ÍNDICE

Página

ARTÍCULOS

- Conclusiones provisionales a propósito de la Ley 41/2007. *Francisco Uría Fernández* 7
- La normativa autonómica sobre Cajas de Ahorros. Un análisis comparado. *Rafael Rojo Álvarez-Manzaneda* 41

CRÓNICA

- Consideraciones sobre la revocación del cheque. *María Luisa Muñoz Paredes* 97
- Las reformas estatutarias en materia de ordenación del crédito: análisis de su constitucionalidad. *Óscar Meléndez Huelin* 121

JURISPRUDENCIA

- Inadmisión de la impugnación del acuerdo de fusión por absorción de Terra por Telefónica, por incumplimiento del Real Decreto 1197/1991, sobre OPA. *María Rosa Tapia Sánchez* 161

NOTICIAS

1. Creación de un Fondo de Adquisición de Activos Financieros. <i>Alberto Ayala</i>	181
2. Modificado al alza el importe de depósitos garantizado por el FGD. <i>Juan Sánchez-Calero</i>	182
3. Celebración por la Comunidad Europea de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. <i>Alfonso Guilarte Gutiérrez</i>	183
4. Circular del Banco de España sobre recursos propios mínimos y otras informaciones de las sociedades de garantía recíproca. <i>Isabel Fernández Torres</i> .	183
5. Nombramiento por la minoría del auditor de cuentas. <i>Christi Amesti Mendi-zábal</i>	184
6. Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (versión codificada). <i>Mónica Fuentes Naharro</i>	185
7. Desarrollos reglamentarios sobre las Instituciones de Inversión Colectiva en el segundo semestre del año 2008. <i>Alberto Javier Tapia Hermida</i>	186
8. Publicación del Texto Consolidado de las Normas Contables Internacionales. <i>Alberto Ayala</i>	188
9. Edición electrónica del Boletín Oficial del Registro Mercantil. <i>Alfonso Guilarte Gutiérrez</i>	189
10. Borrador de Circular sobre anuncio y solicitud de autorización de OPAs. <i>Isabel Fernández Torres</i>	190
11. La aplicación jurisprudencial de las cláusulas MAC (<i>Material Adverse Change</i>). <i>Mónica Fuentes Naharro</i>	191
12. Comunicación de la Comisión sobre las ayudas estatales a entidades financieras. <i>Juan Sánchez-Calero</i>	192
13. Propuesta de Directiva o Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Agencias de Calificación Crediticia. <i>Alberto Javier Tapia Hermida</i> .	194
14. VI Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil. <i>Isabel Fernández Torres</i>	195

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía	205
--------------------	-----

ARTÍCULOS

CONCLUSIONES PROVISIONALES A PROPÓSITO DE LA LEY 41/2007

FRANCISCO URÍA FERNÁNDEZ

Vicesecretario General y Jefe de la Asesoría Jurídica
Asociación Española de Banca

RESUMEN

El trabajo analiza los aspectos más importantes de la reforma hipotecaria abordada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, repasando los comentarios y críticas hasta ahora publicados, así como la doctrina que han ido elaborando la Dirección General de los Registros y del Notariado, el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores de la Propiedad. El trabajo expone como tesis fundamental que se trata de una modificación de gran calado, que cambiará criterios interpretativos tradicionales de nuestro Derecho Hipotecario y cuyas consecuencias empezamos a valorar transcurridos más de seis meses desde su entrada en vigor.

Palabras clave: *Transparencia, mercado hipotecario, créditos y préstamos hipotecarios, entidades de crédito, hipoteca de máximo, hipoteca inversa, subrogación hipotecaria, compensación por cancelación anticipada, seguro de dependencia, entidades de tasación.*

ABSTRACT

This paper refers to the main aspects of the recent reform of the mortgages regulation in Spain, through the 41/2007 Act, december the 7th, explaining the comments and critics that have been published until the moment, the interpretation of the General Directorate for the Registers and the Notaries. The principle thesis in the paper is that the new regulation brings a deep modification that is going to affect long lasting interpretative criterion in our Registers' Law. Its consequences are beginning to be evaluated more than six month after The Law came into force.

Key words: *Transparency, mortgages markets, mortgages credits and loans, credit institutions, "floating" mortgages, "reverse" mortgages, subrogation of mortgage loans, commission for early repayment, long-term care insurance, valuation companies.*

SUMARIO

- I. ADVERTENCIA PREVIA.
- II. ALGUNAS IDEAS GENERALES SOBRE LA LEY 41/2007.
- III. UNA PEQUEÑA CRÍTICA. LAS AUSENCIAS.

- IV. UNA REFORMA “EN CURSO”.
- V. CONTENIDOS DE LA LEY 41/2007. DESCRIPCIÓN GENERAL.
- VI. OBLIGACIONES DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN DE PRÉSTAMOS Y CRÉDITOS HIPOTECARIOS.
- VII. LA NUEVA REGULACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO.
- VIII. EL RÉGIMEN DE LAS ENTIDADES DE TASACIÓN.
- IX. LA COMPENSACIÓN POR AMORTIZACIÓN ANTICIPADA.
- X. EL ACUERDO SOBRE GRATUIDAD DE LA AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.
- XI. LAS MODIFICACIONES DE LA LEY HIPOTECARIA.
- XII. EL NUEVO PROCEDIMIENTO DE SUBROGACIÓN HIPOTECARIA.
- XIII. SUBROGACIÓN Y MODIFICACIÓN HIPOTECARIA. ASPECTOS SUSTANTIVOS.
- XIV. LA HIPOTECA INVERSA Y EL SEGURO DE DEPENDENCIA.
- XV. LA MODIFICACIÓN DE LA LEY DE HIPOTECA MOBILIARIA Y PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DE POSESIÓN, DE 16 DE DICIEMBRE DE 1954, CONTENIDA EN LA DISPOSICIÓN FINAL TERCERA DE LA LEY 41/2007.
 - 1. **La reforma del artículo 2 de la LHMPSD.**
 - 2. **La modificación del artículo 8 de la LHMPSD.**
 - 3. **La modificación del artículo 54 de la LHMPSD.**

XVI. CONCLUSIÓN.

I. ADVERTENCIA PREVIA

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de hipotecas inversas y el seguro de dependencia, y por la que se establece determinada norma tributaria, entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, que tuvo lugar el pasado 8 de diciembre de 2007.

Han transcurrido ya, sobradamente, los primeros seis meses de aplicación efectiva de la norma, lo que permite sentar algunas conclusiones preliminares, respecto de algunos de sus aspectos que suscitaron dudas iniciales en cuanto a su interpretación y alcance.

El presente trabajo, más que un completo análisis científico de la norma, pretende realizar un repaso de las distintas iniciativas que se han producido en los últimos meses para la aclaración de esos aspectos, entre las que han tenido un especial protagonismo, como no podía ser de otra manera, las resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado. En la medida en que algunos de estos instrumentos han tenido una difusión pública limitada, me ha parecido conveniente realizar una “recopilación” provisional de los que pueden considerarse más relevantes.

Se trata, en consecuencia, de un análisis parcial, limitado a esas cuestiones inicialmente controvertidas y centrado en los problemas que han tenido una mayor importancia para la actividad de las entidades de crédito. No obstante, al objeto de dotar al trabajo de una cierta coherencia interna, facilitando su lectura por parte del lector menos familiarizado con las cuestiones concretas que han sido debatidas en los últimos meses, me ha parecido conveniente completar ese análisis de temas específicos con una descripción general del contenido de la Ley 41/2007, en los aspectos directamente relacionados con la actividad de las entidades de crédito.

Por otra parte, el carácter provisional que, desde su título, se atribuye a estas reflexiones iniciales se debe a una doble circunstancia.

En primer lugar, al hecho de que todavía no contamos, no ya con una jurisprudencia consolidada sobre los aspectos más controvertidos, sino ni tan siquiera con las primeras resoluciones judiciales que nos permitan conocer cuál será la interpretación de los Jueces y Tribunales respecto de estas cuestiones.

Esa nota de provisionalidad tiene también su fundamento en la falta de desarrollo reglamentario de la norma. En efecto, tanto en el ámbito del mercado hipotecario, como en el de las obligaciones en materia de transparencia, tipos de referencia para el cálculo de la compensación por cancelación hipotecaria o determinados extremos relacionados con las sociedades de tasación o la hipoteca inversa, la Ley 41/2007 precisa de un desarrollo reglamentario que, a día de la fecha, no se ha producido.

En la medida en que ese desarrollo puede ser aprovechado para la aclaración o el desarrollo de los preceptos legales, cabe esperar que su futura aprobación contribuya a dotar de una mayor seguridad jurídica a las operaciones de interpretación y aplicación de la Ley 41/2007.

II. ALGUNAS IDEAS GENERALES SOBRE LA LEY 41/2007

La Ley 41/2007 constituye una auténtica “Ley de Medidas” en materia hipotecaria puesto que, simultáneamente, ha realizado una modificación de leyes de tanta importancia como la Ley Hipotecaria, la Ley 2/1981, de Regulación del Mercado Hipotecario, la Ley 2/1994, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sin embargo, a pesar de la impresión que pudieran producir su título y la amplitud de las normas “afectadas” por su entrada en vigor, no se trata, en absoluto, de una Ley extensa.

La Ley 41/2007, estructurada internamente en torno a capítulos y no a títulos, como es tradicional, está compuesta por trece artículos, siete disposiciones adicionales, una disposición transitoria única y diez disposiciones finales.

Si consideramos que parte de las disposiciones adicionales y finales están dedicadas a materias que poco o nada tienen que ver con las que son objeto central de la Ley 41/2007, llegaremos a la conclusión de que se ha producido una modificación de

calado de nuestro Derecho hipotecario, modificando algunos criterios interpretativos que tenían una dilatada proyección en el tiempo, a través de un reducido número de cambios normativos.

Se trata, en definitiva, de una Ley ambiciosa e importante, que trata de dar respuesta a objetivos variados y de gran alcance, como son los que se explicitan en su Exposición de Motivos cuando señala, como líneas de acción de la norma, “la eliminación de los obstáculos a la oferta de nuevos productos, la modernización del régimen de protección mediante la búsqueda de una transparencia más efectiva, que permita a los prestatarios tomar sus decisiones en función del riesgo real de los productos y la mejora de los instrumentos de financiación”.

Es una Ley que, aunque pueda parecer contradictorio, es, a la vez, tardía y oportuna. Resulta tardía porque, como suele suceder en nuestro Derecho, transcurrió un dilatado período de tiempo desde que comenzaron los trabajos previos a su elaboración, allá por el año 2004, hasta su aprobación final en diciembre de 2007. Y ello pese a su tramitación parlamentaria por el procedimiento de urgencia. Esta dilatada tramitación ha hecho que una Ley pensada para su aplicación a un momento claramente expansivo de la actividad de crédito, garantizado con distintos tipos de garantías, inicie ahora su aplicación en un momento claramente diferente, caracterizado por los problemas en los ámbitos inmobiliario y financiero (falta de liquidez en los mercados internacionales). Ello afectará, sin duda, al desarrollo a corto plazo de alguna de las nuevas figuras hipotecarias contenidas en la norma.

