por más que el reembolso de sus participaciones o acciones se relegue a un momento posterior. Esta es por otra parte la solución que adopta la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, cuando en su art. 13.1 establece que el derecho de separación de los socios profesionales será “eficaz desde el momento en que se notifique a la sociedad”.

Por lo tanto, la valoración de las participaciones debería realizarse tomando como referencia el **momento en que el socio expresó su deseo de separarse de la sociedad**, y dicha manifestación de voluntad llegó a conocimiento de la sociedad, teniendo además presente que este derecho deberá ejercitarlo en el plazo de un mes desde la publicación del acuerdo de que se trate o desde la recepción de la comunicación (art. 348.2 LSC), o bien en el plazo de un mes un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios para el caso de la falta de distribución de dividendos (art. 348 bis.2 LSC).

Finalmente la reciente [STS 15 enero 2021](#) se decanta por la primera posición al declarar que *para que se produzcan los efectos propios del derecho de separación, es decir, la extinción del vínculo entre el socio y la sociedad, no basta con ese primer eslabón, sino que debe haberse liquidado la relación societaria y ello únicamente tiene lugar cuando se paga al socio el valor de su participación. Mientras no se llega a esa culminación del proceso, el socio lo sigue siendo y mantiene la titularidad de los derechos y obligaciones inherentes a tal condición (art. 93 LSC).*

Lo anterior no significa en cambio que el momento en que nace el derecho de reembolso coincida con el de la pérdida de la condición de socio, pues la referida sentencia viene a disociar uno y otro momento al declarar asimismo que *Al igual que sucede con la pérdida de la cualidad de socio, la LSC tampoco especifica cuándo surge el derecho al reembolso del valor de las participaciones en el capital. Pero de los arts. 347.1, 348.2 y 348 bis cabe deducir que nace en la fecha en que la sociedad ha recibido la comunicación del socio por la que ejercita su derecho de separación, porque ese es el momento a tener en cuenta para la valoración de su participación, y coincide con la naturaleza recepticia de la comunicación de separación que resaltó la [sentencia 32/2006, de 23 de enero](#). Esta sentencia consideró que el derecho de reembolso es inmediato al ejercicio del derecho de separación, sin perjuicio de que deban llevarse a efecto las operaciones de valoración, en los términos y plazos que señala la Ley.*

En conclusión, **el derecho de reembolso en caso de ejercicio del derecho de separación por el socio nacerá cuando la sociedad recibe la preceptiva comunicación, debiendo referenciarse a dicho momento la valoración de las acciones o las participaciones sociales.**

## EN OPINIÓN DE JOSÉ MARÍA TAPIA, MAGISTRADO ESPECIALISTA EN MERCANTIL

Con carácter previo y por lo que se refiere al ejercicio del derecho de separación, el mismo es una **manifestación del principio de protección del socio**, expresamente regulado en la Ley de Sociedades de Capital, cuando la sociedad adopta determinados acuerdos que el socio considera que le perjudican o, simplemente, rompen las reglas de juego que le animaron a ser socio (en su constitución o en un momento posterior).

Por lo que se refiere a la **exclusión de un socio**, es interesante traer a colación la [Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Madrid de fecha 16 de mayo de 2018](#) que señala lo siguiente: *por exclusión del socio de la sociedad se entiende la resolución del vínculo social entre la sociedad y el socio por incumplimiento de las prestaciones accesorias por parte del socio o los deberes de diligente administración del socio administrador, en caso de las sociedades limitadas, o por concurrencia de causa estatutaria, en caso de cualquier sociedad de capital, permaneciendo la sociedad y con la liquidación y reembolso de su cuota de participación.* Viene regulado en la LSC, en los artículos 350 a 352 LSC, más los artículos comunes con la separación: artículos 353 a 359 LSC.

La separación o exclusión trae consigo la **pérdida de la condición jurídica de socio** de quienes han tomado libremente la decisión de abandonarla, en los casos legal o estatutariamente previstos, o cuando han sido apartados de la sociedad en contra de su voluntad. La lógica consecuencia de tales actos jurídicos es la **obligación social de restituir al socio el valor de sus acciones o participaciones sociales** como dispone el art. 356 de la LSC. Y tras ello, habrá de procederse a la reducción del capital social (art. 358 LSC) o a

la adquisición por la sociedad de las participaciones o acciones de los socios afectados (art. 359 LSC).

El art. 353.1 de la LSC dispone que *a falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las participaciones sociales o de las acciones, o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, serán valoradas por un experto independiente, designado por el registrador mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones o de las acciones objeto de valoración.*

En los **supuestos de exclusión de socios**, la misma necesitará el acuerdo de la Junta General, tal y como establece el art.352 de la Ley de Sociedades de Capital. Si el acuerdo es favorable a la exclusión, será la fecha de adopción del acuerdo, el momento a partir del cual el socio afectado por esta medida, quedará desligado de la misma, al tratarse de un acuerdo directamente ejecutivo y ello con independencia de las posibles impugnaciones que pudieran producirse por el socio excluido.

Este art. 352 debe ser puesto en relación con el art.190 del mismo texto legal en el sentido de que **el socio no podrá ejercitar el derecho de voto** correspondiente a sus acciones o participaciones cuando se trate de adoptar, entre otros, un **acuerdo que tenga por objeto excluirle de la sociedad** (al existir un evidente conflicto de intereses), por lo tanto, las acciones o participaciones del socio del que se pretende su exclusión, se deducirán del capital social para el cómputo de la mayoría de los votos que en cada caso sea necesaria.

La especialidad se produce en los supuestos en los que el socio tuviera una **participación en el capital social igual o superior al 25%**, en este caso, la valoración de las participa-



ciones lo es al momento de la exigida resolución judicial firme, que es constitutiva y no el que tenía al adoptarse el acuerdo, según decide la [Sentencia n.º 345/2013 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 27 de mayo de 2013](#).

Por lo que se refiere al **derecho de separación**: la Sentencia dictada por el [Tribunal Supremo de fecha 14 de abril de 2014](#), destacaba que el derecho de separación se hacía efectivo desde que se comunicaba a la sociedad la intención de separarse de la misma, de tal forma que para fijar el valor de la participación o acción del socio se debería tener en cuenta que se trataba de una sociedad en funcionamiento; pero si el ejercicio de este derecho daba lugar a la disolución, (por ejemplo, por dejar de haber socios profesionales para ejercer una de las actividades de la sociedad) el reembolso de la cuota de liquidación que correspondía al socio que se separaba debía realizarse teniendo en cuenta esta circunstancia. Esto es, el valor de sus participaciones debería realizarse teniendo en cuenta la liquidación de la compañía y se correspondería con la cuota de liquidación que le correspondiera en función de la proporción de su participación en el capital social.

Por lo tanto, de lo que realmente es titular, una vez ejercitado su derecho de separación, es de un crédito al reembolso del art. 356 de la LSC, que ya ha sido legalmente cuantificado, si bien hallándose su importe pendiente de impugnación, y no de un derecho de crédito a participar en los beneficios sociales vía art. 93 a) LSC, que no son compatibles.

Esta es la solución que establece el art.13.1 de la Ley de Sociedades Profesionales al disponer que el derecho de separación de los socios profesionales será eficaz desde el momento en que se notifique a la Sociedad.

En consecuencia, y de acuerdo con lo anteriormente expuesto, la valoración de las acciones o participaciones sociales del socio que se separa de la sociedad, debe tener como marco temporal de referencia el **momento en el que este manifestó su voluntad de separarse de la misma y la sociedad tuvo conocimiento de dicha voluntad**, debiendo ejercitar este derecho en el plazo de un mes a contar desde la publicación del acuerdo de que se trate o desde la recepción de la comunicación (art. 348.2 LSC), o desde el plazo de **un mes** a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la Junta General Ordinaria de Socios para el caso de la falta de distribución de dividendos (art.348 bis.2 de la Ley de Sociedades Capital).

Sin embargo, toda esta regulación se ha visto modificada por la Sentencia dictada por el [Tribunal Supremo de fecha 15 de enero de 2021](#). Esta resolución fija el momento del **nacimiento del crédito de reembolso**, con el **ejercicio por el socio de su derecho de separación**, y más concretamente con la **comunicación recibida por la sociedad** del ejercicio del citado derecho.

De acuerdo con el criterio del Tribunal Supremo, esta condición de socio no se pierde como consecuencia de la recepción por parte de la sociedad de la comunicación del socio ejercitando su derecho de separación, sino que es necesario la **liquidación de su haber social, en proporción a su participación en el capital social**, que se produce cuando se paga al socio el valor de la referida participación.

Por lo tanto y hasta tanto no se produzca la efectiva liquidación, el socio sigue ostentando la titularidad de sus derechos y obligaciones derivados de dicha condición.

El Tribunal Supremo establece que, este derecho de reembolso tiene una naturaleza se-

mejante que no idéntica a la del derecho a la cuota de liquidación, es decir, al **derecho del socio a recibir el patrimonio que resulte de la liquidación en proporción a su cuota de participación en la sociedad.**

#### EN OPINIÓN DE ENRIQUE SANJUÁN, MAGISTRADO ESPECIALISTA EN MERCANTIL

El artículo 353 LSC recoge, para los supuestos de separación y exclusión, un **régimen común a efectos de valoración de las acciones y participaciones derivadas de la salida del socio:** *A falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las participaciones sociales o de las acciones, o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, serán valoradas por un experto independiente, designado por el registrador mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones o de las acciones objeto de valoración. Si las acciones cotizasen en un mercado secundario oficial, el valor de reembolso será el del precio medio de cotización del último trimestre.*

En la **STS 63/2011, de 28 de febrero de 2011** (Casación núm: 2026/2007) ya recogía respecto de ello que *Como mecanismo de tutela de la minoría frente al poder de la mayoría para imponer determinadas modificaciones estatutarias, entre ellas la modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales, el artículo 95 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada autorizaba a los socios a separarse de la sociedad, y a percibir el "valor real" de sus participaciones, a tenor del artículo 100 en la redacción vigente en el momento de ejercitar el derecho de separación. Aunque la expresión "valor real" ha sido sustituida por la expresión "valor razonable" de acuerdo con la disposición adicional 10.ª de la*

*Ley 44/2002, de 22 noviembre, de Reforma del Sistema Financiero, al aprobarse la enmienda 271 del Grupo Popular en el Senado, en la que de hecho se remitía a la enmienda 269 que ponía de relieve las dificultades planteadas por la interpretación de la expresión valor real, y se proponía sustituirlo por el de valor razonable "tal y como ha quedado establecido en la Directiva 2001/65 (artículo 42 ter), que lo define como "valor de mercado para los instrumentos financieros (las acciones lo son) para los que pueda determinarse fácilmente un mercado fiable..." o como "valor obtenido mediante la aplicación de modelos y técnicas de valoración generalmente aceptados en el caso de aquellos instrumentos para los que no pueda determinarse fácilmente un mercado fiable...". "Valor razonable" es ya un término del acervo comunitario, que habrá necesariamente de transponerse al Derecho español en los próximos meses y que afectará al Código de Comercio y a la legislación de sociedades"; ambos términos deben entenderse equiparables a los efectos de determinación del valor de las participaciones. En este sentido, en el apartado 8 de la Resolución del Presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas de fecha 3 de enero de 1991 por la que se publica la Norma Técnica de elaboración del Informe Especial sobre Valoración de Acciones en el supuesto de los artículos 64, 147, 149 y 225 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, se afirma que el auditor ha de determinar un valor de transmisión o reembolso de acciones en base a su juicio como experto independiente en asuntos contables, económicos y financieros y que, a estos efectos, ha de tenerse en cuenta que en una valoración de acciones "solo puede hablarse de aproximaciones o juicios razonables sobre el valor real". Pese a que en la valoración de acciones y participaciones para determinadas finalidades cabe una "actualización negativa" de los paquetes minoritarios, en cuanto el adquirente se coloca en una posición alejada de la gestión y del control de la sociedad, no cabe tal descuento en los casos de separación de socios en los*

*que el precepto impone la adquisición forzosa a valor real, de tal forma que huelgan primas de control y descuentos por minoría, ya que en otro caso se penalizaría al socio que se separa y que sufriría un detrimento de su patrimonio, perdiendo en gran parte el mecanismo de separación de su función de tutela de la minoría para repercutir en beneficio directo de la sociedad al adquirir sus participaciones por un precio inferior a su valor, e indirecto de los que permaneciesen vinculados.*

La [Sentencia del Tribunal Supremo 776/2007, de 9 de julio](#), consideró que la resolución judicial, como **requisito necesario para la eficacia del acuerdo**, tenía eficacia constitutiva produciéndose sus efectos "ex nunc". Así y durante ese tiempo (entre el acuerdo social de exclusión y la resolución judicial), el socio conserva todos y cada uno de sus derechos hasta que se haga efectiva su exclusión con la firmeza de la resolución judicial. La cuestión debatida fue si la fecha a tener en cuenta por el auditor para realizar la valoración, sin acuerdo entre las partes, debe ser la del acuerdo de exclusión por la junta o la posterior de la resolución judicial firme. Y el TS resolvió que el carácter constitutivo de su resolución (la resolución judicial) no solo determina sus derechos, sino también que la valoración de sus participaciones se hará al momento en que deja de ser socio.