Ese carácter “tardío” no ha restado, sin embargo, oportunidad a la norma, por cuanto, más que nunca, el mercado hipotecario español se encontraba necesitado de una modernización que permitiera mejorar la competitividad internacional de los distintos instrumentos de refinanciación hipotecaria, así como la aparición de nuevos instrumentos con características propias, como los certificados de transmisión de hipoteca, regulados en la disposición final primera de la Ley 41/2007, que da nueva redacción al párrafo tercero del apartado dos de la disposición adicional quinta de la Ley 3/1994, de 14 de abril, por la que se adapta la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de Coordinación Bancaria.

La “oportunidad” de la norma se evidencia, también, en su clara apuesta por mejorar las posibilidades de financiación con garantía mobiliaria, y su correlativa movilización, la extensión de las posibilidades de refinanciación de créditos con garantía hipotecaria no ligados al sector inmobiliario residencial y por introducir nuevos mecanismos de financiación empresarial como, sin duda, ocurrirá de la mano de la “hipoteca de máximo” o “flotante” del nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria.

Sin perjuicio de la existencia de algunas deficiencias en su contenido, a las que se hará posterior referencia, la valoración global de la Ley es, a mi juicio, netamente positiva por el acierto del legislador al apostar decididamente por la “calidad” de las garantías hipotecarias y de los instrumentos para la refinanciación de los préstamos otorgados con aquéllas.

En este sentido, la creación de los nuevos registros contables, las previsiones relativas a los activos de sustitución o la aclaración del régimen concursal específica-

mente aplicable a los distintos instrumentos de refinanciación son, sin duda alguna, pasos adecuados para las necesidades de los mercados financieros españoles y para las entidades que emiten esos títulos.

Y es que la importancia de la “calidad” de los distintos instrumentos hipotecarios ha quedado recientemente puesta de manifiesto a raíz de la crisis financiera derivada de las denominadas “hipotecas subprime” norteamericanas. Las profundas diferencias existentes entre las hipotecas tal y como son configuradas en la regulación y en su aplicación práctica en el ordenamiento español y en el Derecho norteamericano hacen dudoso que una y otra figura jurídica puedan ser calificadas con un mismo término⁽¹⁾, pero no es menos cierto que la utilización de una terminología semejante puede dar lugar a confusión entre los analistas menos informados acerca de las singularidades del Derecho hipotecario español.

III. UNA PEQUEÑA CRÍTICA. LAS AUSENCIAS

Curiosamente, durante la tramitación del Anteproyecto y posterior Proyecto de Ley que dio origen a la Ley 41/2007, se produjo la supresión de algunas normas contenidas en el Anteproyecto en su día sometido al trámite de audiencia pública, que hubieran representado una clara mejora respecto del texto finalmente aprobado.

En el ámbito fiscal, el Anteproyecto contenía algunas disposiciones de gran interés, como la nueva configuración de la base imponible del impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales o la extensión objetiva de la exención en ese Impuesto respecto de las operaciones de novación hipotecaria, incluyendo las mismas operaciones que, en la versión definitiva de la Ley, se han beneficiado de una minoración en los aranceles notariales y registrales.

En una estrategia de abaratamiento de los costes asociados a este tipo de operaciones, hubiera parecido lógica la disminución de la presión fiscal a que están sometidas, especialmente si se considera que el impacto real de la tributación es muy superior al de los costes arancelarios. Que la reducción de costes haya quedado limitada a lo arancelario parece, en consecuencia, poco equilibrado, aun cuando esa decisión pueda ser entendible a la vista de la pérdida de recaudación que las Comunidades Autónomas pueden estar sufriendo en estas figuras tributarias como consecuencia de la situación actual de la economía española y, en particular, del sector inmobiliario.

Se trata de una cuestión sobre la que debiera reflexionarse y, probablemente, ya en el marco de la negociación del nuevo sistema de financiación autonómica, debatir la conveniencia de mantener o, al menos, someter a una profunda revisión, figuras impositivas que, como el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, responden a un momento histórico ya superado, en el que el documento público desempeñaba un papel esencial en el tráfico jurídico.

(1) Sobre esta cuestión, resulta del mayor interés el artículo publicado por el Profesor Lasarte Álvarez con el título “Crisis financiera estadounidense, tercero hipotecario y seguridad inmobiliaria: la STC 6/2008 y la reciente doctrina del TS” en el Diario *La Ley* núm. 6899, viernes 7 de mayo de 2008.

Las mismas razones que, justificadamente, motivaron la supresión del impuesto en los documentos judiciales y administrativos harían imprescindible la supresión respecto de los actos recogidos en documento notarial. Entendemos que esta aspiración constituye una de las reformas que han quedado pendientes en la modificación realizada respecto de las distintas operaciones hipotecarias.

También hubiera sido mejor el mantenimiento de las disposiciones que, en las primeras versiones del Anteproyecto de Ley, introducían previsiones específicas para la ejecución de la nueva figura de hipoteca (la hipoteca flotante o de máximo), regulada en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria.

Así, aun cuando se ha mantenido una previsión genérica relativa al posible ejercicio de la acción hipotecaria, de conformidad con lo previsto en los artículos 129 y 153 de la Ley Hipotecaria y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, consideramos que hubiera sido más correcto técnicamente, y más seguro para el futuro desarrollo de esta nueva institución de la hipoteca de máximo, la concreción de un régimen específico de ejecución acorde a sus singularidades, que habría de proyectarse sobre el vencimiento anticipado de las obligaciones garantizadas por este tipo de hipoteca en el supuesto de incumplimiento de alguna de ellas, etc...

No puede dejar de admitirse, no obstante, que la supresión de estas normas no tendrá unos efectos demasiado negativos en la práctica, por cuanto las entidades de crédito habrán de establecer cláusulas contractuales que, una vez pactadas con los clientes, permitan asegurar una ejecución ordenada de estas garantías. En cualquier caso, y dada la naturaleza de las cuestiones implicadas, creemos que hubiera sido más correcto el establecimiento de un régimen legal específico.

El último de estos apuntes levemente críticos se refiere a la ausencia de un período transitorio que hubiera permitido resolver algunas de las dudas interpretativas surgidas en los primeros momentos de aplicación de la Ley 41/2007. Aunque, como se analizará en este trabajo, todos los agentes, públicos y privados, implicados en esa primera aplicación de la norma han desarrollado una actividad muy relevante para proporcionar criterios seguros de interpretación y aplicación de los nuevos preceptos, es lo cierto que han existido cuestiones muy importantes que han estado sometidas a una cierta incertidumbre. En este sentido, se ha echado de menos un período de transición suficiente, una vez aprobada la norma, y a través de un retraso en su entrada en vigor, para su análisis y adecuada interpretación, lo que hubiera permitido una aplicación inicial más sosegada.

Compartimos, en consecuencia, la crítica formulada por LÓPEZ JIMÉNEZ y MUÑOZ DE BENAVIDES⁽²⁾, cuando, al recordar que la Ley entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, es decir, el 9 de diciembre de 2007, hacen referencia a “los problemas a que ello conduce... ante la inexistencia de *vacatio legis* y la escasez de normas de derecho transitorio”.

(2) LÓPEZ JIMÉNEZ, J.M., y MUÑOZ DE BENAVIDES, C., “Principales novedades de la Ley 41/2007 con relación al ámbito del mercado hipotecario y sistema financiero”, Diario *La Ley* núm. 6864, viernes 18 de enero de 2008, páginas 1 a 6.

En cualquier caso, estas críticas a aspectos concretos de la norma no empañan el juicio globalmente positivo, que ya hemos anticipado, y que trataremos de respaldar argumentalmente en las páginas siguientes. Por ello, no podemos compartir la visión negativa que, acerca de la Ley 41/2007, se desprende de algunos trabajos recientes, sin perjuicio de que alguna de las reflexiones que en ellos se contienen pueda considerarse acertada⁽³⁾.

IV. UNA REFORMA “EN CURSO”

Como expresa su propio articulado, la Ley 41/2007 se encuentra necesitada de un desarrollo reglamentario en un buen número de materias, entre las que destacan la regulación del mercado de hipotecario (respecto de la que ya se conoce un proyecto de Real Decreto recientemente sometido al trámite de audiencia pública), la revisión de la Orden de Transparencia y la aprobación de las Órdenes Ministeriales que habrán de establecer los índices o tipos de interés de referencia para el cálculo de la compensación por riesgo de tipo de interés y para el desarrollo de algunas previsiones relativas a la hipoteca inversa.

Puesto que, en el momento de concluir este trabajo, no se ha producido la aprobación de ninguna de estas normas de desarrollo reglamentario de la Ley, existirán algunos aspectos de la norma cuya aplicación efectiva habrá de esperar hasta el próximo año.

No obstante, tratando de hacer de la necesidad virtud, ese pequeño retraso podría ser aprovechado, en la línea ya expuesta, para aclarar en esas normas de desarrollo, y en la medida en que su rango lo permita, aquellos aspectos de la norma que pueden estar necesitados de alguna concreción suplementaria, lo que se pondrá inevitablemente de manifiesto como consecuencia de su aplicación práctica en estos meses.

En ese panorama de “transición”, no puede dejar de mencionarse la existencia de una iniciativa legislativa reciente, el Proyecto de Ley, por la que se regula la protección de los consumidores en los servicios de intermediación y en la contratación de créditos o préstamos, y en la que, como se advierte desde su título, no sólo se regula la prestación de servicios de intermediación sino también la contratación de créditos o préstamos con garantía hipotecaria por parte de personas o entidades que no son entidades de crédito.

Esta regulación, que viene a considerar actividad regulada la concesión profesional de créditos o préstamos, establece un conjunto de obligaciones para las entidades que no son entidades de crédito (ya que estas se rigen por su propia regulación) que

⁽³⁾ En este sentido, podrían citarse algunos trabajos, como el artículo publicado por AZOFRA VARGAS bajo el título “La reforma de la Ley Hipotecaria: las oportunidades perdidas” en el Diario *La Ley* núm. 6909, correspondiente al lunes 24 de marzo de 2008, o el artículo “Reforma Hipotecaria o la seguridad necesaria” del Registrador José Antonio Miquel Silvestre, publicado en la Tribuna del Diario *Expansión* del día 1 de abril de 2008.

trata de aproximar su régimen jurídico al de estas últimas, aunque la equiparación no es completa, estando sometidas a la supervisión de las autoridades de consumo y no a la del Banco de España, como sucede en el caso de las entidades de crédito.

A este respecto, aunque se considera adecuada la decisión de no regular en esta norma la actividad de las entidades de crédito, sí cabría indicar que las entidades que desarrollan una actividad equivalente deberían someterse a unas exigencias análogas, por lo que parecería lógico que, allí donde el Proyecto de Ley establece requisitos menos rigurosos, sea reforzado, mientras que en los concretos aspectos en que la nueva regulación es más exigente que la de las entidades de crédito, parecería igualmente lógico el establecimiento de un nivel de exigencia equivalente.

Por último, la Ley 41/2007 debe ser igualmente considerada una reforma incompleta o provisional de la normativa hipotecaria, a la vista de las iniciativas planteadas en el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2007, y que se refieren a cuestiones tan relevantes como la información precontractual, el tipo de interés anual efectivo (TAE), la concesión responsable de los préstamos y la amortización anticipada.

Aunque algunas de las cuestiones planteadas son ya una realidad en el mercado hipotecario español (por ejemplo, el derecho del cliente bancario a la amortización anticipada de su préstamo con garantía hipotecaria), parece probable que en alguno de los ámbitos señalados por la Comisión pueda producirse alguna normativa a nivel europeo, aunque ésta estaría supeditada, como se indica en el propio Libro Blanco, a la realización de una rigurosa evaluación previa de impacto en el marco de los principios dirigidos a legislar mejor (*better regulation*).

V. CONTENIDOS DE LA LEY 41/2007. DESCRIPCIÓN GENERAL

La Ley 41/2007 está estructurada, como se ha anticipado, en capítulos, pudiendo obtenerse una primera impresión de sus contenidos a partir de la rúbrica de éstos. Así, los capítulos de la Ley están respectivamente dedicados a las siguientes cuestiones:

- Transparencia en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios (modificación de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las entidades de crédito).
- Mecanismos de refinanciación (modificación de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario).
- Entidades de tasación (modificación de la Ley 2/1981).
- Régimen de compensación por amortización anticipada.
- Costes arancelarios (modificación de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios).
- Mejora y flexibilización del mercado hipotecario (modificación de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, de la Ley 2/1981 y de la Ley 2/1994).

A estos temas habría de añadirse los que, con relación al objeto de la Ley, se incluyen en sus disposiciones adicionales y finales, como son:

- La regulación relativa a la hipoteca inversa (disposición adicional primera de la Ley).
- La regulación relativa al seguro de dependencia (disposición adicional segunda de la Ley).
- La ejecución hipotecaria (disposición adicional tercera de la Ley).
- El aseguramiento de rentas futuras por la constitución de una hipoteca inversa (disposición adicional cuarta de la Ley).
- Las reglas especiales para valorar las disposiciones patrimoniales a los efectos de la determinación de la capacidad económica de los solicitantes por prestaciones de dependencia.
- Los certificados de transmisión de hipoteca (disposición final primera de la Ley).
- Las modificaciones en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión de 16 de diciembre de 1954 (disposición final tercera de la Ley).

Como vemos, un análisis detallado del contenido de la Ley evidencia su carácter completo y complejo, así como el amplio alcance de la reforma realizada en nuestra normativa hipotecaria.

En los apartados siguientes, trataremos de describir algunas de las primeras interpretaciones que, desde distintas instancias, se han realizado de los preceptos a través de los que se han acometido las diferentes reformas de esa normativa hipotecaria. A este fin, nos permitiremos alterar el orden de los preceptos en los casos en que el tratamiento de una determinada materia haga conveniente su análisis agregado.

VI. OBLIGACIONES DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN DE PRÉSTAMOS Y CRÉDITOS HIPOTECARIOS

En materia de transparencia en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios, se encuentra actualmente vigente la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras en los préstamos hipotecarios.

Esta Orden, dictada en virtud de la habilitación contenida en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, habrá de modificarse para su adecuación a la nueva normativa hipotecaria y, en particular, a la reforma introducida en el referido precepto legal, en sus letras a) y h).

La realización de esta modificación planteará el problema de la vinculación de las entidades de crédito españolas al código europeo de conducta sobre información precontractual en los créditos a la vivienda.

Hasta el momento, la adhesión de las entidades españolas no había sido posible, precisamente, por el hecho de que la normativa española establecía unos requerimientos que se encontraban muy por encima de las exigencias derivadas del código. Sin embargo, esta situación provocaba una clara posición de desigualdad entre las entidades de crédito a nivel europeo.

La resolución de este conflicto, en términos que no resulten perjudiciales para los consumidores españoles, constituye uno de los aspectos más delicados de la futura adaptación de la Orden, sin que, hasta el momento, exista ningún borrador conocido de ésta que permita aventurar el futuro sentido de la nueva regulación.

VII. LA NUEVA REGULACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO

El capítulo II de la Ley 41/2007, dedicado, como se ha anticipado, a los mecanismos de refinanciación, constituye una de las partes más afortunadas de la revisión de la legislación hipotecaria emprendida con esta Ley, siéndole particularmente aplicables las consideraciones sobre su oportunidad que se han realizado al comienzo de este trabajo.

En efecto, en un contexto de dificultad de colocación de las emisiones de los distintos instrumentos de refinanciación hipotecaria, la decidida apuesta por la calidad que se desprende de la nueva regulación, así como la aclaración de algunos aspectos dudosos, puede contribuir positivamente a la mejora de la competitividad de las emisiones españolas.

Se trata, por otra parte, del ámbito en el que se encuentran más avanzados los trabajos para la elaboración de la normativa de desarrollo de la Ley 41/2007, puesto que ya se ha sometido a audiencia pública un proyecto de Real Decreto con tal finalidad, encontrándose en este momento pendiente de remisión al Consejo de Estado para su preceptivo dictamen.

Entre los aspectos más positivos de la nueva regulación, podrían destacarse los siguientes:

- a) La modificación de los porcentajes que constituyen el límite que marca la elegibilidad de los préstamos o créditos garantizados con hipoteca, que pasa a ser del 60 por ciento del valor de tasación hipotecado, salvo en el caso de que vaya a financiarse la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, en que el porcentaje pasa a ser del 80 por ciento.
- b) La admisibilidad de que, en determinados supuestos, puedan superarse dichos porcentajes, especialmente mediante la aportación de garantías adicionales prestadas por entidades aseguradoras o entidades de crédito.
- c) La admisibilidad de que puedan refinanciarse préstamos o créditos con la garantía de hipotecas sobre inmuebles situados en otros Estados de la Unión Europea.
- d) El reconocimiento de las cláusulas de amortización anticipada a disposición del emisor en el caso de las cédulas y bonos hipotecarios.

- e) La ampliación de las finalidades a que pueden destinarse los créditos aptos para servir de cobertura a las emisiones, lo que permitirá desligar las futuras emisiones de la refinanciación de la hipoteca para adquisición de vivienda residencial (esto logrado a través de la modificación del artículo 4 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, que se contiene en el artículo 12 de la Ley 41/2007).
- f) La admisibilidad de los activos de sustitución y de la afectación de los flujos económicos generados por los instrumentos financieros derivados vinculados a cada emisión, como medios para mejorar la liquidez y seguridad de los títulos emitidos.
- g) La mejora y simplificación en la emisión de los bonos hipotecarios, que pasan a constituirse en una alternativa real a la emisión de cédulas hipotecarias.
- h) El establecimiento de un régimen concursal específico adecuado a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, lo que refuerza la seguridad jurídica de los tomadores de los títulos. Este régimen concursal se hace también extensivo a los propios préstamos o créditos con garantía hipotecaria que constituyen el activo subyacente de estos activos, puesto que el artículo 12 de la Ley 41/2007 introduce modificaciones en tal sentido de los artículos 10 y 12 de la Ley 2/1981.
- i) La creación de los registros contables de los préstamos y créditos que sirvan de garantía a las emisiones de cédulas o que se encuentren afectados a la emisión de bonos hipotecarios.
- j) La regulación de los certificados de transmisión de hipoteca, contenida, como se ha dicho, en la disposición final primera de la Ley 41/2007.
- k) Por último, y aunque esta reforma se contenga en el capítulo VI de la Ley, puede considerarse una mejora de los instrumentos de refinanciación, la modificación que se introduce en la Ley 2/1991, artículos 26 y 27, para facilitar la movilización de los créditos o préstamos garantizados con primera hipoteca mobiliaria o primera prenda sin desplazamiento.

En la medida en que las reformas introducidas aclaran el régimen jurídico de los distintos instrumentos de refinanciación, especifican el alcance de las garantías que los respaldan, concretan el régimen concursal que les resulta aplicable, refuerzan su liquidez a través de los activos de sustitución y los flujos generados por los derivados y, por último, y no menos importante, se mejora la identificación de las carteras y los créditos concretamente afectados a la finalidad de garantía de los títulos a través de la creación de los registros contables especiales, la Ley 41/2007 mejorará globalmente la calidad —ya de por sí elevada— de los instrumentos españoles de refinanciación hipotecaria, dando así cumplida respuesta a algunas de las cuestiones que habían sido recientemente planteadas por analistas y agencias de *rating* internacionales.

La Ley ha introducido también una mayor heterogeneidad en los títulos de refinanciación hipotecaria, así como una mejora de la flexibilidad en cuanto a las condiciones de emisión, particularmente evidentes en el caso de los bonos hipotecarios.

Esta reforma quedará completada con la futura aprobación del Real Decreto de desarrollo de la Ley 41/2007 en este ámbito, a través del que se concretarán algunos de los aspectos pendientes de la necesaria colaboración reglamentaria. En ese momento la aplicación de los nuevos criterios e instrumentos de la Ley podrá ser completa.

Y es que, aunque la Ley 41/2007 carece de un régimen transitorio global, sí contiene algunos regímenes transitorios específicos establecidos en su disposición transitoria única. Precisamente, uno de esos regímenes se refiere al desarrollo reglamentario de la nueva redacción del artículo 17 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, introducida por la Ley 41/2007, hasta cuya entrada en vigor las entidades no podrán emitir bonos hipotecarios por importe superior al 90 por ciento de los capitales no amortizados de los créditos afectados.

VIII. EL RÉGIMEN DE LAS ENTIDADES DE TASACIÓN

La Ley 41/2007 ha introducido un nuevo régimen de las entidades de tasación claramente encaminado a reforzar su independencia y evitar conflictos de interés con las entidades que conceden créditos y préstamos hipotecarios y emiten los instrumentos destinados a su refinanciación.

Con esta finalidad, la Ley introduce la exigencia de nuevos requisitos para garantizar esa independencia y prevenir conflictos de interés en los casos de las sociedades de tasación integradas en un grupo bancario o con una concentración en una entidad o grupo de un porcentaje de negocio superior al 25 por ciento del total.

En este nuevo régimen, una de las piezas más destacadas es el establecimiento de un régimen de participaciones significativas, a través de la incorporación de un nuevo artículo 3 ter a la Ley 2/1981 y bajo el control del Banco de España.

A fin de garantizar la eficacia jurídica de estas previsiones, la Ley 41/2007 establece un régimen sancionador específico a través de la tipificación de infracciones muy graves, graves y leves, siendo competente para la incoación del correspondiente procedimiento sancionador el Banco de España.

Entre las normas más relevantes para la actividad bancaria que se contienen en este capítulo de la Ley, merece particular atención el nuevo artículo 3 bis 1) de la Ley 2/1981, que obliga a las entidades de crédito (incluyendo a aquellas que dispongan de servicios propios de tasación) a aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que hubiera sido certificada por un tasador homologado. Este deber de aceptación no implica vinculación total de la entidad, puesto que el mismo precepto le permite realizar las comprobaciones que considere necesarias, si bien los costes que éstas pudieran suponer no podrán serle repercutidos al cliente.