Con la [STS 4/2021 de 15 de enero de 2021](#), el alto Tribunal ha venido a recoger que ... *para que se produzcan los efectos propios del derecho de separación, es decir, la extinción del vínculo entre el socio y la sociedad, no basta con ese primer eslabón (es decir la notificación o recepción del derecho), sino que debe haberse liquidado la relación societaria y ello únicamente tiene lugar cuando se paga al socio el valor de su participación. Mientras no se llega a esa culminación del proceso, el socio lo sigue siendo y mantiene la titularidad de los derechos y obligaciones inherentes a tal condición (art. 93 LSC).*

Pero aún a pesar de ello ... *el derecho (de crédito) del socio que ha ejercido el derecho de separación (aunque no esté consumado) nace cuando la sociedad recibe la comunicación de ejercicio del derecho, mientras que el del socio que no ha ejercitado el derecho de separación **no surge hasta que se liquida la sociedad.***

Por lo tanto, **el momento de valoración lo fijaría en aquel momento recepticio por parte de la sociedad.**

La [STS, Sala Civil, Sección 1ª, de 14 de abril de 2014](#), vino a señalar al efecto que *Es lógico que este cálculo se haga teniendo en consideración que la sociedad está en funcionamiento. Pero si, como ocurre en este caso, **la separación del socio ha provocado que la sociedad incurra en una causa legal de disolución** porque deja de haber socios profesionales que reúnen los requisitos exigidos para prestar servicios de ingeniero superior, que es uno de las tres actividades profesionales que constituye el objeto social de la compañía, y la junta de socios acuerda a continuación la disolución, el reembolso de la cuota de liquidación que corresponde al socio que se separa debe realizarse teniendo en cuenta esas circunstancias. Esto es, el valor de sus participaciones debe realizarse teniendo en cuenta la liquidación de la compañía y se corresponderá con la cuota de liquidación que le corresponda en función de la proporción de su participación en el capital social.*

Es decir, considera no solo el momento sino también la previsible situación derivada de dicha separación. Lo curioso de ello es que cuando en la citada sentencia de 2021 se valora esa situación lo es a efectos de concurso y no a efectos de disolución. Desde ahí el reconocimiento del crédito como concursal (de la masa) y por tanto valorado en ese momento, sin considerar –o al menos no se ha planteado– la situación concursal (como es el caso) que se ha producido. **Equiparar una y otra situación podría llevarnos a considerar que la desvaloración del derecho tam-**

**bién podría darse teniendo en cuenta el resultante final de la cuota de liquidación si la empresa llega a ello dentro del proceso de insolvencia** o a cualquier otra circunstancia, como el convenio, que pudiera afectarle. No obstante, una vez reconocido en el concurso se produce una suerte de efecto de congelación y reconocimiento que impediría realizar una nueva valoración.

**EN OPINIÓN DE MARÍA DEL MAR HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, MAGISTRADA ESPECIALISTA EN MERCANTIL**

La **pérdida de la condición del socio**, sea por su propia iniciativa (separación) o por decisión de la sociedad (exclusión), conlleva como efecto una desinversión, voluntaria o forzosa según los casos, que se traduce en el **derecho al reembolso del valor razonable de sus acciones o participaciones**. Ni en uno ni en otro caso pierde el socio su inversión por lo que se asocia a la pérdida de la condición de socio este derecho de reembolso.

A pesar de las diferencias entre la separación y la exclusión del socio, el TRLSC recoge una **regulación común en relación a la valoración de las acciones o participaciones sociales**. En concreto, según el apartado 1 del art. 353: *A falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las participaciones sociales o de las acciones, o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, serán valoradas por un experto independiente, designado por el registrador mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones o de las acciones objeto de valoración*. Únicamente en el caso de que las acciones coticen en un mercado secundario oficial, el apartado segundo simplifica la valoración al

remitirse al precio medio de cotización del último trimestre.

Una de las cuestiones que tradicionalmente se han planteado es la relativa a la **referencia temporal que debe ser tomada para la valoración de las participaciones o acciones del socio separado o excluido**. Esto es, el momento al que debe venir referenciado el valor razonable de las acciones o participaciones en los casos de falta de acuerdo entre el socio y la sociedad. Esta cuestión no es baladí. No es extraño que el tiempo que transcurre desde que el socio comunica a la sociedad el ejercicio del derecho de separación o desde que la sociedad hace uso de su facultad de exclusión de un socio hasta que estos socios efectivamente perciben el valor razonable de sus acciones o participaciones sociales se prolongue y que a lo largo del mismo acontezcan situaciones que den lugar a una **variación de dicho valor razonable**. Estos cambios de circunstancias que inciden en el valor razonable pueden resultar tanto favorables para el socio (cuando ha aumentado la rentabilidad de la sociedad o se ha producido su saneamiento) como perjudiciales (por devenir en una situación económica negativa). Esto ha hecho de esta cuestión una de las más discutida en relación al derecho de separación y a la exclusión.

En el caso de exclusión de socio, la cuestión es más pacífica. El [Tribunal Supremo en la sentencia 345/2013, de 27 de mayo](#), fijó como referencia la **fecha en la que el órgano judicial ratificaba la salida del socio de la sociedad**. En ella, tras otorgar carácter constitutivo a la resolución judicial que ratifica la exclusión del socio, necesaria en el caso de que titule, al menos, un **25% del capital social** (art. 352.2 LSC: *Salvo en el caso de condena del socio administrador a indemnizar a la sociedad, la exclusión de un socio con participación igual o superior al veinticinco por ciento en el capital social requerirá, además del acuerdo de la junta general, resolución judicial*

*firme, siempre que el socio no se conforme con la exclusión acordada), añade que Este carácter constitutivo de la resolución judicial no solo debe determinar, como declaramos en aquella ocasión, que pueda ejercitar los derechos de socio hasta que se haga efectiva la exclusión con la firmeza de la resolución judicial, sino que la valoración de sus participaciones ha de referirse a ese momento, en que deja de ser socio.*

Sitúa por lo tanto como referente de la valoración de las participaciones el **momento en que se pierde la condición de socio**. Tanto esta sentencia como la anterior de 9 de julio de 2007 otorgaban a la necesaria ratificación judicial el valor de requisito necesario para la efectividad del acuerdo de expulsión del socio. De ello se infiere que cuando no es necesaria tal ratificación, la decisión de la junta es eficaz y conlleva la inmediata pérdida de la condición de socio, debiendo estarse a ese momento para la determinación del valor razonable de las acciones o participaciones sociales.

Sin embargo, la cuestión quedaba abierta en el caso de que la salida del socio tuviera como causa el **ejercicio por su parte del derecho de separación**. De seguir la estela de la sentencia de 27 de mayo de 2013, parece que habría de estarse al momento en que pierde la condición de socio para referenciar a dicha fecha la valoración de las acciones o participaciones. La discusión se trasladaba a la determinación del momento en que esto tenía lugar, planteándose soluciones disparas.

La reciente sentencia 3/2020, de 15 de enero de 2020, con un criterio que reitera la [46/2021 de 2 de febrero](#), ha zanjado en parte la cuestión al **posponer la pérdida de la condición de socio al momento en que el socio ve satisfecho su derecho de reembolso**, con un criterio dispar al seguido en el caso de exclusión. Así: *Desde esta perspectiva dinámica, la recepción de la comunicación del*

*socio por la sociedad desencadena el procedimiento expuesto. Pero para que se produzcan los efectos propios del derecho de separación, es decir, la extinción del vínculo entre el socio y la sociedad, no basta con ese primer eslabón, sino que debe haberse liquidado la relación societaria y ello únicamente tiene lugar cuando se paga al socio el valor de su participación. Mientras no se llega a esa culminación del proceso, el socio lo sigue siendo y mantiene la titularidad de los derechos y obligaciones inherentes a tal condición (art. 93 LSC).*

Sin embargo, referencia el nacimiento del derecho a la cuota de reembolso del valor razonable de las acciones o participaciones sociales a la comunicación a la sociedad del ejercicio del derecho de separación y no a la efectiva pérdida de la condición de socio. A su vez, también fija en dicho momento el referente para la **valoración de las acciones**, separando en este punto la pérdida de la condición de socio y la valoración de las acciones o participaciones. En concreto, *1.- Al igual que sucede con la pérdida de la cualidad de socio, la LSC tampoco especifica cuándo surge el derecho al reembolso del valor de las participaciones en el capital. Pero de los arts. 347.1, 348.2 y 348 bis cabe deducir que nace en la fecha en que la sociedad ha recibido la comunicación del socio por la que ejercita su derecho de separación, porque ese es el momento a tener en cuenta para la valoración de su participación, y coincide con la naturaleza recepticia de la comunicación de separación que resaltó la [sentencia 32/2006, de 23 de enero](#). Esta sentencia consideró que el derecho de reembolso es inmediato al ejercicio del derecho de separación, sin perjuicio de que deban llevarse a efecto las operaciones de valoración, en los términos y plazos que señala la Ley.*

Cuestión distinta son los **criterios de valoración** que han de ser empleados, destacando a este respecto la [sentencia 186/2014, de 14 de abril](#), dictada en un supuesto específico en el que el ejercicio del derecho de se-

parado situación a la sociedad en causa de disolución.

Dejando al margen esta última cuestión, atendiendo a la reciente sentencia de 15 de enero, podemos señalar que en el caso de

separación, la valoración de las acciones o participaciones sociales habrá de realizarse atendiendo al momento en que se recibe por la sociedad la comunicación del socio que ejercita su derecho de separación.

## ► Jurisprudencia seleccionada

### NOVEDADES JURISPRUDENCIALES SOBRE CONSUMO Y EMPRESA

**Autor:** María del Mar Hernández Rodríguez

**Cargo:** Magistrada especialista en Derecho mercantil

#### SUMARIO

##### I. DERECHO DE SOCIEDADES

1. Dividendos. Régimen proindiviso: STS 601/2020, de 12 de noviembre
2. Administradores. Deber de lealtad. Pactos parasociales: STS 613/2020, de 17 de noviembre
3. Derecho de separación: STS 663/2020, de 10 diciembre
4. Derecho de separación: STS 3/2020, de 15 de enero de 2020
5. Comunidad de bienes. Sociedad irregular: STS 469/2020, de 15 de septiembre
6. Sociedad irregular. Comunidad de bienes. Responsabilidad socios: STS 662/2020, de 10 de diciembre

##### II. CONCURSO DE ACREEDORES

1. Créditos contra la masa. Compensación
2. Insuficiencia de la masa activa. Créditos contra la masa. Honorarios Administración concursal
3. Créditos concursales. Subordinación
4. Créditos concursales. Derivación de responsabilidad
5. Clasificación del crédito por la cuota de reembolso. Derecho de separación
6. Efectos del concurso. Contratos de tracto sucesivo. Cumplimiento forzoso
7. Efectos de la declaración de concurso. Requisitos para recurrir
8. Resoluciones recurribles. Sentencia que aprueba el Convenio. Falta de apertura sección calificación

##### III. PROPIEDAD INDUSTRIAL

1. Marcas. Mala fe en el registro

##### IV. CONTRATO DE SEGURO

1. Contrato de seguro. Beneficiario

## I. DERECHO DE SOCIEDADES

### 1. Dividendos. Régimen proindiviso: STS 601/2020, de 12 de noviembre

La copropietaria de unas participaciones sociales en régimen de proindiviso tiene **derecho a reclamar los dividendos aprobados en junta general**. Concluye el Tribunal Supremo que en estos caso, la condición de socios la ostentan quienes integran la **comunidad proindiviso o romana**. Separa el régimen de estas comunidades del de las comunidades hereditarias.

2.- *Por tanto, el socio únicamente cuenta con un derecho abstracto sobre un patrimonio ajeno, que se transmuta en concreto y se incorpora como crédito (en principio, pecuniario; arts. 1166 y 1170 CC, y 277 LSC) a su propio patrimonio en el momento en que se aprueba el correspondiente acuerdo de la junta que ordena el reparto de dividendos en el legítimo ámbito de sus atribuciones (arts. 160 y 273 LSC), permaneciendo mientras tanto los beneficios obtenidos en el patrimonio social, dando lugar al oportuno asiento contable, que goza de la correspondiente publicidad registral mediante el depósito anual de cuentas.*

*En este sentido, las reservas, comoquiera que tienen su origen en el resultado positivo de un ejercicio económico, son frutos de la sociedad obtenidos de la realización del objeto social. El beneficio contabilizado puede desaparecer por pérdidas ulteriores y es perfectamente factible, incluso habitual y frecuente, que el socio nunca llegue a participar en dichos beneficios.*

*Sin embargo, como declaramos en la citada [sentencia 60/2020, de 3 de febrero](#), "los dividendos, por el contrario, sí son frutos del socio, en cuanto se han separado del patrimonio social y generan un derecho concreto, no eventual o potencial, a su percepción.*

*En definitiva, los beneficios generados no forman parte del patrimonio del socio mientras no se declare el derecho del titular de las acciones o participaciones sociales a percibir dividendos en su condición de socio, a tenor del art. 93 a) LSC, lo que únicamente acontece cuando la sociedad acuerda la conversión de ese derecho abstracto en un derecho concreto de crédito.*

3.- *De los "derechos del socio" deben deslindarse aquellos que le corresponden frente a la sociedad en su condición de "tercero", esto es, aquellos que no están vinculados a su condición de miembro de la sociedad, sino que tienen su fuente en relaciones jurídicas distintas de la relación societaria. Y también aquellos derechos subjetivos que, aun teniendo su génesis en la cualidad de socio, pasan posteriormente a consolidarse en el patrimonio de aquél como derecho subjetivo patrimonial independizado de la relación societaria misma, como ocurre con el derecho al dividendo ya acordado, o con el derecho a la cuota de liquidación cuando, una vez disuelta la sociedad y tras las correspondientes operaciones liquidatorias, queda un remanente repartible.*

*A este fenómeno del desprendimiento o independencia del derecho al cobro del dividendo acordado respecto de la relación jurídica societaria, responde que en el catálogo de los "derechos del socio" del art. 93 LSC, al margen de que este no sea exhaustivo, se incluya el abstracto de participar en las ganancias sociales, pero no el de la percepción del dividendo aprobado.*

4.- *Pero, en todo caso, los titulares de este derecho son los socios que ostenten esta condición en el momento de la aprobación del acuerdo. Lo que se discute en esta litis es precisamente si cabe atribuir o no tal condición o cualidad de socio a la demandante, en tanto que titular de una tercera parte indivisa de la totalidad de las participaciones en que se divide el capital social, como ha afirmado la Audiencia y sostiene la recurrida, o si esa cualidad de socio pertenece exclusivamente a la comunidad formada*



por la demandante y los otros dos partícipes en la comunidad (titulares cada uno de ellos, respectivamente, de otra tercera parte indivisa de esas participaciones sociales), como mantiene la recurrente.

...

3.- La indivisibilidad de las participaciones sociales. El art. 90 LSC prescribe que las participaciones sociales son partes "indivisibles" del capital social. Este principio de la indivisibilidad de las participaciones sociales, como ha señalado la doctrina, ha sido interpretado como expresivo de dos reglas distintas. En primer lugar, comporta que una participación social, o una acción, no puede fraccionarse en otras de menor valor nominal por decisión de su titular, tampoco en los casos de copropiedad (sin perjuicio de las operaciones de "split" que por vía de modificación estatutaria pueda aprobar la junta). Se trata en este sentido de un "bien" indivisible que queda excluido del art. 400 CC (imposibilidad de ejercicio de la actio communi dividundo), y queda sujeto a lo previsto en el art. 404 CC. En segundo lugar, el precepto refleja la idea de la inescindibilidad, o imposibilidad de disociación, de los derechos que conforman la posición jurídica del socio, la cual se compone de un conjunto de derechos y facultades que forma un todo orgánico, sin perjuicio de la posibilidad de constituir derechos reales y sus efectos sobre el ejercicio de algunas de estas facultades. De forma que no cabe transmitir derechos, facultades o situaciones jurídicas vinculadas inherentemente a la condición de socio sin transmitir la acción o participación de que derivan (que, en tal caso, transmite la completa posición jurídica).