También se trata de una cuestión respecto de la que se encuentra pendiente su desarrollo reglamentario, en parte contenido en el Proyecto de Real Decreto a que se ha hecho referencia anteriormente.

Por último, debe indicarse que la regulación de las entidades de tasación no se limita a sus aspectos societarios, sino que también se proyecta, de manera muy detalla-

da, respecto del ejercicio de su actividad, de gran importancia para el adecuado desarrollo del mercado financiero. En este sentido, tiene interés dejar aquí constancia de la reciente aprobación de la Orden EHA/564/2008, de 28 de febrero, por la que se modifica la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo, sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras, en la que se dictan reglas para la valoración de los bienes inmuebles por parte de las sociedades de tasación, para su adecuación a la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo.

IX. LA COMPENSACIÓN POR AMORTIZACIÓN ANTICIPADA

En relación con el nuevo régimen de compensación por amortización anticipada deben realizarse algunas consideraciones previas.

De partida, debe ponerse de manifiesto la anomalía que supone, en términos generales, la posibilidad de que una de las partes contratantes pueda poner fin, en ejecución de una decisión unilateral, a la relación jurídica que hasta el momento las vinculaba.

Lógicamente, en unos mercados financieros cada vez más complejos y sofisticados, en los que, frecuentemente, la entidad de crédito habrá contratado con terceros la constitución de distintos instrumentos jurídicos para la refinanciación o cobertura de los préstamos o créditos concedidos, el reconocimiento legal del derecho del cliente bancario a amortizar anticipadamente esos préstamos o créditos no deja de resultar una cierta anomalía, como lo demuestra el hecho de que el reconocimiento legal de esta facultad de los clientes bancarios resulta excepcional en el panorama del Derecho comparado, y solamente ahora comienza a plantearse en el marco del Libro Blanco a que se ha hecho referencia anteriormente.

Estas consideraciones permiten entender mejor el fundamento financiero de las contraprestaciones derivadas del ejercicio del derecho a la amortización anticipada, considerando que no se trata del cobro de comisiones, sino de una auténtica compensación por los perjuicios irrogados a la entidad como consecuencia de esta facultad unilateral de cancelación de que disfrutaban los clientes bancarios. De hecho, la Ley introduce una prohibición expresa de que en los contratos de crédito o préstamo hipotecario comprendidos en el ámbito de aplicación de la norma pueda cobrarse una comisión por cancelación anticipada, ya sea parcial o total.

El ámbito de aplicación de este nuevo régimen resulta, en principio, reducido, por cuanto quedan excluidos los créditos o préstamos formalizados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley o, dicho de otro modo, el nuevo sistema de compensación por amortización anticipada se aplicará exclusivamente a los préstamos o créditos hipotecarios formalizados a partir de la entrada en vigor de la Ley 41/2007 y aunque no conste en ellos la posibilidad de amortización anticipada.

Para ello se requiere el cumplimiento de alguna de las siguientes condiciones adicionales:

- a) Que se trate de un préstamo o crédito hipotecario, la hipoteca recaiga sobre una vivienda y el prestatario sea persona física.

- b) Que el prestatario sea persona jurídica y tribute por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión en el Impuesto sobre Sociedades.

Esta limitación resulta completamente lógica por cuanto el sentido de estas disposiciones es el de tutelar los derechos de los clientes bancarios o de la PYME en sus relaciones con las entidades de crédito, sin que, por el contrario, hubiera resultado adecuada su aplicación a grandes operaciones financieras o de otra índole, que incluyeran garantías hipotecarias, y en las que todas las partes intervinientes tuvieran la condición de grandes empresas (y el nivel de asesoramiento, información y capacidad de negociación que les es propio).

Sin embargo, la introducción de estas limitaciones legales plantea el problema de la posibilidad de un cambio en dichas condiciones a lo largo de la vida del préstamo, bien por la modificación de la situación del deudor (que, por ejemplo, abandona el régimen especial de empresas de reducida dimensión para pasar al régimen general del Impuesto sobre Sociedades) o como consecuencia de una subrogación.

En este caso, parece claro que lo más adecuado sería que la comprobación de la concurrencia de los requisitos legales se produjese en el momento de la formalización del crédito o préstamo, y ello por varias razones. En primer lugar, porque en ese momento se produce la intervención del notario y el registrador de la propiedad, con lo que se puede realizar la comprobación del cumplimiento de esos requisitos. En segundo término, por cuanto las condiciones de la operación, consideradas globalmente, podrían tener en cuenta estas circunstancias.

Ello no significa que no pueda darse respuesta a un eventual cambio de circunstancias. No parece existir inconveniente jurídico alguno a la introducción de una cláusula contractual, en cuya virtud, y para el supuesto de que se produjese una modificación de las circunstancias que se configuran legalmente como requisitos para la aplicación de este régimen, pudiera producirse la aplicación de uno u otro régimen de compensación, el legal, o el que las partes hubieran pactado entre sí.

Éste es el criterio, a nuestro juicio acertado, que se establece en la nota sobre normas prácticas de aplicación de la Ley 41/2007, aprobada en mayo de 2008, como criterios interpretativos puramente orientativos para los registradores de la propiedad, y que constituyó el fruto de las reuniones mantenidas por el Colegio de Registradores de la Propiedad, la Asociación Hipotecaria Española y las entidades de crédito. En esta nota, y respecto de la cuestión que ahora nos ocupa, se dice expresamente que “se considera que serán admisibles aquellas cláusulas que establezcan comisiones o fijen una compensación por encima de los límites legalmente previstos siempre que añadiesen que para el caso en el que al tiempo de la cancelación se dieran los requisitos de la Ley 41/2007, se aplicarán los límites previstos en la misma”.

En cuanto al contenido del nuevo régimen de compensación, éste parte de la existencia de dos conceptos distintos: la compensación por desistimiento y la compensación por riesgo de tipo de interés.

La compensación por desistimiento queda limitada a la aplicación de un porcentaje fijo del 0,5 por ciento del capital amortizado anticipadamente cuando la amortiza-

ción anticipada se produzca dentro de los cinco primeros años de vida del crédito o préstamo, o del 0,25 por ciento cuando la amortización anticipada se produzca en un momento posterior.

Por su parte, la compensación por riesgo de tipo de interés, a diferencia de la anterior, no se aplica a todos los préstamos o créditos comprendidos en el ámbito de aplicación de la norma sino, exclusivamente, a las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias totales o parciales, de créditos o préstamos que se produzcan dentro de un período de tipos de interés cuya duración pactada sea superior a doce meses. Siempre que la duración sea igual o inferior a ese plazo, no habrá derecho a percibir por la entidad acreedora cantidad alguna en concepto de compensación por riesgo de tipo de interés.

Con esta limitación inicial, el sistema de compensación por riesgo de tipo de interés que se establece en la norma es de una cierta complejidad, por cuanto la compensación dependerá de si la cancelación genera una ganancia o una pérdida de capital a la entidad, en los términos en que una y otra se definen en el artículo 9 de la Ley 41/2007.

Es importante matizar que la entidad acreedora no podrá exigir esta compensación en el caso de que la cancelación del crédito o préstamo genere una ganancia de capital a su favor.

Para el cálculo del importe de esta compensación, el mismo artículo 9 establece dos sistemas alternativos:

- a) Un porcentaje fijo establecido en el contrato y que se aplicaría sobre el capital pendiente en el momento de la cancelación.
- b) El pago de una cantidad equivalente a la pérdida, total o parcial, que la cancelación genere a la entidad. No obstante, en este último caso, la Ley establece un requisito adicional: que el contrato en que se establezca esta compensación para el caso de pérdida de capital por parte de la entidad de crédito habrá de reconocer al prestatario un derecho correlativo de compensación para el caso de que la cancelación genere una ganancia de capital para aquélla.

X. EL ACUERDO SOBRE GRATUIDAD DE LA AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

En el marco de los acuerdos adoptados por el Gobierno el 18 de abril de 2008, el 29 de abril de 2008, los representantes de los Ministerios de Economía y Hacienda y Justicia, de un lado, y los de la Asociación Española de Banca, Asociación Hipotecaria Española, Confederación Española de Cajas de Ahorro, la Unión Nacional de Cooperativas de Crédito, la Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito, el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España y el Consejo General del Notariado de España firmaron un acuerdo cuyo objeto se definía en su considerando primero como el de “promover, por parte de la

Administración, que la ampliación del plazo de los préstamos hipotecarios, siempre sobre la base de un acuerdo previo entre prestamista y prestatario, pueda producirse de forma gratuita para este último”.

La aplicación práctica de este acuerdo, voluntaria para las entidades de crédito, que lógicamente deberán considerar cada operación en función de las específicas circunstancias que concurran en cada caso, implicará que las personas físicas titulares de un préstamo con garantía hipotecaria inmobiliaria para la financiación de la construcción, rehabilitación y adquisición de su vivienda habitual tendrán derecho, hasta el 22 de abril de 2010, a que tal modificación se lleve a cabo sin coste alguno en concepto de comisión por ampliación del plazo del préstamo.

Por su parte, el acuerdo también implica la exención de coste alguno en concepto de aranceles notariales y registrales, con lo que se superpone a las medidas en materia de costes arancelarios que se incluyen en el artículo 10 de la Ley 41/2007, por el que se da nueva redacción al artículo 8 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de los Préstamos Hipotecarios.

Respecto de los costes arancelarios, habría que dejar también constancia de que el artículo 10 de la Ley 41/2007 modificó el artículo 8 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación y Modificación de los Préstamos Hipotecarios, de forma que para el cálculo de los honorarios notariales de las escrituras de subrogación, novación modificativa y cancelación, de los créditos o préstamos hipotecarios, se aplicarán los aranceles correspondientes a los “Documentos sin cuantía” y, en el caso de los horarios registrales de las mismas operaciones, se aplicarán los aranceles correspondientes al número “, “inscripciones”, del Anexo I del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, tomando como base para efectuar el cálculo la cifra del capital pendiente de amortizar, con una reducción del 90 por ciento”.

No son éstas las últimas novedades en la materia, puesto que el Gobierno, en su reunión del pasado 14 de agosto de 2008 adoptó un conjunto de medidas de reforma económica entre las que se encontraba la previsión de que los Ministerios de Economía y Hacienda y de Justicia presentarían, en diciembre de 2008, una propuesta de rebaja general de los aranceles de los notarios y registradores en un promedio del 20 por ciento. Dicha rebaja debería entrar en vigor el 1 de enero de 2009 e incluir un supuesto de reducción adicional del importe del arancel en caso de que la operación no se inscriba por medios telemáticos en el Registro debido a motivos atribuibles al notario o registrador. No obstante, en el momento de redactarse este trabajo, no se tiene ninguna noticia sobre esta iniciativa.

XI. LAS MODIFICACIONES DE LA LEY HIPOTECARIA

Desde un punto de vista puramente jurídico, no cabe duda de que las modificaciones que la Ley 41/2007 ha introducido en la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 2007 se encuentran entre las más relevantes de la Ley, al afectar a algunos preceptos que, aunque limitados en su número, son de una gran trascendencia para la configuración del Derecho Hipotecario y Registral español.

Se trata de los artículos 12, 130, 149 y 153 bis de la Ley Hipotecaria.

El artículo 12 determina el contenido de la inscripción del derecho real de hipoteca, delimitando el alcance de la función calificadora del registrador.

La interpretación de este precepto ha suscitado, ya durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, y con posterioridad, una fuerte polémica, a la que ha tratado de salir al paso a través de algunas resoluciones de gran interés, la Dirección General de los Registros y del Notariado. Buena parte de esa polémica se ha planteado en relación con la extensión de las facultades de calificación en relación a las denominadas “cláusulas de vencimiento anticipado”.

Sin ánimo alguno de terciar en esa polémica, que viene siendo sostenida por voces mucho más autorizadas que la mía, y de acuerdo con el enfoque general de este trabajo, nos limitaremos a constatar cuáles son los criterios establecidos con el precitado Centro Directivo.

A tal fin resulta particularmente útil, especialmente por tratarse, en el momento de terminar este trabajo, de su último pronunciamiento conocido, la cita de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de julio de 2008 (publicada en el BOE de 7 de agosto de 2008) que, resolviendo la estimación de un recurso interpuesto por un notario contra la negativa de una registradora de la propiedad a inscribir una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, ha establecido una clara doctrina para la interpretación y aplicación de la nueva redacción del artículo 12 de la Ley Hipotecaria.

En dicha resolución se realiza un recordatorio previo de la situación previa a la Ley 41/2007, que resulta muy oportuno, destacando lo siguiente: “Esta Dirección General ya entendió en su Resolución de 19 de abril de 2006, conforme al texto del artículo 12 de la Ley Hipotecaria entonces vigente (según criterio reiterado por otras posteriores... en especial las de 5 y 6 de mayo de 2008) que, por imperativo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, el Registrador sólo puede calificar las cláusulas de trascendencia real inmobiliaria, debiendo comenzar su examen, como *prius* lógico de su actuación, determinando qué cláusulas tienen tal carácter y deben ser calificadas y, en su caso inscritas, y cuáles son de carácter obligacional y quedan vedadas a su calificación”.

Continúa diciendo la resolución que “sobre las estipulaciones que carezcan de trascendencia real no recae, en puridad, verdadera calificación, sino más bien una previa actividad lógica de determinación para excluirlas de la actividad de control en que se ha de traducir (en el ámbito que le es propio) esa calificación en sentido estricto que ha de ejercer el Registrador relativa a las cláusulas con trascendencia jurídico-real inmobiliaria que son las que únicamente deben inscribirse siempre que sean conformes al ordenamiento jurídico. Así, estas estipulaciones de trascendencia meramente obligacional no sólo es que no se debían expresar, en ningún caso, en la inscripción según la normativa entonces vigente (artículo 51.6.^a del Reglamento Hipotecario), sino que, precisamente por ello, no han de detallarse individualmente en la nota de calificación, pues más que existir algún defecto u obstáculo que impida su constancia registral, lo que ocurre es que no son susceptibles de inscripción”.

Como indica la propia resolución “dicho régimen ha sido en parte confirmado y en parte modificado por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Modificación de la Regulación del Mercado Hipotecario”. El efecto que dicha Ley ha tenido en el ámbito que nos ocupa es, como dice la misma resolución, que “se distingue así entre las cláusulas de trascendencia real, concretadas por la ley en el párrafo primero del mencionado artículo 12, que son las que debe calificar el Registrador, y las restantes cláusulas que no son objeto de inscripción, ni, por tanto de calificación, sino de mera transcripción en los términos pactados y que resulten del título”.

La resolución reitera la doctrina contenida en otras resoluciones de 21 de diciembre de 2007 (dos) y 14 de enero, 1, 7 y 8 (dos), 22, 28 y 29 de febrero, y 1, 10, 15, 19 (dos), 22, 24 (dos), 25 y 27 de marzo y 5 y 6 de mayo de 2008, al recordar que “lo que sucede es que como excepción y resultando aconsejable para el tráfico jurídico por la publicidad con efectos de mera noticia que dimana del asiento registral, respecto de las cláusulas que carecen de dicho contenido real, la Ley 41/2007, en la modificación del artículo 12 de la Ley Hipotecaria ha incluido un párrafo segundo que permite que, respecto de las hipotecas constituidas a favor de las entidades financieras a que se refiere la Ley 2/1981, de 25 de marzo, además puedan hacerse constar en el Registro las cláusulas financieras, incluidas las de vencimiento anticipado, aun cuando carezcan de trascendencia real inmobiliaria y queden extramuros de la calificación”.

En estas mismas resoluciones se determina el exacto alcance de las facultades de calificación del registrador al señalar que “respecto de estas cláusulas financieras el registrador debe limitar su actuación a hacerlas constar en el asiento, esto es, a transcribir sin más las mismas, siempre que las de trascendencia real inmobiliaria —las enumeradas en el párrafo primero del artículo 12 de la Ley Hipotecaria— hubieran sido calificadas favorablemente”.

De hecho, la resolución da un paso más allá, al considerar que el acto de calificación objeto del recurso es un acto nulo de pleno derecho por manifiesta falta de competencia de la registradora que efectuó dicha calificación. Y ello, por cuanto, dice la resolución, la extensión de la función calificadora de los registradores de la propiedad, definida en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, “se limita sólo a los efectos de permitir o negar la inscripción del título”, correspondiendo la competencia para declarar la nulidad o validez de un negocio jurídico exclusivamente a los órganos judiciales.

Aunque la cita haya sido extensa, nos parece que esta resolución viene a resolver, de manera definitiva, aunque a la espera de las resoluciones judiciales correspondientes, el debate sobre la interpretación del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, por lo que, por nuestra parte, poco queda que añadir.

No obstante, convendría dejar constancia de una reflexión adicional, relativa a los efectos derivados de ese acceso al Registro de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras.

En principio, al no haber sido objeto de calificación, no se trataría, en rigor, de “cláusulas inscritas”, limitándose el Registro a una mera función de publicidad. No obstante, y en la medida en que el tercero encontrará dificultades para negar su conocimiento de dichas cláusulas una vez que tienen esta constancia registral, surgen dudas

respecto de los efectos que esta disposición tendrá sobre la configuración tradicional del principio de buena fe.

A esta cuestión se refiere, de manera globalmente acertada, un reciente artículo publicado por la Profesora SÁENZ DE JUBERA HIGUERO ⁽⁴⁾, en el que se dice que, al tener acceso al Registro, y tener así publicidad, cláusulas que por su mero contenido obligacional tienen sólo eficacia *inter partes*, podrían sustentarse “pretensiones de oponibilidad a terceros”. Y es que, realmente, si no existe ese efecto frente a terceros, la constancia registral de las cláusulas podría tener un sentido escaso.

En cuanto a la modificación del artículo 130 de la Ley Hipotecaria, ésta venía determinada por la propia reforma del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, en tanto que había de determinarse cuál sería el título que fundamentaría la ejecución hipotecaria. De manera coherente con el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, el precepto establece que el procedimiento se ejercitaría “como una realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo”, lo que pretende referirse tanto a las cláusulas que, por su carácter real, hubieran sido objeto de una auténtica inscripción, como a las que, por no tener ese carácter, hubieran tenido un simple “acceso” al Registro.

Por su parte, la modificación del artículo 149 de la Ley Hipotecaria sirve para dar nueva redacción a su párrafo primero, de suerte que se elimina el requisito del consentimiento del deudor para la cesión total o parcial del crédito o préstamo hipotecario, siempre que se cumplan los requisitos establecidos por el artículo 1526 del Código Civil, con lo que se trata de introducir una mayor flexibilidad en este tipo de operaciones. No obstante, y dada la previsible importancia que pudieran llegar a tener en el futuro las operaciones de cesiones de créditos o, incluso, de carteras de créditos, tal vez hubiera sido conveniente aprovechar esta modificación puntual para tratar de efectuar cambios de un mayor alcance a fin de dotar a estas operaciones de la mayor seguridad jurídica.

En particular, la variabilidad del régimen concursal aplicable a las operaciones de cesión de créditos en función de distintas circunstancias subjetivas (personalidad de los intervinientes en la cesión) y objetivas (naturaleza y régimen jurídico de los créditos cedidos) que concurren en cada caso, hubiera aconsejado una revisión más amplia en este concreto ámbito.

La última modificación de la Ley Hipotecaria, y una de las de mayor trascendencia, se refiere al artículo 153 bis, que regula la denominada “hipoteca flotante” o, en la denominación de la Ley, “hipoteca de máximo”. Se trata de una figura relativamente novedosa (ya se habían producido intentos por parte de algunas entidades de crédito para tratar de construir un producto financiero de estas características a partir de la regulación anteriormente vigente, con fortuna dispar) que está llamada a tener una gran utilidad como instrumento de financiación de la pequeña y mediana empresa.

⁽⁴⁾ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., “Las cláusulas del préstamo hipotecario: su acceso registral tras la Ley 41/2007”. Diario *La Ley* núm. 6950, 21 de mayo de 2008, páginas 1 a 5.

La hipoteca de máximo parte de una limitación inicial: sólo puede constituirse a favor de las entidades financieras o de las administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social.

Esta figura hipotecaria ha sido objeto de interpretación en la nota sobre normas prácticas de aplicación de la Ley 41/2007 para su utilización por los registradores de la propiedad, a que se ha hecho referencia anteriormente, y, en ella se han establecido las siguientes ideas:

- a) La hipoteca puede garantizar una o varias obligaciones aunque no haya un nexo causal entre ellas.
- b) Es necesario que, en todas y cada una de las obligaciones garantizadas, exista identidad de acreedor y deudor.
- c) Es posible garantizar las obligaciones futuras.
- d) Basta con identificar “obligaciones típicas” sin que sean admisibles cláusulas “genéricas” como, por ejemplo, “cualesquiera otras obligaciones”.

Como se ha indicado anteriormente, la Ley 41/2007 establece una previsión muy exigua respecto de la ejecución de este tipo de hipotecas, desconociendo así la problemática específica que ésta pudiera plantear. Queda, con ello, en manos de las partes contratantes el establecimiento de las cláusulas contractuales que puedan suplir esa carencia. No obstante, considerando el sentido del exiguo régimen legal contenido en la Ley 41/2007, parece claro que el sistema de ejecución de este tipo de hipotecas pasará por la existencia de una cuenta que actúe como soporte de las distintas obligaciones y cuyo saldo habrá de certificarse por la entidad de crédito, de forma similar a la prevista para las cuentas corrientes de crédito en el artículo 695 de la LEC.

XII. EL NUEVO PROCEDIMIENTO DE SUBROGACIÓN HIPOTECARIA

El régimen español de subrogación hipotecaria, a través del que se producen miles de novaciones subjetivas por cambio del acreedor en préstamos con garantía hipotecaria, constituye una de las grandes singularidades de nuestro mercado hipotecario y uno de los signos más evidentes del alto grado de competencia existente en el sector bancario español.