4.- Ninguno de estos dos aspectos de la indivisibilidad de las participaciones, sin embargo, lleva a la conclusión que postula la recurrente. Es cierto que en un precedente de esta sala hemos afirmado, obiter dicta, que la exigencia legal de la designación de un representante de los copropietarios de las participaciones para el ejercicio de los derechos del socio es conse-

cuencia de la indivisibilidad de aquellas (*sentencia 314/2015, de 12 de junio*). Pero ni era esa la ratio decidendi del fallo, ni en sí misma se opone al reconocimiento de la condición de socio a cada uno de los copropietarios en el caso de que las participaciones les pertenezcan en régimen de comunidad proindiviso o romana (a diferencia del caso de las comunidades germánicas, como las hereditarias, como veremos infra). Ni la indivisibilidad de las participaciones, ni el régimen del art. 126 LSC, atañen a la titularidad de las participaciones, ni al concreto régimen comunitario a que estén sujetas (más allá de excluir la actio communi dividundo por el carácter indivisible de las acciones y participaciones sociales), refiriéndose este precepto exclusivamente a la forma de ejercicio unitario de los derechos que confiere.

Por otro lado, la inescindibilidad de los derechos del socio, es predicable de los derechos que al socio correspondan como tal, vinculados a la relación jurídica societaria, pero no a aquellos otros respecto de los cuales el socio actúa y puede ejercitar frente a la sociedad como "tercero", entre los que figura el derecho a exigir el pago del dividendo ya aprobado, como antes se explicó.

...

La cotitularidad objeto de examen en la presente litis, surgió inicialmente a consecuencia de una donación a favor de los tres hijos de los socios iniciales. Su composición se modificó posteriormente por una transmisión hereditaria (a un único heredero) de una tercera parte indivisa de las 170 participaciones existentes, y por otra donación ulterior de otra tercera parte (donación cuya validez es objeto, a su vez, de una controversia fuera de este procedimiento). Se trata, por tanto, de una comunidad ordinaria, proindiviso o romana (art. 392 CC), de la que no consta acreditado en la instancia la existencia de una estructura organizativa, ni la designación de ningún representante común, ni su formal constitución mediante título alguno (ni la

obtención de un número de identificación fiscal, dato este relevante a los efectos que luego se dirán).

7.- Por tanto, en este caso ni existe un ente dotado de personalidad jurídica, plena o limitada, ni estamos en presencia de un patrimonio autónomo con un titular transitoriamente indeterminado, como en el caso de las herencias ya-cientes, o sometido a un régimen de titularidad colectiva que se proyecte sobre una masa patrimonial en su totalidad, y no sobre cada uno de los bienes derechos o elementos patrimoniales que la integren.

Tampoco estamos ante una comunidad de bienes proindiviso de las denominadas "dinámicas" o "empresariales", como la contemplada en el caso de la reciente [sentencia del pleno de esta sala 469/2020, de 16 de septiembre](#), en la que se reconoció la existencia de un cierto grado de personalidad jurídica a las comunidades de bienes constituidas para el desarrollo de una actividad claramente mercantil, como sociedades mercantiles irregulares de tipo colectivo, con el correlativo reconocimiento de su capacidad para ser parte en un proceso judicial (art. 6.1 LEC).

...

15.- Para finalizar, hay que traer a colación de nuevo en este punto la idea de que el derecho al cobro del dividendo, una vez aprobado por la junta, se emancipa de la relación jurídico societaria en cuyo seno ha nacido, y se integra como derecho de crédito independiente en el patrimonio del socio, por lo que este, cuando lo reclama, no actúa en puridad como tal socio, sino como actuaría un tercero que reclama su derecho de crédito frente a la sociedad.

16.- Pero es que, además, ha sido la propia recurrente la que con su conducta ha venido a reconocer este derecho de crédito por el importe de los dividendos aprobados, cuya cuantía no se ha discutido, por una doble vía: (i) primero, al

haber procedido a la practicar e ingresar en la Hacienda pública la retención fiscal por el IRPF a cada uno de los tres socios comuneros, no a la comunidad, tomando como base de cálculo las cantidades individuales correspondientes a cada uno de ellos; y (ii) segundo, por alegar el pago por compensación de los respectivos importes adeudados en concepto de dividendos de los tres ejercicios controvertidos (sin perjuicio de que no se haya acreditado en la instancia las deudas de los socios susceptibles de compensación ni, por tanto, la eficacia solutoria de esta).

## 2. Administradores. Deber de lealtad. Pactos parasociales: STS 613/2020, de 17 de noviembre

La sentencia analiza el **deber de lealtad y las consecuencia de la existencia de un conflicto de intereses** y afirma que la regulación del este deber de lealtad de los administradores de sociedades de capital es de **carácter imperativo**. El derecho al nombramiento de un administrador por el sistema de designación proporcional no puede prevalecer frente a infracciones del deber de lealtad.

A su vez, reitera que **una impugnación de acuerdos sociales no puede basarse en la infracción de un pacto parasocial**.

2.- El art. 229.1.a) LSC dispone que el deber de evitar situaciones de conflicto de interés a que se refiere la letra e) del artículo 228 LSC obliga al administrador a abstenerse de "[r]ealizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias, hechas en condiciones estándar para los clientes y de escasa relevancia, entendiéndose por tales aquéllas cuya información no sea necesaria para expresar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad.

...

10.- Como hemos explicado anteriormente, el art. 229.1 LSC desarrolla las obligaciones básicas que se derivan a su vez del deber de evitar las situaciones de conflicto de interés establecido en el art. 228.e) LSC. El art. 229.2 LSC extiende esas obligaciones al caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador, y persona vinculada solo lo es una de las enumeradas en el art. 231 LSC, que contiene una lista cerrada.

11.- Por tanto, para la aplicación del art. 229.2 LSC no basta cualquier vinculación entre el administrador y la persona que realice la conducta prevista en el art. 229.1.a) LSC. Las personas vinculadas al administrador, a efectos de aplicar el art. 229.2 LSC, son exclusivamente las enumeradas en el art. 231 LSC. La vinculación social consistente en que el administrador social sea, a su vez, alto directivo o incluso administrador de otra sociedad con la que se produce el conflicto de interés no encaja en ninguno de los supuestos del art. 231 LSC, salvo que el administrador social en cuestión ejerza, respecto de la otra sociedad, un control en alguna de las formas previstas en el art. 42 del Código de Comercio, lo que no sucede en el caso objeto del recurso.

...

14.- Por tanto, es posible que se produzca un conflicto de interés cuando la sociedad contrata directamente con un tercero con el que el administrador mantiene relaciones y con el que comparte intereses o respecto del que tiene deberes. Pero si quien contrata con la sociedad no es una persona vinculada con el administrador, de las previstas en el art. 231 LSC, y si el administrador no ha realizado transacción alguna con la compañía, no habrá específicamente violación del artículo 229.1.a) LSC, sin perjuicio de que pueda producirse la infracción de alguna de las obligaciones establecidas por otros apartados del art. 229.1 LSC.

...

*SEXO.- Decisión del tribunal: el desarrollo de actividades por cuenta ajena que sitúa al administrador designado por el sistema de representación proporcional en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad*

1.- El art. 229.1.f) LSC establece:

*En particular, el deber de evitar situaciones de conflicto de interés a que se refiere la letra e) del artículo 228 anterior obliga al administrador a abstenerse de: [...] Desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad.*

2.- El precepto contempla dos conductas prohibidas. La primera sería la de desarrollar, por cuenta propia o cuenta ajena, actividades que entrañen una competencia efectiva, actual o potencial.

...

4.- Pero el precepto transcrito contempla una segunda conducta prohibida para los administradores: desarrollar, por cuenta propia o por cuenta ajena, actividades que, de cualquier otro modo, les sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad. Se trata de una previsión que extiende la prohibición al desarrollo por el administrador de actividades que, aunque no constituyan una competencia directa o indirecta con la sociedad, supongan la existencia de un conflicto permanente entre los intereses de la sociedad y los intereses que, actuando por cuenta propia o por cuenta ajena, detenta el administrador.

...

7.- En estos casos, el conflicto relevante no se produce propiamente entre la sociedad y la per-

sona jurídica respecto de la que el administrador de aquella tiene un deber de lealtad por ser también administrador o alto cargo directivo de esta. El conflicto relevante se produce entre la sociedad y su administrador, pues la ley presume que este hace suyos los intereses de la persona con la que le unen ciertos vínculos que determinan que el administrador detente cierto poder de decisión en la organización de ese tercero y/o de los que se deriva un deber de lealtad hacia ese tercero.

8.- En efecto, conforme a una autorizada doctrina, al conflicto de interés debe equipararse el conflicto de deberes, porque en uno y otro caso, el riesgo de quiebra de la objetividad exigible al administrador y, consiguientemente, el riesgo de menoscabo de la integridad del interés protegido, es similar. Por ello, el conflicto de deberes constituye un conflicto de interés por cuenta ajena. Así lo entendió también la [sentencia de esta sala 793/2011, de 17 de noviembre](#), que lo consideró como "uno de los supuestos clásicos del conflicto de interés, en el sentido de imposibilidad de gestionar adecuadamente los encontrados de Mazda Motor España, SA [sociedad de la que eran administradores] y Mazda Motor Corporation [sociedad que les había designado administradores de Mazda Motor España S.A.], como consecuencia de haber asumido –al aceptar las respectivas designaciones– la defensa de ambas y hallarse las relaciones contractuales entre ellas en trance de extinción y liquidación.

...

12.- Que una situación de intereses contrapuestos pueda solucionarse porque a ambas sociedades les reporta ventajas encontrar el equilibrio entre prestación de servicios y precios en la relación contratación-subcontratación, como afirma la Audiencia Provincial, no supone que el conflicto no exista. Y la regulación introducida por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, ya no se contenta, como sucedía en la anterior legislación, con que la situación de conflicto deba ser

comunicada por el administrador a la sociedad y el administrador se abstenga en la votación del acuerdo en que tenga incidencia ese conflicto. La nueva regulación ha optado por la regla "ningún conflicto", regla preventiva conforme a la cual el administrador de la sociedad ha de procurar positivamente no hallarse en situación de conflicto con ella y evitar encontrarse en una posición tal que sus lealtades se encuentren divididas.

...

14.- Como conclusión de lo expuesto, aunque Duro Felguera no era propiamente una persona vinculada a los administradores cesados, por no entrar en definición de art. 231 LSC, la actuación de los administradores cesados incurrió en la prohibición del art. 229.1.f) LSC porque, como altos directivos o administradores de Duro Felguera, desarrollaban actividades por cuenta ajena que les situaban en un conflicto permanente con los intereses de EIA XXI, puesto que en las disputas entre Duro Felguera y EIA XXI por la facturación de los servicios prestados por esta a aquella, los intereses de los administradores, en su actuación como directivos o administradores de Duro Felguera, y los intereses de EIA, eran incompatibles.

17.- Asimismo, el interés social de EIA XXI no solo justifica el cese de los consejeros que infringieron el deber de lealtad, sino que debe prevalecer sobre el derecho de un accionista en conflicto de interés permanente a designar consejeros por el sistema de representación proporcional. Este derecho debe claudicar ante el riesgo de infracción del deber de lealtad que representa la designación de administradores por el socio en conflicto estructural de intereses con la sociedad, en virtud de su derecho a la designación de administradores por el sistema de representación proporcional.

...

Es reiterada la jurisprudencia de esta sala ([sentencia 138/2009, de 6 de marzo](#), y las que en

ella se citan) que declara que la impugnación de acuerdos sociales no puede fundarse en que el acuerdo impugnado infringe los pactos parasociales, porque se trata de pactos que “no serán oponibles a la sociedad” (art. 29 LSC), sin perjuicio de que pueda considerarse contraria a la buena fe la conducta del socio que impugna un acuerdo social que justamente da cumplimiento al pacto parasocial omnilateral en el que ha intervenido ([sentencia 103/2016, de 25 de febrero](#)).

19.- En la [sentencia 120/2020, de 20 de febrero](#), declaramos que “la eficacia del pacto parasocial, perfectamente lícito, no puede defenderse atacando la validez de los acuerdos sociales que resulten contradictorios con los mismos, sino que debe articularse tal defensa a través de una reclamación entre los contratantes basada en la vinculación negocial existente entre los firmantes del pacto, pues este no tiene efectos frente a la sociedad ni, por tanto, en un litigio de naturaleza societaria como es el de impugnación de acuerdos sociales”. Es, por tanto, en las relaciones internas entre los socios donde deberá dilucidarse si se ha producido una vulneración del “Pacto de Accionistas” y, de haberse producido, qué efectos deben anudarse a tal vulneración.

...

8.- El régimen legal relativo al deber de lealtad es imperativo, sin perjuicio del régimen de dispensas previsto en la ley, y se impone a una regulación estatutaria que lo limite indebidamente o que imposibilite la efectividad de dicho deber.

### 3. Derecho de separación: STS 663/2020, de 10 diciembre

El voto en contra al acuerdo de que los beneficios se destinen a reservas es suficiente para entender cumplidos los requisitos previstos en el art. 348 bis LSC en la redacción

dada por la Ley 25/2011 para el ejercicio del derecho de separación por falta de reparto de dividendos. Lo relevante es que **se vote en contra de que los beneficios se destinen a un fin diferente a su reparto**.

3.- El precepto transcrito concedía a los socios el derecho de separación cuando la junta general acordara que el resultado, pese a concurrir los requisitos legales para ello, no se aplicara, por lo menos en un tercio, a la distribución de dividendos; pero no exigía, pese a su aparente literalidad, que debiera haber existido un voto expreso favorable a dicha distribución por parte del socio que pretendiera ejercer su derecho de separación. Entre otras cosas, porque quien redacta el orden del día de las juntas de socios, con carácter general, es el órgano de administración, que puede no incluir una mención específica a la distribución de dividendos y hacer solo una mención genérica a la aplicación del resultado. Como ocurrió en este caso.

La ratio del precepto es que el socio minoritario tenga una vía de reacción ante la falta reiterada de distribución de dividendos mediante acuerdos sistemáticos de la junta general de aplicar los beneficios repartibles a reservas. Es decir, es un instrumento del minoritario frente a lo que la [sentencia 873/2011, de 7 de diciembre](#), llamó gráficamente “el imperio despótico de la mayoría”. Y para el ejercicio del derecho, la Ley establece unos requisitos, entre los cuales se encuentra que el socio discrepante vote en contra de los designios de la mayoría. Por lo tanto, pese a la literalidad del precepto, no se trata tanto de que vote a favor de que se distribuyan los dividendos (posibilidad que puede que no contemple como tal el orden del día), como de que vote en contra de que el resultado se aplique a otros fines diferentes a la distribución de dividendos.

4.- En este caso, la Audiencia Provincial considera probado que los socios demandantes votaron en contra de la aplicación del resultado a reservas voluntarias y manifestaron su deseo

*(exigieron, según la transcripción de la grabación de la junta que se hace en el acta notarial) de que se aplicara a dividendos. Por lo que cabe apreciar que hubo una declaración de voluntad expresa de los socios en la junta general de que el resultado se aplicara a la distribución de dividendos, que es a lo que, con mejor o peor redacción, se refería la versión original del art. 348 bis LSC. Y que corrobora la actual redacción del precepto, al decir "la junta general no acordara la distribución como dividendo".*

#### 4. Derecho de separación: STS 4/2021, de 15 de enero de 2021

El Tribunal Supremo considera que **la pérdida de la condición de socio se produce en el momento en que el socio que ejerció su derecho de separación recibe el reembolso del valor de sus acciones o participaciones.** A su vez, que **el derecho al cobro del valor de sus acciones o participaciones nace cuando la sociedad recibe la comunicación del socio** por la que ejercita su derecho de separación y a que a dicho momento habrá de estarse para la determinación del valor razonable de las acciones o participaciones sociales.

Esto se reitera en la [Sentencia 46/2021 de 2 de febrero](#).

*En las sociedades de capital, cuando se ejercita el derecho de separación se activa un proceso que se compone de varias actuaciones: información al socio sobre el valor de sus participaciones o acciones; acuerdo o, en su defecto, informe de un experto que las valore; pago o reembolso (o en su caso, consignación) del valor establecido; y, finalmente, otorgamiento de la escritura de reducción del capital social o de adquisición de las participaciones o acciones. Como recordó la antes citada sentencia 32/2006, de 23 de enero, «los actos a realizar por la sociedad son actos debidos, y no condiciones potestativas.*

*Desde esta perspectiva dinámica, la recepción de la comunicación del socio por la sociedad desencadena el procedimiento expuesto. Pero para que se produzcan los efectos propios del derecho de separación, es decir, la extinción del vínculo entre el socio y la sociedad, no basta con ese primer eslabón, sino que debe haberse liquidado la relación societaria y ello únicamente tiene lugar cuando se paga al socio el valor de su participación. Mientras no se llega a esa culminación del proceso, el socio lo sigue siendo y mantiene la titularidad de los derechos y obligaciones inherentes a tal condición (art. 93 LSC).*

*En conclusión, el derecho a recibir el valor de la participación social tras la separación del socio solo se satisface cuando se paga, porque la condición de socio no se pierde cuando se notifica a la sociedad el ejercicio del derecho de separación.*

...

1.- *Al igual que sucede con la pérdida de la cualidad de socio, la LSC tampoco especifica cuándo surge el derecho al reembolso del valor de las participaciones en el capital. Pero de los arts. 347.1, 348.2 y 348 bis cabe deducir que nace en la fecha en que la sociedad ha recibido la comunicación del socio por la que ejercita su derecho de separación, porque ese es el momento a tener en cuenta para la valoración de su participación, y coincide con la naturaleza recepticia de la comunicación de separación que resaltó la [sentencia 32/2006, de 23 de enero](#). Esta sentencia consideró que el derecho de reembolso es inmediato al ejercicio del derecho de separación, sin perjuicio de que deban llevarse a efecto las operaciones de valoración, en los términos y plazos que señala la Ley.*

...

3.- *En consecuencia, en relación con lo expuesto al resolver el motivo de casación precedente, cuando nació el crédito proveniente del derecho de separación –cuando la sociedad recibió la*

*comunicación de separación— su titular todavía tenía la cualidad de persona especialmente relacionada con el deudor, en los términos que expresaremos más adelante.*

...

*a efectos concursales, la situación del socio que ejerce su derecho de separación no es igual a la del socio de la sociedad liquidada. Y ello, porque el derecho del socio que ha ejercido el derecho de separación (aunque no esté consumado) nace cuando la sociedad recibe la comunicación de ejercicio del derecho, mientras que el del socio que no ha ejercitado el derecho de separación no surge hasta que se liquida la sociedad.*

*Como consecuencia de esta diferencia, si la comunicación del derecho de separación fue anterior a la declaración de concurso, el crédito del socio separado es concursal, en los términos que expondremos al resolver los dos últimos motivos de casación, mientras que la cuota de liquidación es extraconcursal, al ser posterior a los créditos de todos los acreedores de la sociedad.*

...

*2.- Sobre dicha consideración de concursalidad, la clasificación que corresponde en este caso es la de crédito subordinado del art. 92.5o LC, en relación con el art. 93.2.1o LC. Sin perjuicio de la contingencia derivada de la litigiosidad sobre la valoración de la participación.*

*3.- Respecto al requisito subjetivo (persona especialmente relacionada con el deudor), es cierto, como determinó la Audiencia Provincial, que la comunidad hereditaria de Dña. Enriqueta solo tenía el 4% del capital social. Pero también lo es que, conforme al art. 93.2.1o LC, la participación del 10% puede ostentarse directa o indirectamente, por lo que también son personas especialmente relacionadas con la sociedad concursada quienes lo sean con los socios, conforme*

*al art. 93.1 LC; y en este caso, se trata de una titularidad por sucesión universal de quien tenía una participación social superior al 10% y de un socio con un estrecho grado de parentesco con otros socios que también tienen más del 10% del capital.*

*En este caso, se da la circunstancia de que la clasificación como ordinarios de los créditos de los socios que han ejercitado el derecho de separación les concedería el 92% del pasivo con derecho a voto en el convenio. Con el efecto paradójico de que quien pretende huir del dominio despótico de la mayoría se convertiría en árbitro de los destinos de la sociedad de la que se ha querido separar.*

*4.- Y respecto al requisito objetivo (negocio jurídico que da lugar al crédito), el crédito de reembolso, en cuanto supone recuperación de la inversión efectuada por el socio, tiene una naturaleza análoga a un negocio de financiación de la sociedad (art. 92.5 LC). Es decir, puesto que el crédito lo es por reembolso de la parte del capital que corresponde al socio y el capital constituye parte de los recursos propios de una sociedad para hacer frente a las obligaciones a corto y largo plazo, el crédito tiene su origen en un negocio jurídico de análoga finalidad al préstamo, atendida la función económica de los fondos aportados para constituir la dotación del capital social.*

*Según hemos declarado en la [sentencia 125/2019, de 1 de marzo](#):*

*«Entre los créditos derivados de "préstamos o actos con análoga finalidad" pueden incluirse los créditos destinados a la financiación del concursado, bien por la naturaleza jurídica del negocio (préstamos, créditos, descuento, leasing, etc.), bien porque, pese a que la naturaleza jurídica no sea propiamente la de un negocio de financiación, se esté encubriendo un negocio cuya finalidad económica sea la financiación del concursado».*

## 5. Comunidad de bienes. Sociedad irregular: STS 469/2020, de 16 de septiembre

Establece las notas propias de las **comunidades de bienes funcionales o empresariales**, asimilándolas a las **sociedades irregulares**.

*se trata de una comunidad de bienes –de las también denominadas doctrinalmente como “dinámicas” o “empresariales”– que presenta las siguientes notas: (i) origen convencional, formalizada en escritura pública; (ii) vinculada funcionalmente a la actividad empresarial de explotación de [...]); (iii) que presenta características propias de las sociedades irregulares [de tipo colectivo]; (iv) dotada de una organización estable, a través de un órgano de administración regulado en sus estatutos (con atribución de amplias facultades de gestión y representación) y financiero-contable (igualmente regulada en sus estatutos); (v) que actúa en el tráfico como centro de imputación de determinados derechos y obligaciones, entre ellos los de naturaleza tributaria, como sujeto autónomo u obligado tributario (art. 35.2 de la Ley General Tributaria); (vi) además, ostenta legalmente la condición de empresario a efectos laborales (art. 1 del Estatuto de los Trabajadores); (vii) y por ello tiene legalmente reconocido algunos de los efectos propios de la personalidad jurídica; (viii) y entre estos efectos debe incluirse el del reconocimiento de su legitimación y capacidad procesal cuando la acción que ejercite (art. 6.1. LEC) o frente a la que se defienda (art. 6.2 LEC) esté vinculada a alguno de los derechos u obligaciones cuya titularidad ostente, como sucede en este caso.*

## 6. Sociedad irregular. Comunidad de bienes. Responsabilidad socios: STS 662/2020, de 10 de diciembre

Las comunidades de bienes que desarrollan una actividad mercantil se equiparan a una sociedad irregular y sus socios o comuneros responden solidariamente de sus deudas.

*1.- Es frecuente recurrir a comunidades de bienes para el ejercicio de actividades empresariales o profesionales en el tráfico económico, en régimen de comunidad de beneficios y gastos en atención a las respectivas participaciones, conforme a los arts. 392 y ss CC.*

*Partiendo de esta realidad, esta sala ha abordado en distintas ocasiones la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de las comunidades de bienes que tienen por objeto el desarrollo de actividades mercantiles, y su legitimación procesal.*

...

*4.- Una vez delimitadas las figuras de la comunidad de bienes (que responde a un concepto estático) y las sociedades (que responden a un concepto dinámico), es preciso en cuanto a estas últimas, dado su distinto régimen legal, diferenciar entre las sociedades civiles (arts. 1655 CC) y las sociedades mercantiles (arts. 116 Ccom). Distinción que ha abordado también de forma reiterada la jurisprudencia de esta sala, destacando como elemento determinante de la distinción, para calificar la naturaleza de la sociedad, la nota de la “mercantilidad” de la actividad que integra el objeto social, cuando no se cumplen las formalidades legales exigibles para su constitución, y ello con independencia de la denominación de “sociedad civil” que se pueda consignar en el pacto constitutivo, denominación que per se no altera aquella naturaleza (sentencias de 3 de abril de 1991, 30 de mayo de 1992, y 21 de junio de 1998).*

*5.- En este sentido, la jurisprudencia mantiene la tesis que distingue las sociedades civiles de las mercantiles (que no sean de capital, a las que son aplicables el principio de mercantilidad por la forma ex art. 2 LSC) atendiendo al criterio de la materia, el objeto social, o su finalidad, de manera que serán mercantiles las sociedades constituidas para la realización de actos de comercio (“ejercicio del comercio”), y civiles cuando no concorra tal circunstancia. Por ello,*



no cabe considerar civil a la sociedad cuando su dedicación es una actividad comercial ([sentencia 1177/2006, de 20 de noviembre](#)).

...

8.- Una vez reconducido el régimen jurídico aplicable en estos casos al propio de las sociedades colectivas, como modalidad de sociedad mercantil personalista, resultan de aplicación las previsiones del art. 127 Ccom, conforme al cual "todos los socios que formen la compañía colectiva, sean o no gestores de la misma, estarán obligados personal y solidariamente, con todos sus bienes, a las resultas de las operaciones que se hagan a nombre y por cuenta de la compañía, bajo la firma de esta y por persona autorizada para usarla.

...

10.- Proyectando la jurisprudencia antes reseñada sobre este caso, no cabe calificar a la entidad "DIRECCION000, C.B." de comunidad de bienes estática, porque no se destina a la mera administración de unos bienes, con finalidad de aprovechamiento y conservación, sino a la explotación económica de un negocio de transformación y venta de todo tipo de productos alimenticios ([sentencias 93/2016, de 19 de febrero](#)). Resulta asimilable, por tal motivo, a las sociedades irregulares de tipo colectivo ([sentencia 469/2020, de 16 de septiembre](#)) a los efectos de la aplicación del régimen de responsabilidad por las deudas sociales del art. 127 Ccom.

11.- En consecuencia, no se puede negar la legitimación pasiva del demandado, como socio de dicha entidad, pues no estamos en el caso de una comunidad de bienes sometida, también en las relaciones externas frente a terceros, al régimen del condominio de los arts. 392 y ss CC, en las que esta sala ha mantenido la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario que obliga a demandar a todos los comuneros cuando la demanda afecte o se dirija contra la

comunidad (sentencias de 28 de julio de 1999 y [336/2005, de 13 de mayo](#)), en defecto de lo cual se produciría la consecuencia prevista en el art. 420.3 LEC, con anulación y retroacción de las actuaciones a la audiencia previa; sino que nos encontramos ante una relación jurídica asimilable a la de una sociedad irregular de tipo colectivo, en la que es predicable el régimen de responsabilidad solidaria propio de este tipo social.

## II. CONCURSO DE ACREEDORES

### 1. Créditos contra la masa. Compensación

#### STS 677/2020, 15 diciembre

Reitera que la prohibición de compensación no afecta a los créditos contra la masa. En relación a la compensación tributaria, deben darse igualmente los requisitos generales del art. 1.196 CC de vencimiento, exigibilidad y liquidez, y por no ser automática, debe haber un acuerdo que la declare.

"4.- A la compensación tributaria le son aplicables los requisitos previstos en el art. 1.196 CC (vencimiento, liquidez y exigibilidad), por lo que solo puede tener lugar cuando haya llegado el momento de cumplimiento de la obligación de que se trate y exista certeza sobre la existencia y cuantía de la deuda. Aunque ello no implica que el acto que reconoce la devolución deba ser firme, pues el art. 71.1 LGT únicamente exige que el crédito esté reconocido por acto administrativo.

La normativa tributaria (arts. 138 a 143 del Real Decreto 1065/2007, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de

aplicación de los tributos) contempla un sistema de cuenta corriente mediante el que se anotan tanto las cantidades pendientes de devolución como las pendientes de ingreso, compensando unas con las otras. Pero la compensación no es automática, sino que requiere el dictado de un acuerdo que así la declare.

La solicitud de compensación en período voluntario impedirá el inicio del período ejecutivo, sin perjuicio del interés de demora (artículo 72.2 de la LGT). Y si la deuda se encuentra en período ejecutivo, se compensará de oficio por la Administración (artículo 73.1 de la LGT), incluso cuando las cantidades resulten de la ejecución de una resolución.

**5.-** Sobre esta base, la mención a la compensación en período voluntario no quiere decir que no pueda realizarse antes, sino únicamente que mientras no transcurra el período voluntario no puede ejecutarse. Como hemos visto, el art. 71 LGT no requiere que el acto administrativo deba ser firme, por lo que los requisitos de vencimiento, exigibilidad y liquidez ya se cumplían cuando se dictó el acuerdo de 23 de noviembre de 2016, sin que a ello afectara que posteriormente se acogiera parcialmente una alegación del deudor y se aminorara el importe resultante de la compensación.