Desde la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, se trata de un régimen legal que trata de facilitar la subrogación de una entidad de crédito en la posición acreedora previamente ostentada por otra entidad.

La Ley 41/2007 ha mantenido los perfiles básicos de esta institución, introduciendo cambios razonables tendentes a garantizar la seriedad y eficacia del procedimiento de subrogación y tratando de dotar de contenido real al derecho a la enervación por parte de la entidad originaria.

Debe advertirse, desde el primer momento, que los cambios introducidos afectarán exclusivamente a los procedimientos de subrogación posteriores a la entrada en

vigor de la Ley. Éste es el criterio establecido en una respuesta de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 8 de enero de 2008 a la consulta previamente planteada por el Consejo General del Notariado, en la que, con aplicación de los criterios derivados de las disposiciones transitorias del Código Civil, señala que “habiéndose efectuado la notificación de la aceptación por el deudor de la oferta vinculante a la entidad acreedora al amparo de la legislación previa y respecto de los procedimientos ya iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 41/2007, no es preciso reiniciar ese procedimiento y acudir a la notificación de dicha aceptación por conducto notarial”.

En cuanto al procedimiento de subrogación hipotecaria, se plantearon dudas iniciales tras la entrada en vigor de la Ley 41/2007 respecto de no pocos aspectos de la nueva regulación. A despejar esas dudas trató de contribuir el Acuerdo adoptado por la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado de 13 de marzo de 2008.

En este Acuerdo se fijaron algunos criterios orientativos de interpretación de la nueva Ley, y que trataron de aclarar algunos de sus aspectos más oscuros. De su contenido podríamos extraer, entre otras, las siguientes ideas, que nos permitimos complementar con alguna reflexión propia:

- a) Legitimidad para iniciar el procedimiento de subrogación. La iniciación del procedimiento debe producirse por un apoderado de la entidad subrogante con facultades para requerir.
- b) Instrumento notarial idóneo para el cumplimiento del requisito legal de que la entidad que esté dispuesta a subrogarse notifique a la acreedora originaria la existencia de esa disposición “por conducto notarial”. Este concepto debe reconducirse a un acta de notificación y requerimiento del artículo 202 del Reglamento Notarial. La notificación del acta debe realizarse mediante entrega de cédula personal o por correo certificado con acuse de recibo, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del mismo artículo 202 del Reglamento Notarial.
- c) Competencia del notario. El requerimiento de la entidad que pretende subrogarse debe realizarse por notario competente territorialmente, atendiendo el lugar de práctica del requerimiento, sin perjuicio de que pueda acudirse al “auxilio notarial” en el supuesto de que se trate de entidades que no tengan sucursal en el territorio en el que es competente el notario que requiere.
- d) Destinatario del requerimiento. El requerimiento debe dirigirse a la entidad acreedora originaria en cualquiera de sus sucursales, haciéndolo en la indicada por la entidad subrogante en los casos en que existiera una indicación precisa en tal sentido.
- e) Contenido del acta. Se trata de un acta mixta en la que se notifica, por un lado, una declaración de voluntad (las condiciones ofrecidas al deudor y la voluntad de subrogación) y, por otro, se requiere a la entidad acreedora para que expida certificación del importe del débito del deudor por el préstamo o préstamos hipotecarios en que se haya de subrogar. En el acta habrá de

constar la identificación suficiente del débito o débitos hipotecarios a subrogar.

- f) Contenido de la certificación expedida por la entidad acreedora originaria. La certificación debe referirse a todos los débitos hipotecarios inscritos en el Registro a favor de aquélla, y respecto de la misma finca, cualquiera que sea la situación en que se hallen. En principio, el procedimiento de subrogación resulta exclusivamente aplicable a los préstamos con garantía hipotecaria, pudiendo aplicarse a los créditos cuando éstos hayan devenido en una relación similar a la del préstamo, como se desprende del criterio fijado por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de julio de 2001, sin que exista, en la literalidad de la norma objeto de comentario, expresión alguna que pudiera modificar esta interpretación.
- g) Plazo de expedición y del ejercicio del derecho a enervar. La Ley utiliza la expresión “días naturales”, por lo que, tratándose de una disposición de Derecho privado, resultaría aplicable lo dispuesto en el artículo 5.2 del Código Civil, de modo que para el cómputo no se excluirían los días inhábiles.

Respecto de esta cuestión, el problema en la práctica más relevante se planteaba en relación con los efectos derivados de la existencia de dos plazos fijados en la Ley, de 7 y 15 días respectivamente, para la emisión y entrega de la certificación y para manifestar con carácter vinculante la disposición de la entidad acreedora originaria a formalizar con el deudor una modificación de las condiciones del préstamo que iguallen o mejoren la oferta vinculante.

Sobre este particular, debe recordarse la existencia de una doctrina del Tribunal Supremo, expresada, entre otras, en la Sentencia de 25 de noviembre de 2003, de acuerdo con la cual no podría producirse la subrogación hasta que hubiera transcurrido el plazo de quince días, a pesar de que la entidad acreedora originaria hubiera guardado silencio hasta ese momento.

XIII. SUBROGACIÓN Y MODIFICACIÓN HIPOTECARIA. ASPECTOS SUSTANTIVOS

Al margen de lo anterior, la Ley 41/2007 ha introducido también cambios relevantes en relación con la subrogación y modificación hipotecaria a través de la modificación del artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios. Los cambios más significativos son los siguientes:

- a) En la escritura de subrogación sólo se podrá pactar la modificación de las condiciones del tipo de interés, tanto ordinario como de demora, inicialmente pactado o vigente, así como la alteración del plazo del préstamo o ambas.
- b) En el caso de las escrituras de modificación hipotecaria, y siempre que el prestamista sea una entidad de crédito, aquéllas podrán referirse a una o varias de las circunstancias siguientes:

- La ampliación o reducción del capital.
- La alteración del plazo.
- Las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente.
- El método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo.
- La prestación o modificación de las garantías personales.

Como señala la Exposición de Motivos de la Ley, la interpretación que hasta el momento se había realizado de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre Subrogación de Préstamos Hipotecarios, y, en particular, del concepto de novación modificativa, había introducido una gran rigidez a la figura, de forma que estas operaciones quedaban notablemente dificultadas en la práctica.

Sin embargo, precisamente en estos momentos, la facilitación de las operaciones de modificación hipotecaria constituye una medida del mayor interés para los deudores hipotecarios y, por supuesto, para las entidades de crédito.

De este modo, y retomando de nuevo la explicación contenida en el antepenúltimo párrafo del apartado VII de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007, se acoge una interpretación más amplia de los supuestos en que puede hablarse de novación modificativa, de manera que se considera que existe una mera modificación y no extinción y nueva constitución de la relación jurídica hipotecaria en los supuestos que hemos enumerado en los párrafos anteriores (ampliación o reducción de capital, prestación o modificación de garantías personales, alteración de las condiciones de tipo de interés inicialmente pactado o vigente, alteración del plazo, del método o del sistema de amortización y de cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo).

Sin embargo, estas novedades afrontaban un obstáculo técnico no menor: el problema de la posible posposición del rango de las hipotecas inscritas y, en caso de no producirse aquélla, la determinación de sus efectos para los titulares de derechos posteriores inscritos.

A fin de dar respuesta a esta dificultad técnica, el apartado 3 de este mismo artículo dispone que “las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación”.

La intención del precepto es clara: trata de evitar que las modificaciones a que se refiere el artículo 4 de la Ley 2/1994 puedan provocar el efecto de la posposición del rango de la hipoteca inscrita, excepto en aquellos casos en que esas modificaciones pudieran afectar a los derechos de terceros de buena fe con título debidamente inscrito.

De este modo, cuando no existe ese perjuicio a terceros, por no superarse la cifra de responsabilidad hipotecaria originaria, no se produce efecto alguno sobre el rango.

La duda podría plantearse en aquellos casos en que, como consecuencia de la ampliación del plazo, pudiera producirse un correlativo incremento de la cifra de

la responsabilidad. En este supuesto, que el legislador, con una redacción no demasiado clara, pretende contemplar, la pérdida de rango afectaría solamente a la parte correspondiente al incremento o ampliación, que sería la misma solución que se aplica en los casos en que se produzca un incremento de la cifra de responsabilidad sin ampliación del plazo. Entendemos que tal sería la interpretación correcta del precepto.

Naturalmente, ello no constituye la única posibilidad, ya que, como es lógico, el precepto permite que, si se produce la previa aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, la hipoteca de rango precedente pueda conservar su rango original.

Esta última posibilidad no existe en los casos en que conste registralmente una petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores, llevando así hasta sus últimas consecuencias el principio general de no afectación a terceros de buena fe.

El mismo espíritu ha guiado al legislador al establecer, en la disposición transitoria única de la Ley 41/2007, la regla de que “la ampliación de capital, sin alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita, en los términos previstos en el artículo 12, apartado 2, de la presente Ley, por el que se da nueva redacción al artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, sólo será aplicable a las hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor de la presente Ley”.

Aunque ello haya limitado, ciertamente, el alcance práctico de la nueva disposición, privando así a millones de interesados potenciales de los beneficios derivados de la flexibilidad de la nueva regulación de las modificaciones hipotecarias, no es menos cierto que, desde un punto de vista técnico, esta previsión era poco menos que imprescindible, so pena de alterar potencialmente la situación de segundos y ulteriores titulares de derechos inscritos en el Registro. No obstante, tal vez hubiera podido atemperarse esta disposición distinguiendo entre los casos en que existiera o no un titular posterior de un derecho inscrito, pues, de no existir titulares posteriores, y en virtud de los propios principios hipotecarios, nadie hubiera resultado perjudicado como consecuencia del cambio introducido por la Ley.

XIV. LA HIPOTECA INVERSA Y EL SEGURO DE DEPENDENCIA

La Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 dice que “hacer líquido el valor de la vivienda mediante productos financieros podría contribuir a paliar uno de los grandes problemas socioeconómicos que tiene España y la mayoría de los países desarrollados: la satisfacción del incremento de las necesidades de renta durante los últimos años de vida”⁽⁵⁾.

(5) Sobre este particular, resultan del mayor interés los comentarios realizados por Roberto Blanquer Uberos en www.tirant.com on line, aunque referidos al Proyecto de Ley que terminó dando lugar a la Ley 41/2007.

En este sentido, la Ley contempla algunas nuevas instituciones jurídicas tendentes a permitir que las personas mayores puedan obtener ingresos complementarios a través de la liquidación de unos activos que, con el paso de los años, habían llegado a tener un gran valor, como era la vivienda habitual y otros bienes inmuebles.

El fundamento de esta iniciativa se encuentra en el hecho estadístico de que en la sociedad española existe una amplia capa de población que tiene un limitado nivel adquisitivo como consecuencia de unas pensiones reducidas —y, en ocasiones, con gastos adicionales derivados de la necesidad de asistencia—, que son propietarios de inmuebles que pueden tener un valor económico considerable.