**6.-** Así se desprende de la jurisprudencia de la sala de lo contencioso-administrativo (Sala 3ª) de este tribunal, interpretativa de los requisitos de la compensación tributaria. Como declara la [sentencia 825/2020, de 19 de junio](#), con cita de otras precedentes:

“Como concluimos en la repetida sentencia de 4 de marzo de 2010, esta Sala nunca ha afirmado que para que puedan extinguirse total o parcialmente por compensación las deudas tributarias deban ser firmes en vía judicial, sino que nos hemos limitado a reclamar que se trate de deudas vencidas, lí-

quidas y exigibles, lo que significa que, cuando el sujeto pasivo del tributo impugne la liquidación tributaria de que se trate en vía administrativa o judicial y solicite y obtenga la suspensión de su ejecución, mientras se prolongue esta situación, la deuda no será susceptible de compensación con los créditos a su favor; ahora bien, este efecto no es consecuencia de la ausencia de firmeza, sino de la pérdida, por razones cautelares, de su condición de exigible”.

En este caso, no consta que la deudora solicitara la suspensión de la ejecución mientras se resolvían sus alegaciones, por lo que concurrían los requisitos de la compensación”.

## **2. Insuficiencia de la masa activa. Créditos contra la masa. Honorarios Administración concursal**

### **STS 467/2020, 15 de septiembre**

Recuerda que una vez comunicada la insuficiencia de la masa activa para pagar los créditos contra la masa, debe estarse al orden de prelación previsto en el art. 176 bis 2 LC (hoy 250 TRLC) que afecta a todos a los créditos contra la masa pendientes de pago.

Matiza la sentencia de 6 de abril de 2017 y establece que los créditos imprescindibles para concluir la liquidación del art. 176 bis 2 (hoy en el art. 250.2 TRLC) a los que se les atribuye la condición de prededucibles solo pueden ser los nacidos tras la comunicación de la insuficiencia de la masa activa para el pago de los créditos contra la masa. Por ello, aunque la administración concursal haya podido realizar antes de la comunicación actuaciones imprescindibles para obtener numerario y gestionar la liquidación y pago, si están pendientes de pago en el momento de la comunicación de insuficiencia, no pueden encajar en la salvedad relativa a los gastos imprescindibles en tanto que se

refiere a los gastos posteriores a la comunicación.

“Es jurisprudencia constante que, una vez comunicada por la administración concursal la insuficiencia de la masa activa para pagar todos los créditos contra la masa, su pago debe ajustarse al orden de prelación del apartado 2 del art. 176 bis LC, al margen de cuál sea su vencimiento (desde la [sentencia 306/2015, de 9 de junio](#), confirmada por las posteriores [sentencias 310/2015, de 11 de junio](#), [311/2015, de 11 de junio](#), y [187/2016, de 18 de marzo](#)).

Según esta interpretación jurisprudencial, “las reglas de pago contenidas en el art. 176 bis.2 LC, en concreto el orden de prelación, se aplican necesariamente desde la comunicación de insuficiencia de la masa activa para el pago de los créditos contra la masa, y afecta, en principio, a todos créditos contra la masa pendientes de pago. Con ello rechazamos nuevamente la interpretación de que solo se aplican a los créditos contra la masa posteriores a la comunicación.

Se aplican a los ya vencidos y a los que pudieran vencer con posterioridad” ([sentencia 187/2016, de 18 de marzo](#)).

En consecuencia, todos los créditos contra la masa que estuvieran pendientes de pago al tiempo de la comunicación de insuficiencia de la masa activa, quedan sujetos a este orden de prelación de pago.

**3.** El art. 176 bis.2 LC prevé, como única salvedad al pago de los créditos contra la masa de acuerdo con el especial orden de prelación previsto en dicho precepto, “los créditos imprescindibles para concluir la liquidación”. En la [sentencia 390/2016, de 8 de junio](#), frente a la pretensión de la administración concursal de que el crédito correspondiente a sus honorarios pudiera tener esa consideración de gastos prededucibles, y por lo tanto pu-

dieran satisfacerse con carácter previo al pago de los créditos por el orden del art. 176 bis.2 LC, razonamos lo siguiente:

“el art. 176 bis 2 LC establece un matiz, pues no da tratamiento singular a todos los actos de la administración concursal generadores del derecho a honorarios, sino únicamente a aquellos que tengan el carácter de imprescindibles, una vez que se ha comunicado la insuficiencia de masa activa. Por ello, a falta de identificación legal expresa, resulta exigible que sea la propia administración concursal quien identifique con precisión qué actuaciones son estrictamente imprescindibles para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago, y cuál es su importe, para que el juez del **concurso**, con audiencia del resto de acreedores contra la masa (art. 188.2 LC), valore aquellas circunstancias que justifiquen un pago prededucible”.

En esta [sentencia 390/2016, de 8 de junio](#), expresamente advertíamos que esta salvedad, la de los créditos imprescindibles para concluir la liquidación, afectaba a los créditos surgidos una vez comunicada la insuficiencia de la masa activa.

No cabe confundir, como hace la sentencia recurrida, el ámbito de aplicación del orden de prelación del art. 176 bis.2 LC, que afecta a todos los créditos contra la masa, tanto los anteriores como los posteriores a la comunicación de la insuficiencia de masa activa, con el alcance de la salvedad de “los créditos necesarios para concluir la liquidación”. Esta salvedad, como hemos explicado en otras ocasiones, responde a la lógica del tratamiento de los gastos imprescindibles para poder hacer realidad la liquidación y pago de los créditos contra la masa, que en cuanto estrictamente necesarios se satisfacen con la consideración de prededucibles.

La *ratio* del precepto (art. 176 bis.2 LC) es que todos los créditos contra la masa pendientes

de pago al tiempo de la comunicación de la insuficiencia de la masa activa se sujeten al orden de prelación de pagos que prescribe. La salvedad de los créditos imprescindibles para concluir la liquidación no forma parte del orden de prelación de créditos, no es una categoría en la que encajar créditos contra la masa anteriores. Es una regla propia de la liquidación, que atiende a los gastos necesarios o imprescindibles para que se pueda verificar la realización del activo y el pago a los acreedores por el referido orden de prelación. En la medida en que son imprescindibles para que, a partir del momento en que opere ese orden de prelación (la comunicación de insuficiencia de la masa activa), se pueda cumplir con ese pago ordenado, en esa medida son gastos que deben ser inmediatamente atendidos y por ello son créditos prededucibles.

**4.** El hecho de que hayamos admitido que, durante la fase de liquidación y antes de la comunicación de la insuficiencia de la masa activa, la administración concursal pueda haber realizado actuaciones "estrictamente imprescindibles para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago", que justificaran su remuneración como gastos prededucibles aunque hubiera otros créditos contra la masa de vencimiento anterior y pendientes de pago ([sentencia 225/2017, de 6 de abril](#)), no significa que el crédito surgido por esas actuaciones anteriores a la comunicación de insuficiencia de la masa activa, si para entonces están pendientes de pago puedan encajar en la salvedad del párrafo segundo del art. 176 bis.2 LC. Como ya hemos expuesto, esta salvedad se refiere a los gastos imprescindibles para que, una vez hecha la comunicación de insuficiencia de la masa activa, pueda concluirse la liquidación y pagar conforme a ese especial orden de prelación de créditos".

### 3. Créditos concursales. Subordinación

#### STS 610/2020, 13 de noviembre

El crédito por rentas de la que es acreedora otra sociedad del grupo es un crédito subordinado al concurrir los requisitos objetivo y subjetivo para la subordinación, reiterando con ello la subordinación de los créditos de la sociedades del grupo, que no puede aplicarse la regla del inciso final del art. 92.5° LC y que no hay ninguna laguna legal al respecto.

**14.-** *En el presente caso, no concurren los requisitos necesarios para aplicar analógicamente la norma prevista para los créditos concursales de que son titulares los socios con una participación significativa a aquellos de que son titulares las sociedades del mismo grupo que la concursada.*

**15.-** *No existe laguna legal. El art. 93.2.3.º de la Ley **Concursal** considera personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica a las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso. El art. 92.5.º de la Ley **Concursal** establece una regla general: son créditos subordinados aquellos de los que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor. Y establece algunas excepciones concretas a esta regla general, en las que no se encuentran los créditos de los que fueran titulares las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso.*

**16.-** *El supuesto de hecho (los créditos de que son titulares otras sociedades del grupo) se encuentra adecuadamente regulado en lo que se refiere a la calificación **concurral** del crédito, puesto que queda englobado en la regla general que prevé la subordinación de los créditos de que son titulares las personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica, y queda fuera de las dos únicas excepciones a esa regla, siendo de aplicación el aforismo *exclusio unius, inclusio alterius*.*

**17.-** *Tampoco existe identidad de razón. Si bien existen algunas razones comunes en la justificación de la subordinación de los créditos de socios con una participación significativa y de sociedades del grupo, como las hay en la subordinación de todas las personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica (mayor información, capacidad de influencia), existen también diferencias entre las razones que justifican la subordinación de los créditos de unos y otros acreedores.*

**18.-** *La opción de constituir un grupo de sociedades en vez de una sola sociedad con distintos departamentos o establecimientos es legítima, pero la ley ha considerado que las sociedades del grupo que tengan la condición de acreedoras no deben participar en el concurso en condiciones de igualdad con los acreedores externos y que, en consecuencia, los integrantes de ese grupo de sociedades no deben tener derecho a cobrar su crédito en las mismas condiciones que los acreedores externos, ni se les debe otorgar la posibilidad de conformar la mayoría que apruebe el convenio **concursal** de la integrante del grupo de sociedades declarada en concurso.*

**19.-** *Ante la imposibilidad de que el concursado satisfaga regularmente los créditos de todos sus acreedores, la norma vigente asigna un menor valor a los créditos de que son titulares otras sociedades del grupo porque, al constituir este una unidad económica, una "empresa policorporativa", la satisfacción de los créditos que el concursado tiene con las sociedades de su grupo puede suponer un beneficio indirecto para el propio deudor, al repercutir en beneficio de una sociedad integrada en el mismo grupo que el deudor.*

**20.-** *Además, las operaciones que antes de la declaración de concurso haya realizado la futura concursada con otras sociedades de su grupo, de las que resulten créditos para estas, pueden responder no solo a la satisfacción de sus propias necesidades, sino también a la finalidad de satisfacer el interés del grupo y be-*

*neficiar a las sociedades integrantes del mismo, lo que hace que, una vez declarado el concurso, estas deban situarse en un plano diferente, subordinado, respecto de los acreedores externos.*

**21.-** *En el nuevo texto refundido de la Ley **Concursal** se mantiene la misma regulación. El art. 281.2.3.º sigue excluyendo de la calificación de subordinados, como excepción a la regla general que considera subordinados "[l]os créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado" (art. 281.1.5.º), a los créditos que no procedan de préstamos o de actos con análoga finalidad, de que sean titulares los socios que reúnan las características y condiciones de los apartados 1.º y 4.º del art. 283.1. Pero sigue sin incluir en esa excepción a los acreedores previstos en el apartado 3.º de dicho art. 283.1, que son "[l]as sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso".*

**22.-** *Por tanto, ni la regulación aplicable al supuesto objeto del recurso ni la regulación actual permiten excluir los créditos de las sociedades del grupo de la regla general de la subordinación.*

#### 4. Créditos concursales. Derivación de responsabilidad

##### STS 664/2020, de 10 de diciembre

Reitera la jurisprudencia ([sentencias 315/2020](#) y [316/2020, de 17 de junio](#)) relativa a la clasificación de los créditos consecuencia de una derivación de responsabilidad tributaria del art. 42.1 LGT. Al no ser una sanción, no procede su subordinación y mantienen la misma clasificación *que correspondería a los créditos de los que provenga la derivación*

**7.-** *A nuestro juicio, coincidente con el de la Sala Tercera, la derivación de responsabilidad tributaria al administrador societario guarda semejanza con la responsabilidad por deudas del art. 367 LSC. La jurisprudencia de esta sala ha con-*

figurado este género de responsabilidad como una responsabilidad por deuda ajena, ex lege, en cuanto que su fuente –hecho determinante– es el mero reconocimiento legal ([Sentencias 367/2014, de 10 de julio; 246/2015, de 14 de mayo; 650/2017, de 29 de noviembre](#)), que se concreta en el incumplimiento de un deber legal por parte del administrador social, al que se anuda, como consecuencia, la responsabilidad solidaria de este administrador por las deudas sociales posteriores a la concurrencia de la causa de disolución. Con lo que se pretende garantizar los derechos de los acreedores y de los socios.

En ningún caso se trataría de una sanción, puesto que como afirma la [STC 164/1995, de 13 de noviembre](#), resulta improcedente extender el concepto de sanción con la finalidad de obtener la aplicación de las garantías constitucionales propias de ese tipo de normas a medidas que no responden, verdaderamente, al ejercicio del ius puniendi del Estado y que una cosa es que las sanciones tengan, entre otras, una finalidad disuasoria de determinados comportamientos y otra distinta que toda medida con tal finalidad disuasoria constituya una sanción.

...

**2.-** De acuerdo con lo expuesto, al no considerarse la derivación de responsabilidad tributaria como una sanción, no cabe que se subordinen todos los créditos resultantes, conforme al art. 92.4 LC, sino que conservarán la misma clasificación que correspondería a los créditos de los que provenga la derivación.

## 5. Clasificación del crédito por la cuota de reembolso. Derecho de separación

### STS 4/2021, de 15 de enero de 2021

El Tribunal Supremo tras determinar que cuando el socio ejercita su derecho de separación no pierde la condición de socio has-

ta que recibe el reembolso de sus acciones o participaciones, que el crédito que ostenta por ello nace cuando la sociedad recibe la comunicación del socio por la que ejercita su derecho de separación y que a dicho momento habrá de estarse para la determinación del valor razonable de las acciones o participaciones sociales, realiza dos importante valoraciones concursales. Por un lado, separa el derecho al reembolso del socio que ejercita su derecho de separación antes de la declaración en concurso de la sociedad, del derecho a la cuota de liquidación y considera que el primero sí tiene la naturaleza de crédito concursal. Por otro, la sentencia califica dicho crédito como subordinado al considerar al socio/acreedor de la cuota de reembolso, persona especialmente relacionada con el deudor en el supuesto concreto.

Esto se reitera en la [Sentencia 46/2021 de 2 de febrero](#).

*En conclusión, el derecho a recibir el valor de la participación social tras la separación del socio solo se satisface cuando se paga, porque la condición de socio no se pierde cuando se notifica a la sociedad el ejercicio del derecho de separación.*

...

**1.-** Al igual que sucede con la pérdida de la cualidad de socio, la LSC tampoco especifica cuándo surge el derecho al reembolso del valor de las participaciones en el capital. Pero de los arts. 347.1, 348.2 y 348 bis cabe deducir que nace en la fecha en que la sociedad ha recibido la comunicación del socio por la que ejercita su derecho de separación, porque ese es el momento a tener en cuenta para la valoración de su participación, y coincide con la naturaleza recepticia de la comunicación de separación que resaltó la [sentencia 32/2006, de 23 de enero](#). Esta sentencia consideró que el derecho de reembolso es inmediato al ejercicio del derecho de separación, sin perjuicio de que deban llevar-

*se a efecto las operaciones de valoración, en los términos y plazos que señala la Ley.*

...

**3.-** En consecuencia, en relación con lo expuesto al resolver el motivo de casación precedente, cuando nació el crédito proveniente del derecho de separación –cuando la sociedad recibió la comunicación de separación– su titular todavía tenía la cualidad de persona especialmente relacionada con el deudor, en los términos que expresaremos más adelante.

....

a efectos concursales, la situación del socio que ejerce su derecho de separación no es igual a la del socio de la sociedad liquidada. Y ello, porque el derecho del socio que ha ejercido el derecho de separación (aunque no esté consumado) nace cuando la sociedad recibe la comunicación de ejercicio del derecho, mientras que el del socio que no ha ejercitado el derecho de separación no surge hasta que se liquida la sociedad.

Como consecuencia de esta diferencia, si la comunicación del derecho de separación fue anterior a la declaración de concurso, el crédito del socio separado es concursal, en los términos que expondremos al resolver los dos últimos motivos de casación, mientras que la cuota de liquidación es extraconcursal, al ser posterior a los créditos de todos los acreedores de la sociedad.

...

**2.-** Sobre dicha consideración de concursalidad, la clasificación que corresponde en este caso es la de crédito subordinado del art. 92.5o LC, en relación con el art. 93.2.1o LC. *Sin perjuicio de la contingencia derivada de la litigiosidad sobre la valoración de la participación.*

**3.-** Respecto al requisito subjetivo (persona especialmente relacionada con el deudor), es cierto, como determinó la Audiencia Provincial, que la comunidad hereditaria de Dña. Enriqueta solo tenía el 4% del capital social. Pero también lo es que, conforme al art. 93.2.1o LC, la participación del 10% puede ostentarse directa o indirectamente, por lo que también son personas especialmente relacionadas con la sociedad concursada quienes lo sean con los socios, conforme al art. 93.1 LC; y en este caso, se trata de una titularidad por sucesión universal de quien tenía una participación social superior al 10% y de un socio con un estrecho grado de parentesco con otros socios que también tienen más del 10% del capital.

En este caso, se da la circunstancia de que la clasificación como ordinarios de los créditos de los socios que han ejercitado el derecho de separación les concedería el 92% del pasivo con derecho a voto en el convenio. Con el efecto paradójico de que quien pretende huir del dominio despótico de la mayoría se convertiría en árbitro de los destinos de la sociedad de la que se ha querido separar.

**4.-** Y respecto al requisito objetivo (negocio jurídico que da lugar al crédito), *el crédito de reembolso, en cuanto supone recuperación de la inversión efectuada por el socio, tiene una naturaleza análoga a un negocio de financiación de la sociedad (art. 92.5 LC). Es decir, puesto que el crédito lo es por reembolso de la parte del capital que corresponde al socio y el capital constituye parte de los recursos propios de una sociedad para hacer frente a las obligaciones a corto y largo plazo, el crédito tiene su origen en un negocio jurídico de análoga finalidad al préstamo, atendida la función económica de los fondos aportados para constituir la dotación del capital social.*

Según hemos declarado en la [sentencia 125/2019, de 1 de marzo](#):

«Entre los créditos derivados de “préstamos o actos con análoga finalidad” pueden incluirse los créditos destinados a la financiación del concursado, bien por la naturaleza jurídica del negocio (préstamos, créditos, descuento, leasing, etc.), bien porque, pese a que la naturaleza jurídica no sea propiamente la de un negocio de financiación, se esté encubriendo un negocio cuya finalidad económica sea la financiación del concursado».

## 6. Efectos del concurso. Contratos de tracto sucesivo. Cumplimiento forzoso

### STS 678/2020, 15 de diciembre

Cuando se acuerda el cumplimiento forzoso de un contrato de tracto sucesivo (suministro) que está siendo incumplido por el concursado, tanto las cantidades debidas posteriores como las anteriores a la declaración de concurso han de satisfacerse con cargo a la masa.

En segundo lugar, considera que el efecto del cumplimiento forzoso del art. 62.3 LC es la transformación del crédito concursal correspondiente a las prestaciones debidas antes de la declaración de concurso en crédito contra la masa pero no exige su inmediato pago como acontece en el caso de rehabilitación de los contratos o enervación del desahucio, siendo esto refrendado por el TRLC que en este punto tiene efectos aclaratorios.

**4.- Efectos de la continuidad del contrato de tracto sucesivo pese a la concurrencia de causa de resolución.** El art. 62.3 LC dispone que “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”.

En las citadas [sentencias 145/2012](#) y [161/2012](#), ambas de 21 de marzo, ya abor-

damos la interpretación de este precepto, interpretación que ahora mantenemos. La doctrina y las decisiones de los tribunales de instancia, se habían venido mostrando divididas sobre el significado que debe darse a la expresión “prestaciones debidas” ya que, mientras un sector era partidario de que se refiere a las que “deba realizar el concursado” y, en consecuencia, a las generadas después de declarado en concurso, otro sector entendía que el precepto debía interpretarse en su sentido literal, comprensivo de la totalidad de las prestaciones sin discriminación alguna entre las anteriores y las posteriores.

...

**6.-** Ciertamente, un crédito potencialmente **concursal**, a raíz del mantenimiento del contrato, cristaliza en crédito contra la masa, pero ello no obedece a una decisión unilateral del suministrador, sino a la decisión que le impone un sacrificio actual y le expropia la facultad de resolver al obligarle a continuar suministrando a quien incumplió resolutoriamente sin que, por otra parte, como la realidad demuestra de forma notoria, el hecho de que el crédito sea contra la masa garantice en modo alguno el cobro.

**7.-** Finalmente, esta respuesta coincide con la prevista en los arts. 68 a 70 LC para los supuestos de rehabilitación de contratos, incluso de tracto único, de préstamo, crédito y adquisición de bienes con precio aplazado y de enervación del desahucio en arrendamientos urbanos, ya que, si bien no es lo mismo “rehabilitar” contratos resueltos que “impedir” la resolución de los vigentes, ambas medidas responden a una misma idea: la necesidad de que la masa –en cuyo interés se obliga a mantener los contratos en los que concurre causa de resolución– responda frente a quienes se ven privados de la facultad de desligarse u obliga-



dos a rehabilitar el contrato ya resuelto. De ese modo se cumplen las “garantías” a las que se refiere la Exposición de Motivos: “en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento” ([sentencias 145/2012, de 21 de marzo](#) y [161/2012, de 21 de marzo](#)).

....

Dicho pago o consignación, previo o simultáneo, es condición legal para la rehabilitación de los contratos incursos en causa de resolución y para la enervación del desahucio arrendaticio, a que se refieren los arts. 68 a 70 LC, pero la ley no ha impuesto también este requisito cuando al acreedor *in bonis* se le impone forzosamente, resolución judicial mediante, la continuación del contrato de tracto sucesivo, cuyo incumplimiento resolutorio (art 1124 CC) es previo a la declaración del concurso y se mantiene tras este, en interés del concurso. En este caso, el sacrificio del acreedor al que se priva de la facultad resolutoria debe ser compensado, no según el canon normativo resultante de los arts. 68 a 70 CC, sino conforme a la regla específica establecida en el art. 62.3 LC respecto de los contratos de tracto sucesivo, en los términos en que la hemos interpretado, esto es, calificando como crédito contra la masa no solo el generado por el contrato de suministro tras la declaración del concurso, sino también el anterior. Este último precepto no impone, a diferencia de aquellos, el pago o consignación simultáneo o previo de la totalidad de las cantidades debidas al tiempo de la resolución judicial que impone la continuación del contrato. Serán aplicables, en consecuencia, las reglas comunes sobre pago de los créditos contra la masa (arts. 84.3 y 154 LC).

**3.-** El régimen jurídico resultante de los arts. 68 a 70 LC (en contraste con el del art. 62.3) en la concreta cuestión ahora analizada sobre el momento del pago o consignación de los respectivos créditos a que se refieren aquellos preceptos, ha quedado más clara en la redacción de los arts. 166 a 168 del texto refundido de la Ley **Concursal**, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, que reproduce el contenido de aquellos artículos pero con una redacción que despeja cualquier duda sobre la cuestión, al precisar que “la notificación del ejercicio de la facultad de rehabilitación a la otra parte del contrato deberá realizarse por la administración **concursal** antes de que finalice el plazo para presentar la comunicación de créditos, “con previa o simultánea satisfacción o consignación” de las cantidades debidas al momento de la rehabilitación y con asunción de los pagos futuros con cargo a la masa” (arts. 166.2 y 167.2 TRLC).

Sin embargo, la redacción del art. 164 del texto refundido, equivalente al art. 62.3 LC, es idéntica a la de este último, lo que confirma la diferencia entre el régimen jurídico, en esta cuestión, propio de los supuestos de continuación forzosa del contrato de tracto sucesivo a pesar de concurrir causa de resolución, y los de rehabilitación de préstamos, créditos y adquisición con precio aplazado, y de enervación de desahucios arrendaticios.

Aunque el texto refundido de 2020 no estaba vigente al tiempo a que se refieren los hechos de la litis, tiene en este caso un indudable valor aclaratorio, explicativo o de concreción, del significado y alcance de las normas contenidas en los arts. 68 a 70 LC de 2003, del que resulta un claro contraste, en el extremo aquí relevante, con el régimen propio del art. 62.3 LC.

## 7. Efectos de la declaración de concurso. Requisitos para recurrir

### STS 629/2020, 24 de noviembre

Reitera la jurisprudencia según la cual del art. 51.3 LC se extrae que cuando después de iniciado el procedimiento y antes de dictar sentencia se declara a una parte en concurso, la interposición de un recurso de apelación en los casos de simple intervención de facultades requiere la autorización de la administración concursal que puede ser previa o posterior mediante ratificación, lo que recoge el art. 119 TRLC que asume la interpretación jurisprudencial.

*Es cierto que la [sentencia de esta sala 321/2012, de 28 de mayo](#), interpretó el art. 54 LC, en contraposición al art. 51 LC, en el sentido de que cuando la declaración de concurso haya supuesto sólo la intervención de las facultades patrimoniales del deudor, "la ley (...) exige la conformidad de la administración concursal cuando los procesos declarativos se hubieran iniciado después del auto de declaración del concurso, pero no cuando en tal momento estuvieren ya pendientes". Pero se trata de una única sentencia que no llegó a conformar propiamente jurisprudencia conforme al art 1.6 CC, pues este tribunal más tarde varió esta doctrina en varias sentencias que sí han establecido una doctrina jurisprudencial ([sentencias 295/2018, de 23 de mayo](#), [570/2018, de 15 de octubre](#) y [389/2020, de 1 de julio](#)).*

*De acuerdo con esta doctrina jurisprudencial, en aquellos casos en que se declaró el concurso después de que se hubiera iniciado el juicio declarativo en el que es parte la concursada, pero antes de que se dictara sentencia, si en ese momento rigiera una simple intervención de facultades patrimoniales y también cuando se hubiera acordado la suspensión mientras la administración concursal no haga efectiva la sustitución del deudor concursado en los procesos judiciales pendientes, resulta de aplicación*

*lo previsto en el art. 51.3 LC interpretado de acuerdo con lo previsto en el art. 54.2 LC:*

*"(...) el concursado, bajo el régimen previsto en el apartado 3 del art. 51 para los casos de intervención (...), mantiene en ese pleito la capacidad procesal, pero su legitimación procesal queda condicionada al régimen de autorizaciones previsto en este precepto. Es lógico por ello que, una vez dictada la sentencia de primera instancia, para recurrir en apelación necesitara la conformidad de la administración concursal. Aunque esta exigencia de conformidad no esté explicitada en el art. 51.3 LC respecto de la actuación procesal de recurrir la sentencia, debemos considerarla integrada, a la vista de lo regulado en el art. 54.2 LC respecto del ejercicio de acciones del concursado.*

*"Esta exigencia responde a la lógica de la limitación de facultades patrimoniales y la prevención legal de que una incontrolada actuación procesal de la concursada pueda generar gastos injustificados para la masa de activa, en perjuicio de los acreedores"* (sentencia [295/2018, de 23 de mayo](#), reiterada por las sentencias [570/2018, de 15 de octubre](#), y [389/2020, de 1 de julio](#)).

Sin perjuicio de que también hayamos entendido que la "conformidad de la administración concursal" para recurrir admite no sólo la previa autorización, sino también la posterior ratificación

## 8. Resoluciones recurribles. Sentencia que aprueba el convenio. Falta de apertura sección calificación

### STS 456/2020, 24 de julio

Admite la posibilidad de recurrir en apelación la sentencia que apruebe el convenio de manera exclusiva en lo relativo al pronunciamiento sobre la no apertura de la sección

de calificación aunque no se haya formulado previamente oposición a la aprobación del convenio.

*En relación a lo que podría ser objetado por los acreedores para la aprobación del convenio, está claro que si no hicieron uso de la impugnación en el momento y por el trámite que la ley les concede en los reseñados arts. 128 y 129 LC, más tarde, no podrán recurrir en apelación la sentencia de aprobación del convenio.*

...