Se trata, como destaca acertadamente ANGUITA RÍOS ⁽⁶⁾, de una figura ya conocida y desarrollada en otros Estados, habiéndose iniciado su comercialización en Gran Bretaña ya en 1965 y encontrándose reconocida en Estados Unidos, Francia, Australia, Canadá, Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Japón, Países Bajos, Noruega y Suecia.

Atendiendo tanto a la existencia, indiscutible, de una necesidad social para la movilización de la riqueza inmobiliaria por parte de las personas en situaciones de dependencia, como a la práctica ya desarrollada en muchos otros Estados, parece claro que la aparición de productos que, como la hipoteca inversa o el seguro de dependencia, puedan facilitar la rentabilización de esos activos para proporcionar a esas personas una mayor calidad de vida parece una iniciativa muy acertada, aunque, como ya decimos, la presente situación del mercado inmobiliario en España no sea la más adecuada para el desarrollo a corto plazo de estas figuras.

La hipoteca inversa se presenta en la regulación de la Ley 41/2007 con una doble formulación: típica y atípica.

En su forma típica, la disposición adicional primera, apartado primero, de la Ley la define como “el préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante” y siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar sean personas de edad igual o superior a los 65 años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia.
- b) Que el deudor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas.
- c) Que la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios.

⁽⁶⁾ ANGUITA RÍOS, R.M., “Regulación relativa a la hipoteca inversa según la Ley 41/2007, de 7 de diciembre”. Diario *La Ley*, núm. 6875, 4 de febrero de 2008, páginas 1 a 7.

- d) Que la vivienda hipotecada haya sido tasada y asegurada contra daños de acuerdo con los términos y requisitos que se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.
- e) Que las hipotecas sean concedidas por las entidades de crédito y las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España, con arreglo a las normas que en cada caso les resulten aplicables.

Como anticipamos, no es éste el único régimen admisible de la hipoteca inversa, puesto que el apartado 10 de esta misma disposición adicional primera de la Ley 41/2007 abre otras posibilidades en relación a viviendas que no tengan la condición de residencia habitual, al señalar que “podrán, asimismo, instrumentarse hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante”. El régimen jurídico de estas entidades será, al margen de la aplicación de las disposiciones generales en materia hipotecaria, el establecido por las partes, puesto que “a estas hipotecas inversas, continúa el mismo apartado 10.^a, no les serán de aplicación los apartados anteriores de esta disposición”.

La Ley fija, igualmente, un régimen supletorio de perfiles algo imprecisos al señalar que, “en lo no previsto en esta disposición y su normativa de desarrollo, la hipoteca inversa se regirá por lo dispuesto en la legislación que en cada caso resulte aplicable”.

En cuanto al régimen imperativo que la Ley establece para la “hipoteca inversa típica” y, que, insistimos, debe ajustarse a los requisitos a que se ha aludido anteriormente, viene determinado por la clara voluntad de proteger los intereses de los deudores hipotecarios.

A tal fin, las entidades que concedan hipotecas inversas deberán suministrar servicios de asesoramiento independiente, en los términos que se fijen a través de una norma futura del Ministerio de Economía y Hacienda, a los solicitantes de estos productos, teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este tipo de productos, en una terminología que recuerda la empleada por la Directiva sobre Mercados de Instrumentos Financieros (MIFID) recientemente transpuesta al Derecho español.

No cabe duda de que el régimen de la hipoteca inversa implica un conjunto de novedades relevantes respecto de la configuración y funcionamiento de una hipoteca ordinaria. La más importante, como se ha dicho, se encuentra en el hecho de que el prestatario no está obligado a efectuar pago alguno ni de principal ni de interés, puesto que la deuda sólo será exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca ese prestatario o, si así lo especifica el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios.

Esta circunstancia determina la necesidad de establecer previsiones específicas para el momento del fallecimiento del deudor hipotecario. Así, en el momento en que tenga lugar ese evento, o el fallecimiento del último de los beneficiarios si, como se ha dicho, así se hubiera establecido en el contrato, sus herederos podrán optar entre cancelar el préstamo hipotecario en el plazo a tal efecto concedido, abonando al acree-

dor hipotecario la totalidad de los débitos vencidos con sus intereses, o no reembolsar los débitos vencidos con sus intereses.

En el primer caso, se producirá la cancelación de la hipoteca, con la única singularidad de que esta cancelación no podrá devengar ninguna compensación a favor de la entidad acreedora.

En el segundo caso, y ante la negativa de los herederos a reembolsar el principal e intereses del préstamo, el acreedor podrá proceder a la ejecución de la garantía, aunque sólo tendrá derecho a obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia.

Como acertadamente han destacado CARRASCO PERERA y CORDERO LOBATO⁽⁷⁾, la singularidad de la hipoteca inversa y, en particular, el hecho de que no se produzca el pago, aunque sí el devengo, de intereses durante los primeros años de vida del préstamo, y hasta el fallecimiento del prestatario, exigía introducir una excepción a lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, párrafo segundo, cuando dice que “en ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años”.

Así lo ha entendido correctamente el legislador, introduciendo en el apartado 6 de la disposición adicional de referencia, la precisión de que, para la delimitación del alcance del derecho del acreedor a obtener recobro en caso de que los herederos optasen por no reembolsar el préstamo, no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 114 de la Ley Hipotecaria.

Los autores de referencia⁽⁸⁾ plantean, adicionalmente, la cuestión relativa a la compatibilidad de la doctrina tradicional de la Dirección General de los Registros y del Notariado respecto de la prohibición del anatocismo (imposibilidad de que los intereses hipotecarios puedan añadirse al capital devengando nuevos intereses). Compartimos su opinión en el sentido de que esta doctrina tradicional, lógica en su finalidad protectora del deudor hipotecario, no puede mantenerse en un supuesto tan singular como el de la hipoteca inversa, en el que capital e intereses se transmiten globalmente a los herederos en el caso de que decidan cancelar el préstamo, resultando enteramente lógico el devengo de interés sobre esa cifra global a partir del momento en que se produzca el fallecimiento del causante y prestatario. Se trata, sin duda, de una cuestión sobre la que sería deseable un rápido pronunciamiento de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Como indican los propios autores, esta reflexión podría también proyectarse sobre la otra figura novedosa de la Ley 41/2007, la ya analizada hipoteca de máximo.

Al objeto de favorecer el desarrollo de esta nueva figura y para el caso de que se constituya una hipoteca inversa “típica”, el legislador ha previsto un régimen bonifica-

(7) CARRASCO PERERA, A., y CORDERO LOBATO, E., “La hipoteca inversa y el aseguramiento de intereses o por qué tiene que ser revocada la doctrina de la DGRN sobre el anatocismo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* 20 de diciembre de 2007, páginas 17 a 19.

(8) Vid. nota anterior.

do en materia arancelaria, tanto en aranceles notariales como en registrales, similar al establecido para los supuestos de modificación hipotecaria.

La disposición adicional cuarta de la Ley 41/2007 recoge, complementariamente, un régimen para el aseguramiento de rentas futuras por la constitución de una hipoteca inversa, de modo que las disposiciones periódicas que pueda obtener el beneficiario como consecuencia de la constitución de una hipoteca inversa puedan destinarse, total o parcialmente, y en esta flexibilidad radica una de las ventajas de la norma, a la contratación de un plan de previsión asegurado en los términos y condiciones previstos en el artículo 51 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de Modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

En paralelo a esta regulación de la hipoteca inversa, y con una finalidad similar, la Ley 41/2007 dedica su disposición adicional tercera al seguro de dependencia, profundizando así en la línea abierta por la Ley 35/2006 para la protección de situaciones de dependencia a través de instrumentos y productos de seguro.

Concretamente, el apartado primero de la disposición adicional segunda de la Ley 41/2007 dispone que la cobertura de la dependencia podrá instrumentarse alternativamente, bien a través de un contrato de seguro suscrito con entidades aseguradoras, incluyendo las mutualidades de previsión social, o bien a través de un plan de pensiones, con el favorable tratamiento fiscal contenido en la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

El contrato de seguro de dependencia, que puede articularse tanto en forma de pólizas individuales como colectivas, obliga al asegurador, para el caso de que se produzca la situación de dependencia, y en los términos y en los supuestos previstos en la Ley, al cumplimiento de la prestación convenida con la finalidad de atender, total o parcialmente, directa o indirectamente, las consecuencias perjudiciales para el asegurado que deriven de dicha dependencia.

XV. LA MODIFICACIÓN DE LA LEY DE HIPOTECA MOBILIARIA Y PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DE POSESIÓN, DE 16 DE DICIEMBRE DE 1954, CONTENIDA EN LA DISPOSICIÓN FINAL TERCERA DE LA LEY 41/2007

Ya hemos señalado anteriormente que uno de los elementos más novedosos de la Ley 41/2007 y, también, uno de sus aciertos, ha sido el de tratar de facilitar la movilización de los créditos vinculados a las operaciones sobre bienes muebles.

No cabe duda de que, en el tráfico económico moderno, algunos de esos bienes han alcanzado un alto valor económico (es el caso de las aeronaves o los buques...) que justificarían sobradamente la existencia de un marco jurídico análogo al que rige para las operaciones sobre bienes inmuebles al objeto de facilitar la refinanciación o movilización de los créditos concedidos para la financiación de este tipo de operaciones.

La intención perseguida por el legislador se explicita en el último párrafo del capítulo VII de la Exposición de Motivos de la Ley cuando dice que “se establece un

marco adecuado que permitirá la posibilidad de movilización de los créditos o préstamos garantizados con primera hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento de posesión”, y se materializa en dos modificaciones legislativas distintas: la reforma de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, y la de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión, de 16 de diciembre de 1954.

Respecto de la primera modificación legislativa, el artículo 12 de la Ley 41/2007, integrado en el capítulo VI, que lleva por rúbrica “mejora y flexibilización del mercado hipotecario”, introduce dos nuevos artículos, 26 y 27, en la Ley 2/1981. El primero de estos preceptos habilita a un futuro desarrollo reglamentario para que pueda establecer los requisitos que permitirán la movilización de los créditos o préstamo garantizados con primera hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento de posesión. De este modo, se admite legalmente esta posibilidad, aunque se pospone la eficacia de la medida hasta el momento en que la aprobación de la norma de desarrollo de la Ley establezca los requisitos necesarios para que la movilización pueda producirse.

Por su parte, el artículo 27 concreta el régimen jurídico que será aplicable a los futuros valores del mercado secundario mobiliario que se emitan de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior, que no será otro que el contenido en los artículos 11 a 18 de la propia Ley 2/1981, sin perjuicio de las especialidades que pudieran introducirse en el desarrollo reglamentario de la Ley.

Se produce de este modo una equiparación prácticamente completa entre el régimen jurídico para la refinanciación de los créditos garantizados con hipoteca sobre bienes inmuebles y con hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento de posesión, con las singularidades que puedan establecerse para estas últimas y el matiz, evidente, de que la publicidad de estas operaciones se producirá a través del Registro de Bienes Muebles y no del Registro de la Propiedad.