*El motivo de apelación que la Audiencia estima se refiere a un pronunciamiento consiguiente a la aprobación del convenio, el relativo a si procede o no abrir la sección de calificación conforme a lo prescrito en el art. 167.1 LC. Dicho de otro modo, lo que se impugna en este motivo de apelación es ajeno a lo que podía ser causa de oposición a la aprobación del convenio. Se hace valer en la apelación de la sentencia de aprobación del convenio porque, como un efecto consiguiente a la aprobación y en aplicación de las previsiones legales (art. 167.1 LC), la sentencia decide no abrir la sección de calificación. Es una cuestión ajena al posible debate sobre la procedencia de la aprobación del convenio y se refiere más bien a los efectos legales derivados de la sentencia de aprobación, que no había podido ser debatida de antemano por el trámite de oposición a la aprobación del convenio.*

*De hecho, el único cauce para que pudiera ser revisada la decisión del juez de no abrir la sección de calificación es recurrir la decisión que se contiene en la propia sentencia de aprobación del convenio, como un pronunciamiento consiguiente a dicha aprobación.*

*Por esta razón, cabía recurrir en apelación la sentencia para impugnar el pronunciamiento de no apertura de la sección de calificación, basado en razones ajenas a la procedencia de la aprobación del convenio, aunque los recurrentes no hubieran hecho valer sus razones en el trámite*

*de oposición a la aprobación del convenio, y sin infringir el denunciado art. 456 LEC, ni tampoco el art. 128 LC.*

### III. PROPIEDAD INDUSTRIAL

#### 1. Marcas. Mala fe en el registro

##### STS 625/2020, de 23 de noviembre

Analiza los requisitos para apreciar mala fe en el registro de la marca

*De este modo, ni el hecho de que el solicitante conociera las marcas registradas y empleadas en el extranjero, ni la mera semejanza entre los signos y el eventual riesgo de confusión, son suficientes para oponer la nulidad del registro de la marca del demandado. Debe concurrir algo más, lo que confiere el desvalor de la mala fe al registro de la marca.*

**5.** Recientemente, el TJUE ha concretado más el contenido de este concepto de la mala fe en el registro de la marca, en concreto en la [STJUE 12 de septiembre de 2019, Koton Maðazacilik \(C-104/18 P\)](#), citada en los apartados 74 y 75 de la [STJUE de 29 de enero de 2020, Sky \(C-371/18\)](#):

*El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de declarar que, mientras que, conforme a su sentido habitual en el lenguaje corriente, el concepto de "mala fe" presupone una actitud o una intención fraudulenta, a efectos de su interpretación debe tenerse en cuenta el contexto particular del Derecho de marcas, que es el del tráfico económico. En este sentido, las normas de la Unión en materia de marcas tienen por objeto, en particular, contribuir a un sistema de competencia no falseada en la Unión en el que cada empresa, a fin de captar la clientela por la calidad de sus productos o de sus servicios, debe tener*

la posibilidad de hacer que se registren como marca los signos que permiten al consumidor distinguir sin confusión posible tales productos o servicios de los que tienen otra procedencia (sentencia de 12 de septiembre de 2019, Koton Mađazacilik Tekstil Sanayi ve Ticaret/EUIPO, C-104/18 P).

Por consiguiente, la causa de nulidad absoluta recogida en el artículo 51, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 40/94 y en el artículo 3, apartado 2, letra d), de la Directiva 89/104 se aplica cuando de indicios pertinentes y concordantes resulta que el titular de una marca no ha presentado la solicitud de registro de dicha marca con el objetivo de participar de forma leal en el proceso competitivo, sino con la intención de menoscabar, de un modo no conforme con las prácticas leales, los intereses de terceros o con la intención de obtener, sin tener siquiera la mira puesta en un tercero en particular, un derecho exclusivo con fines diferentes a los correspondientes a las funciones de la marca, sobre todo a la función esencial de indicar el origen de los productos o servicios mencionada en el apartado 45 de la presente sentencia (sentencia de 12 de septiembre de 2019, Koton Mađazacilik Tekstil Sanayi ve Ticaret/EUIPO, C-104/18 P).

A la vista de las circunstancias propias de este caso, antes reseñadas, no puede concluirse que el registro de la marca española núm. 3.010.840 no tuviera por guía participar de forma leal en el proceso competitivo. La marca fue registrada para ser usada, con una finalidad adecuada a las funciones de la marca, y en concreto para distinguir el origen de los productos o servicios. Como ya hemos apuntado antes, se registra este signo porque resulta una marca atractiva, en sí misma y en relación con las funciones de la marca. No se registró para con ella aprovecharse del prestigio de la demandante, esto es, no conllevaba su uso ningún aprovechamiento desleal de la reputación ajena; ni tampoco para obstaculizar la actividad de la demandante en el mercado español. El posible o eventual me-

noscabo de los intereses de la demandante, se habría llevado a cabo de un modo conforme a las prácticas leales.

## IV. CONTRATO DE SEGURO

### 1. Contrato de seguro. Beneficiario

#### STS 636, 25 noviembre

La sentencia concluye que el beneficiario del seguro colectivo de vida era la pareja del asegurado fallecido a pesar de no estar unidos en matrimonio al apreciar en él la intención de atribuirle la condición de beneficiaria a la que fue su pareja al adherirse a la póliza colectiva.

**4.-** La condición de beneficiario de un seguro no se puede confundir con la de asegurado, que es el sujeto de derecho cuya persona o bienes están expuestos a un riesgo; mientras que el beneficiario es quien tiene derecho a reclamar la prestación del asegurador. Normalmente coinciden en los seguros de daños el tomador, asegurado y beneficiario, mas no es este el caso que nos ocupa, en el que se trata de un seguro de accidentes sobre la vida del asegurado que desafortunadamente falleció, convirtiéndose el riesgo pactado en siniestro indemnizable.

El beneficiario es un tercero con respecto al contrato de seguro a cuyo favor, no obstante, se celebra y que, en virtud de una estipulación contractual, que no tiene necesariamente que conocer, está legitimado para percibir la prestación de la compañía aseguradora. Su derecho nace de la designación en la póliza, para lo cual no se precisa su consentimiento y, de esta forma, se le confiere un derecho propio, no de naturaleza sucesoria, que tiene su raíz en el contrato de seguro concertado.

Ahora bien, en este caso, la póliza tiene unas connotaciones específicas, en tanto en cuanto se trata de una póliza de seguro colectivo derivada de la necesidad de contar con un seguro de accidentes los deportistas federados, asumiendo la federación su celebración con la demandada.

...

**5.-** Es preciso destacar también que, en el caso enjuiciado, no estamos dirimiendo una cuestión concerniente a la interpretación de una norma legal y su carácter discriminatorio con respecto a una pareja de hecho. Tampoco su objeto consiste en resolver una controversia relativa al régimen jurídico aplicable a las relaciones existentes entre los componentes de una unión more uxorio. No se trata de ningún litigio concerniente a las relaciones personales y patrimoniales de los miembros de la pareja.

La cuestión debatida es otra bien distinta, concerniente a la interpretación del contenido y alcance de la cláusula 12 de las condiciones particulares de la póliza, en la que se atribuye la condición de beneficiario del seguro, en primer término, al cónyuge, y si puede reputarse como tal, por asimilación, a la demandante, en su condición de pareja de hecho inscrita en el Registro de Parejas de Hecho del País Vasco; o dicho de otra forma, si era esa la intención del fallecido al adherirse al contrato de seguro suscrito.

...

**7.-** Pues bien, en este caso, el asegurado y la demandante no contrajeron matrimonio, pero convivían more uxorio, como una esposa y un esposo, desde el año 2001; es decir 14 años antes de la producción del siniestro asegurado.

En el ejercicio de su libertad personal la actora y su desafortunada pareja decidieron constituir una unidad de relación afectivo-sexual, de carácter estable, sin llegar a formalizarla en matrimonio y, al cumplir los requisitos establecidos

en la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho del País Vasco, se inscribieron como tales en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma, desde noviembre de 2003.

Con tan concluyente acto jurídico expresaron su intención inequívoca de vivir juntos, constituir una comunidad de vida, con el elenco de derechos que le confería la mentada normativa, fundamentalmente de naturaleza jurídico pública, pero también relativos al acogimiento y adopción de menores, incluso sucesorios y otros, pero lógicamente con sujeción al régimen dispositivo derivado de la doctrina del Tribunal Constitucional ([STC 93/2013, de 23 de abril](#)).

Al adherirse al contrato de seguro, el asegurado aceptó las condiciones de la póliza y, entre ellas, la preferencia del cónyuge como beneficiario de la indemnización objeto de cobertura para el caso de fallecimiento con preferencia sobre los padres.

Es cierto que, literalmente, cónyuge es la persona que se encuentra unida a otra en matrimonio, y, en este caso, la actora y el asegurado no lo habían contraído, pero del acto de adhesión a la póliza por el finado, aceptando el orden de preferencia entre los beneficiarios, al no hallarse casado, pero sí unido more uxorio, con carácter estable, en armoniosa convivencia, durante años e inscrito en el Registro autonómico, permite deducir su intención de atribuir la condición de beneficiaria a la que fue su pareja, sin que ello quepa considerarlo como expresión de una falta de cariño o afecto a sus progenitores igualmente demandantes, sino favorecer la posición jurídica de la que fue su compañera de vida y con la que compartió su existencia como manifestación del libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE). Una cosa es adoptar una decisión de no contraer matrimonio y vivir como un matrimonio bajo una relación more uxorio con publicidad registral, y otra distinta la de ser beneficiario de un seguro.

**8.-** En definitiva, consideramos que, en la interpretación de la condición particular 12 de la póliza, habrá de tenerse en cuenta, no la voluntad de la Federación, sino la intención del asegurado adherente, el desafortunado D. Millán, que estimamos era atribuir a la deman-

dante D.<sup>a</sup> Marí Juana la condición de beneficiaria preferente de la cobertura del seguro por el riesgo de fallecimiento, la cual además es quien viene percibiendo la pensión de viudedad de su finada pareja en cuantía de 4 15,90 euros mensuales.

## NOVEDADES JURISPRUDENCIALES SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

**Autor:** María del Mar Hernández Rodríguez

**Cargo:** Magistrada especialista en Derecho mercantil

### SUMARIO

- I. CLÁUSULA GASTOS. GASTOS DE GESTORÍA
- II. CLÁUSULA GASTOS. GASTOS DE TASACIÓN
- III. CLÁUSULA SUELO. TRANSACCIÓN. RENUNCIA DE ACCIONES
- IV. CLÁUSULA IRPH
- V. NOVACIÓN CLÁUSULA SUELO. REDUCCIÓN DEL SUELO. CLÁUSULA DE RENUNCIA DE ACCIONES

#### I. CLÁUSULA GASTOS. GASTOS DE GESTORÍA

##### STS 555/2020 26 de octubre

Tras reiterar la doctrina sobre los efectos restitutorios derivados la nulidad de la conocida como cláusula gastos en relación a los gastos de notaría y registro, asumiendo la

sentencia de 16 de julio de 2020 del TJUE, se pronuncia sobre los gastos de tasación resolviendo que deben ser devueltos en su totalidad al consumidor.

5. Respecto de los gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora del impuesto, en la [sentencia 49/2019, de 23 de enero](#), en-

*tendimos que como "cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad".*

*Este criterio no se acomoda bien a doctrina contenida en la STJUE de 16 de julio de 2020, porque con anterioridad a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, no existía ninguna previsión normativa sobre cómo debían abonarse esos gastos de gestoría. En esa situación, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva. Razón por la cual, estimamos también en este extremo el recurso de casación.*

## II. CLÁUSULA GASTOS. GASTOS DE TASACIÓN

### STS 35/2021, de 27 de enero

Tras reiterar la doctrina jurisprudencial sobre los efectos de la nulidad de la conocida como cláusula gastos en relación a los notariales, registrales y de gestoría, se pronuncia el Tribunal Supremo sobre los gastos de tasación atendiendo a la [sentencia de 16 de julio de 2020 del TJUE](#). Establece que deben ser restituidos en el 100% al consumidor.

*Los denominados gastos de tasación son el coste de la tasación de la finca sobre la que se pretende constituir la garantía hipotecaria. Aunque la tasación no constituye, propiamente, un requisito de validez de la hipoteca, el art. 682.2.1o LEC requiere para la ejecución judicial directa de la hipoteca, entre otros requisitos:*

*«Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario».*

*La exigencia de la tasación de la finca de conformidad con la Ley de Mercado Hipotecario y su constancia mediante la correspondiente certificación es, además, un requisito previo para la emisión de valores garantizados. Así se desprende del art. 7 de la Ley, cuyo apartado 1 dispone lo siguiente:*

*Para que un crédito hipotecario pueda ser movilizado mediante la emisión de los títulos regulados en esta Ley, los bienes hipotecados deberán haber sido tasados por los servicios de tasación de las Entidades a que se refiere el artículo segundo, o bien por otros servicios de tasación que cumplan los requisitos que reglamentariamente se establecerán».*

*El apartado 2 de este art. 7, encomienda al Ministerio de Economía y Comercio, «las normas generales sobre tasación de los bienes hipotecables, a que habrán de atenerse tanto los servicios de las Entidades prestamistas como las Entidades especializadas que para este objeto puedan crearse».*

*Ni el RD 775/1997, de 30 de mayo, sobre régimen jurídico de homologación de los servicios y sociedades de tasación, ni la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles, contienen disposición normativa alguna sobre quién debe hacerse cargo del coste de la tasación.*

*De ahí que, de acuerdo con la [STJUE de 16 de julio de 2020](#), ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una*

parte de esos gastos, no cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva.

Cuando resulte de aplicación la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, los gastos de tasación corresponderán al prestatario, por haberlo prescrito así en el apartado i) de su art. 14.1.e).

### III. CLÁUSULA SUELO. TRANSACCIÓN. RENUNCIA DE ACCIONES

#### STS 16/2021 19 de enero

El Tribunal Supremo concluye que cuando la cláusula de renuncia a las acciones derivadas de la nulidad de una condición general de la contratación (cláusula suelo) inserta en un contrato de novación ha sido negociada, no es posible aplicar los controles de incorporación, transparencia y abusividad únicamente admitidos en el caso de condiciones generales de la contratación no negociadas.

*el recurso debe ser desestimado porque prescinde de que la verdadera razón que tuvo en cuenta la sentencia recurrida para desestimar la apelación de los demandantes y confirmar la desestimación de su petición de declaración de nulidad por falta de transparencia de la cláusula es que hubo negociación. La Audiencia ha concluido que los prestatarios, conocedores de la existencia de la cláusula suelo en la hipoteca que concertaron en enero de 1998, porque desplegó sus efectos, negociaron en 2006 una novación del préstamo en la que ampliaron el capital prestado y la duración del préstamo, y también modificaron, en su exclusivo beneficio, el tipo de la cláusula suelo. En su recurso, los demandantes están prescindiendo de la base de la que parte la sentencia, que la novación*

*que recoge la escritura de 16 de mayo de 2006 fue fruto de la negociación y que hubo pleno conocimiento de los consumidores sobre lo que pactaban.*

Como recuerdan, entre otras, las [sentencias 660/2019, de 11 de diciembre](#), y [361/2019, de 26 de junio](#), los controles de incorporación, transparencia y abusividad del contenido son aplicables a las condiciones generales de la contratación. En concreto, los controles de transparencia y abusividad del contenido son aplicables a las cláusulas no negociadas en los contratos celebrados con consumidores. Por tanto, si una cláusula ha sido negociada, no son aplicables estos controles. La condición de consumidor de uno de los contratantes no excluye la aplicación de esta regla.

*Así las cosas, la impugnación formulada en el recurso no puede ser estimada, pues el control de transparencia solo es aplicable a las cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores, y la sentencia recurrida considera como hecho probado que hubo negociación. Por tanto, las alegaciones sobre cómo debe realizarse ese control de transparencia son irrelevantes, pues la cláusula suelo de la escritura de novación no es susceptible de ser sometida a tal control, al ser una cláusula negociada.*

### IV. CLÁUSULA IRPH

#### STS 595/2020, 12 noviembre

La sentencia, asumiendo la jurisprudencia del TJUE, entiende que la conocida como cláusula IRPH supera el control de abusividad. Recuerda que la falta de transparencia no conlleva la necesaria abusividad de una cláusula sino que únicamente permite el control de abusividad respecto a las condiciones



que contengan los elementos esenciales del contrato. En cuanto al control de abusividad y el examen de si se produce un desequilibrio en contra de las exigencias de la buena fe lo considera improbable al tratarse de un índice oficial, aprobado por la autoridad bancaria, y no poderse conocer a priori su evolución futura negativa para el consumidor. En relación al examen del desequilibrio importante recuerda que debe valorarse en el momento de suscribirse el contrato), por lo que la evolución más o menos favorable del índice durante el tiempo de vida del contrato, no puede ser determinante para apreciar ese desequilibrio.

El asunto resuelto se correspondía con un préstamo para la adquisición de una vivienda de protección oficial. En el mismo sentido se resuelve en contratos de préstamo para la adquisición de viviendas que no tienen tal condición en las [STS número 596, 597 y 598/2020](#), de igual fecha.

**4.-** *Conforme a lo expuesto, a fin de cumplir con las exigencias de transparencia establecidas por el TJUE, para que se entienda que la suscripción de un contrato de préstamo hipotecario con un tipo de interés variable referenciado al índice IRPH supera el control de transparencia (apartados 52 a 54 de la [sentencia de 3 de marzo de 2020](#)), debe tenerse en cuenta, fundamentalmente:*

*(i) la publicación, a través del BOE, de los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros, por lo que «resultan fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario»; en concreto afirma el TJUE que «esta circunstancia permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades, y que, en el contrato de préstamo*

*hipotecario en cuestión, ese índice se redondeaba por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en el 0,25 %».*

*(ii) el cumplimiento por la entidad de crédito de la obligación de informar a los consumidores, conforme a la normativa nacional antes reseñada, de «cual había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible».*

*Afirma el TJUE que «tal información también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés».*

*Por el contrario, la STJUE, como veremos en el siguiente fundamento, descarta que las entidades bancarias tuvieran obligación de facilitar información comparativa sobre los distintos índices oficiales, sobre su evolución futura o de asesorar a sus clientes sobre el mejor préstamo posible. La herramienta más adecuada para la comparación entre el coste global de unas y otras modalidades de financiación sería, en todo caso, la TAE.*

**QUINTO.-** *El control de contenido o abusividad: que la cláusula, eventualmente, no sea transparente, no quiere decir que siempre y automáticamente sea abusiva*

**1.-** *En todo caso, que la cláusula no sea transparente no implica necesariamente que sea abusiva. Respecto de los elementos esenciales del contrato (precio y prestación) se desprende del art. 4.2 de la Directiva 93/13, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, que los controles de transparencia y abusividad son diferentes y el primero es presupuesto o antecedente del segundo.*

...

Es decir, en tales casos, la declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad (sentencias de esta sala [171/2017, de 9 de marzo](#); [538/2019, de 11 de octubre](#); [121/2020, de 24 de febrero](#); y [408/2020, de 7 de julio](#)).

Como advertimos en la [sentencia 241/2013, de 9 de mayo](#): «la falta de transparencia no supone necesariamente que [las condiciones generales] sean desequilibradas». En este mismo sentido, la [STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, caso Banco Primus](#), declaró que la falta de transparencia no eximía de realizar el juicio de abusividad, sino que simplemente permitía proyectarlo a los elementos esenciales del contrato

....

**3.-** Como advirtieron las [SSTJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus](#), y de [3 de octubre de 2019, C-621/17, Gyula Kiss](#), a efectos del juicio de abusividad, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido, para analizar si el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Y respecto a en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «contrariamente a las exigencias de la buena fe», habrá que comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.

**4.-** En cuanto a la buena fe, parece difícil que se pueda vulnerar por ofrecer un índice oficial,

aprobado por la autoridad bancaria, salvo que se pudiera afirmar que se podía conocer su evolución futura y esta fuera necesariamente perjudicial para el prestatario y beneficiosa para la entidad prestamista. Lo que como hemos visto, no es el caso, ya que tal evolución futura no depende de la voluntad del predisponente.

La referencia IRPH fue recomendada por el Banco de España a finales de 1993 como uno de los tipos que podían ser utilizados para las operaciones de crédito hipotecario a tipo de interés variable. En la Circular 5/1994, de 22 de julio, se incluyó como índice de referencia oficial, de forma que el Banco de España se comprometió a publicarlo regularmente, con las ventajas desde el punto de vista de la oficialidad que implicaba su uso.

...

Junto a ello, a estos efectos del juicio de buena fe, no es desdeñable que el Gobierno central y varios Gobiernos autonómicos, en la fecha de suscripción del contrato y en la actualidad, a través de diversas disposiciones reglamentarias, tengan establecido el índice IRPH como referencia para la financiación (obtención de préstamos) de la adquisición de viviendas de protección oficial –VPO– (véase la respuesta negativa de la Secretaría de Estado de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, de junio de 2020, a la recomendación del Defensor del Pueblo de sustituir el índice IRPH por el Euríbor u otro índice oficial en viviendas de protección oficial).

Es decir, tanto la Administración General del Estado como diversas Administraciones autonómicas han venido considerando, a través de normas reglamentarias, que el índice IRPH era el más adecuado para utilizarlo como índice de referencia en el ámbito de la financiación protegida destinada a la adquisición de viviendas de protección oficial, en el que el grado de intensidad de protección del consumidor se incrementa en atención al ámbito subjetivo de

los beneficiarios que pueden acceder a dicha financiación. Por lo que resulta ilógico considerar como una actuación contraria a la buena fe la incorporación de ese mismo índice a contratos de préstamo hipotecario concertados fuera de ese ámbito de financiación oficial.

...

**5.-** Respecto al otro parámetro –desequilibrio importante–, debe ser valorado en el momento de suscripción del contrato (art. 4.1 de la Directiva 93/13), por lo que la evolución más o menos favorable del índice durante el tiempo de vida del contrato, no puede ser determinante. Máxime cuando no consta que el prestamista tenga influencia razonable en esa evolución. Las cláusulas de determinación del tipo de interés variable por referencia a un índice buscan la actualización a valores de mercado del precio del préstamo, sin que dicha actualización pueda depender directamente de la voluntad de una de las partes.

...

**6.-** En todo caso, como ya indicamos en la [sentencia 669/2017, de 14 de diciembre](#), que en un determinado momento de la vida del préstamo el IRPH se separe desfavorablemente de otros índices (específicamente, el Euribor) no quiere decir que se vaya a comportar siempre así durante el resto de vigencia del contrato.

## V. NOVACIÓN CLÁUSULA SUELO. REDUCCIÓN DEL SUELO. CLÁUSULA DE RENUNCIA DE ACCIONES

### STS 581/2020, de 5 de noviembre y STS 580/2020, de 5 de noviembre

El Tribunal Supremo se pronuncia sobre el pacto de novación con renuncia de acciones a la luz de la sentencia TJUE de 9 de julio de

2020. Considera nula la cláusula de renuncia de acciones incluida en un contrato de novación. Sin embargo, concluye que supera el control de transparencia la cláusula que nova el interés del préstamo, reduciendo el suelo.

**5.-** Si proyectamos esta doctrina sobre la estipulación primera del contrato privado de 25 de junio de 2014 que reduce el suelo inicialmente pactado del 4,25% al 2,75%, hemos de advertir, como ya lo hicimos en la [sentencia 205/2018, de 11 de abril](#), que esa cláusula no está negociada individualmente, y por lo tanto debe ser objeto de un control de transparencia.

Las pautas interpretativas expuestas por la STJUE de 9 de julio de 2020, respecto de la introducción de una cláusula suelo en un contrato de préstamo hipotecario deben aplicarse también a la cláusula de un posterior acuerdo contractual, no negociado individualmente, que modifica la inicial cláusula suelo.

De una parte, hemos de partir de las circunstancias concurrentes, entre las que destaca el contexto en el que se lleva a cabo la novación: unos meses después de que la [sentencia del pleno de esta sala 241/2013, de 9 de mayo](#), provocara un conocimiento generalizado de la eventual nulidad de estas cláusulas suelo si no cumplían con el control de transparencia, y que el efecto de esta nulidad sería a partir de la fecha de esa sentencia.

Si bien, como afirma el TJUE, la transcripción manuscrita en la que los prestatarios afirman ser conscientes y entender que el tipo de interés de su préstamo nunca bajará del 2,75% no es suficiente por sí sola para afirmar que el contrato fue negociado individualmente, sí puede contribuir, junto con otros elementos, a apreciar la transparencia. Así lo entendimos en la [sentencia 205/2018, de 11 de abril](#): “Aunque no necesariamente la transcripción manuscrita de la cláusula equivale a su comprensibilidad real por el consumidor que la transcribe, es indudable que contribuye a resaltar su exis-

tencia y contenido". Además, sin obviar que la prestataria conocía cómo había repercutido la originaria cláusula suelo en los meses anteriores, consta también la puesta a disposición de la evolución del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés, que expresamente se resalta que en ese momento era del 0,491%.

De este modo, cuando se modificó la cláusula, la prestataria sabía de la existencia de la cláusula suelo, que era potencialmente nula por falta de transparencia y de la incidencia que había tenido.

Al margen de lo anterior, el TJUE entiende que la información que debía suministrarse al prestatario consumidor debía permitirle conocer las consecuencias económicas derivadas del mantenimiento de la cláusula suelo en el 2,75%, y menciona expresamente la relativa a la evolución pasada del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés

Este criterio de transparencia se habría cumplido en este caso, pues consta el conocimiento de esta evolución del índice y sus concretas consecuencias económicas, por la incidencia práctica que había tenido esta evolución en la concreción de la cuantía de la cuota periódica que había venido pagando, y en el propio documento se especifica el valor del índice en ese momento (0,491%).

Además, esta información de la evolución de los índices de referencia oficiales era objeto de publicación oficial y periódica por el Banco de España, conforme a la disposición adicional segunda de la Orden del Ministerio de Economía de 5 de mayo de 1994, y a la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España.

Por todo lo cual, hemos de concluir que la cláusula de modificación cumplía con estas exigencias de transparencia.

**6.-** En cuanto a la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones

...

Al examinar el tenor la estipulación tercera del contrato privado de 25 de junio de 2014, se advierte que la renuncia de acciones, por los términos en que está redactada, va más allá de la controversia suscitada en torno a la cláusula suelo, ya que se refiere genéricamente a "cualquier acción que traiga causa de su formalización y clausulado –del contrato de préstamo–, así como por las liquidaciones y pago realizados hasta la fecha". Si la cláusula de renuncia se hubiera limitado a las acciones relativas a la validez de la cláusula suelo y a las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, en tal caso podría ser tenida en consideración para analizar si la información suministrada resultaba suficiente, en atención a las circunstancias del caso, para comprender las consecuencias jurídicas de la renuncia. En la medida en que la cláusula de renuncia abarca cuestiones ajenas a la controversia que subyace al pretendido acuerdo transaccional, no puede reconocerse su validez.

**7.-** En consecuencia, apreciamos la validez de la estipulación primera del contrato privado de 25 de junio de 2014 que modifica la originaria cláusula suelo (4,25%), en el sentido de situarla a partir de entonces en el 2,75%; y la nulidad de la cláusula tercera de renuncia de acciones. Esta última cláusula, que ha sido incluida por el banco en su propio interés, se debe tener por no puesta y por ello ha de ser removida del contrato transaccional. Subsiste el resto del acuerdo que, situados en el momento en que fue alcanzado (con las incertidumbres de entonces sobre la validez de la cláusula suelo y la limitación de efectos retroactivos si se declara nula), y una vez suprimida la cláusula de renuncia de acciones, gira esencialmente en torno a la cláusula primera que reduce el suelo al 2,75%: frente al actual o potencial interés del prestatario de que se suprima la cláusula suelo, el banco accede a reducir el límite, asegurándose que, cuando menos a partir de entonces, la cláusula suelo es aceptada de forma inequívoca, cumplidas las exigencias de transparencia.

## DIRECCIÓN

### **María del Mar Hernández Rodríguez**

Magistrada Especialista CGPJ en asuntos mercantiles

## COMITÉ TÉCNICO

### **Javier Antón**

Magistrado Especialista CGPJ en Mercantil

### **Ángel Hernández Román**

Abogado y administrador de fincas

## COLABORADORES PERMANENTES

### **José María Fernández Seijo**

Magistrado Especialista CGPJ en Mercantil. Audiencia Provincial de Barcelona

### **Ana María Gallego Sánchez**

Magistrada especialista CGPJ en Mercantil. Juzgado de lo mercantil n.º 12 de Madrid

### **Núria A. Orellana Cano**

Magistrada Especialista de lo Mercantil. Audiencia Provincial de Málaga

### **Enrique Sanjuan Muñoz**

Magistrado especialista en derecho Mercantil. AP de Málaga

### **José María Tapia López**

Magistrado Especialista en Mercantil

### **Javier Anton**

Magistrado Especialista CGPJ en Mercantil

### **Jose María Blanco**

Magistrado en excedencia, Counsel en Uría y Menéndez

### **María del Mar Hernández Rodríguez**

Magistrado Especialista CGPJ en Mercantil. AP de Cantabria

### **Amaya Merchán González**

Magistrada del Juzgado de lo Penal nº 4 de Santander

**Contacto**

**vLex Networks SL**

Edificio Ecourban  
Almogàvers 119-123  
08018 Barcelona

T: 932 722 685

[www.vlex.es](http://www.vlex.es)

**Síguenos en las redes sociales**