La segunda pieza legislativa de esta reforma es la modificación, ya anticipada, de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de posesión, que se contiene en la disposición final tercera de la Ley 41/2007.

Sin embargo, la reforma introducida no se agota en la consecución de los fines a que se ha hecho referencia en los párrafos anteriores sino que, aparentemente, trata de responder a finalidades distintas, por lo que parece procedente el análisis individualizado de cada uno de los preceptos afectados por ésta.

1. La reforma del artículo 2 de la LHMPSD

La primera modificación se refiere al artículo 2 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de posesión.

Este artículo, en su redacción anterior, indicaba que “no podrá constituirse hipoteca mobiliaria ni prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuvieran hipotecados, pignorados o embargados, o cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho, excepto en el caso de que se constituya la hipoteca o la prenda en garantía de precio aplazado”.

La disposición final tercera de la Ley 41/2007 introduce un nuevo apartado 1, desplazando el primitivo contenido del precepto al apartado 2, que dice:

“1. Carecerá de eficacia el pacto de no volver a hipotecar los bienes ya hipotecados o pignorados, por lo que podrá constituirse hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuvieran hipotecados o pignorados, aunque lo estén con el pacto de no volver a hipotecar o pignorar.

También podrá constituirse hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento de posesión sobre el mismo derecho de hipoteca o prenda y sobre bienes embargados o cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho.

El presente apartado carecerá de efectos retroactivos”.

El legislador aprovecha la oportunidad que le proporciona la Ley 41/2007 para tratar de resolver uno de los problemas más complejos que, tanto desde un punto de vista doctrinal como, sobre todo, desde una perspectiva práctica, se habían planteado en relación con la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento de posesión: la delimitación de los límites de la extensión de la hipoteca inmobiliaria del artículo 111 de la Ley Hipotecaria.

Efectivamente, de acuerdo con dicho precepto, y en virtud de la institución de la extensión de la hipoteca “inmobiliaria”, quedarían afectados a la satisfacción de la obligación principal garantizada no sólo los bienes inmuebles que estuvieran comprendidos en el objeto de la hipoteca, sino también determinados bienes muebles.

La concreción, caso a caso, de qué bienes se encontraban o no comprendidos en dicha garantía a favor del acreedor ha resultado históricamente problemática, a pesar de los esfuerzos de delimitación realizados tanto por la jurisprudencia (a título de ejemplo podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo número 289/1993, de 29 de marzo, de 29 de marzo⁽⁹⁾) como por las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (entre otras, y por todas, pueden mencionarse las Resoluciones de 16 de noviembre de 1998⁽¹⁰⁾ o la de 5 de mayo de 2000⁽¹¹⁾).

Pues bien, la nueva redacción del precepto permite privar de eficacia, entre otros, al pacto de extensión de la hipoteca inmobiliaria en cuanto a la prohibición de constitución de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuvieran hipotecados o pignorados.

También se elimina una restricción tradicional en la materia, al permitir la constitución de garantías mobiliarias sobre el mismo derecho de hipoteca o prenda y sobre bienes embargados o cuyo precio de adquisición no se hallare completamente satisfecho.

⁽⁹⁾ RJ 1993/2536.

⁽¹⁰⁾ RJ 1998/8536.

⁽¹¹⁾ RJ 2000/5830.

Todas estas previsiones, carecen, como se ha señalado, de eficacia retroactiva, por lo que los pactos que en su día hubieran sido celebrados mantendrán plena vigencia, como aconsejaban claros imperativos de seguridad jurídica.

Sin embargo, no deja de sorprender el mantenimiento, aparentemente contradictorio, del primitivo contenido del artículo 2, que, como hemos visto, consagra la prohibición de constitución de garantías mobiliarias sobre bienes ya hipotecados, pignoralos o embargados o cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho. Si se trata, como parece evidente, de una norma imperativa, el pacto a que se refiere el párrafo anterior no tendría otra finalidad lógica que la delimitación exacta de los bienes muebles afectados por la extensión de la hipoteca en virtud del artículo 111 de la Ley Hipotecaria y, por tanto, no parece razonable privar de eficacia a dicho pacto.

Si dicho pacto tuviera precisamente por contenido la prohibición de constituir garantías mobiliarias sobre bienes ya gravados y, por tanto, coincidiera plenamente con lo dispuesto en el artículo 2.2, no resulta comprensible que pueda considerarse que tales pactos son ineficaces.

Es posible que esta contradicción, necesitada de interpretación aclaratoria, pueda provocar problemas en la aplicación práctica de la norma, por lo que podría ser conveniente una futura modificación del precepto para eliminar lo dispuesto en su segundo apartado.

2. La modificación del artículo 8 de la LHMPSD

Esta reforma, que sí conecta plenamente con las finalidades anteriormente descritas, consiste en la adición de un nuevo apartado 4.º al artículo 8 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, que dice lo siguiente: “Los créditos garantizados con hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento de podrán servir de cobertura a las emisiones de títulos del mercado secundario”.

De este modo, plenamente coherente con los mencionados artículos 26 y 27 de la Ley 2/1991, los créditos garantizados con garantía mobiliaria podrán servir de cobertura a las emisiones de títulos del mercado secundario, ensanchando así de manera considerable la base potencial de este mercado y facilitando su desarrollo.

En tanto que este precepto no plantea mayores problemas jurídicos, no parece necesitado de ningún comentario adicional, a la espera del desarrollo reglamentario que, como se ha indicado, precise los requisitos que deberán cumplir estos créditos para su elegibilidad.

3. La modificación del artículo 54 de la LHMPSD

La reforma del artículo 54 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento afectó a la redacción de sus párrafos segundo y tercero y permaneció relativamente inédita hasta la aprobación final del Proyecto de Ley, ya que no sufrió modificación alguna durante su tramitación. Nada parecía anticipar, en definitiva, los problemas interpretativos que surgieron desde el mismo momento de la aprobación de la Ley 41/2007.

Dentro de la modificación, pueden diferenciarse, claramente, distintos aspectos.

El primero, muy razonable, se refiere al reconocimiento de que pueden sujetarse a prenda sin desplazamiento de posesión los créditos y demás derechos que correspondan a los titulares de contratos, licencias, concesiones o subvenciones administrativas, siempre que la Ley o el correspondiente título de constitución autoricen su enajenación a un tercero. Con ello, se facilita la movilización de este tipo de derechos, ya habitual en la práctica a través de la figura de la cesión de créditos.

En estos supuestos, y desde un punto de vista procedimental, se establece que, una vez constituida la prenda, el registrador comunicará de oficio esta circunstancia a la administración pública competente (que sería la deudora en la relación jurídica subyacente) mediante certificación emitida al efecto.

Se trata de una medida tendente a facilitar la financiación de las empresas que contratan con la administración, proporcionándoles un instrumento adicional a los ya existentes, lo que, a nuestro juicio, no plantea especiales dificultades.

Mayores dudas ha suscitado, sin embargo, la interpretación del párrafo siguiente, que dice: “los derechos de crédito, incluso los créditos futuros, siempre que no estén representados por valores y no tengan la consideración de instrumentos financieros y a los efectos de lo previsto en el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, podrán igualmente sujetarse a prenda sin desplazamiento. Para su eficaz constitución deberán inscribirse en el Registro de Bienes Muebles”.

La referencia genérica a “los derechos de crédito” hizo surgir la duda interpretativa relativa al alcance del precepto y, más concretamente, a si afectaba a las prendas hasta el momento constituidas a favor de las entidades de crédito en aplicación del Código Civil. Evidentemente, en el supuesto de que ello fuera así y se estableciera el deber general de inscripción registral como requisito constitutivo, se hubiera tratado de una cuestión de importante repercusión para las entidades de crédito y sus clientes.

Es importante matizar, no obstante, que la referencia al Real Decreto-Ley 5/2005 limitaba el alcance hipotético de la controversia a las operaciones realizadas por las entidades de crédito con personas físicas, ya que éstas se encontraban excluidas de la normativa sobre garantías financieras incluida en dicha norma.

Desde un primer momento, surgieron voces doctrinales que trataron de llevar la interpretación del precepto a cauces razonables. Debe destacarse, en este sentido, el trabajo realizado por CARRASCO PERERA⁽¹²⁾, tanto por la profundidad de sus comentarios como por la rapidez con que fue publicado. También MARTÍNEZ SAN-

(12) CARRASCO PERERA, A., “Nuevos dilemas en el mercado de las garantías reales: prendas registradas y prendas no registradas sobre derechos de crédito”. *Diario La Ley*, núm. 6867, 23 de enero de 2008, páginas 1 a 6.

CHIZ⁽¹³⁾ realizó un temprano e interesante análisis, particularmente centrado en los efectos (o, más bien, escasos efectos) derivados de una hipotética inscripción registral de una hipoteca ordinaria de créditos. Más recientemente, FERNÁNDEZ DEL POZO⁽¹⁴⁾, aunque manifestándose crítico con la redacción del precepto de referencia y con la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado que se analizará a continuación y que, a nuestro juicio, viene a resolver la cuestión controvertida, ha señalado también que “la novedosa publicidad registral de las prendas de crédito no pone en cuestión la forma actual de constitución de tales garantías en los créditos representados por títulos o anotaciones en cuenta... ni la forma en la que se constituyen, sin mayores requisitos formales... las prendas sobre dinero o instrumentos financieros.”

A pesar de que estas fundadas opiniones doctrinales parecían confirmar lo que, desde un primer momento, fue la opinión de la Asociación Española de Banca, a saber, que la prenda ordinaria de crédito no se encontraba afectada por la reforma y que ésta se había limitado a poner a disposición de las entidades de crédito una nueva forma de garantía, con la ventaja de permitir la garantía de obligaciones futuras, la Asociación, de acuerdo con la Confederación Española de Cajas de Ahorro, decidió someter la cuestión a consulta a la Dirección General de los Registros y del Notariado, que la resolvió mediante Resolución de 18 de marzo de 2008⁽¹⁵⁾.

La resolución, que realiza un análisis de gran profundidad y altura técnica sobre la cuestión sometida a consulta, reconoce la existencia, mantenida sin cambios tras las modificaciones operadas por la disposición final tercera de la Ley 41/2007, de dos tipos de prenda sobre créditos: la prenda de crédito ordinaria y la prenda sin desplazamiento, rigiéndose cada una de ellas por la normativa que le resulta propia y resultando afectada por la nueva redacción del artículo 54 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento exclusivamente la segunda.

La ausencia de toda disposición derogatoria del artículo 1868 del Código Civil o de otros preceptos de la Ley Concursal, el Código de Comercio o el Derecho Foral constituía la mejor prueba de lo anterior.

De este modo, la nueva redacción del artículo 54 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento tiene un sentido muy simple, en los acertados términos de la resolución de referencia: se abre “la posibilidad a que se pueda constituir prenda sin desplazamiento de créditos (incluso futuros), mas en modo alguno impedir, limitar o menoscabar la posibilidad de prenda ordinaria de tales créditos; y sin que la posibilidad de pignorar créditos sin desplazamiento implique un mejor trato concurrencial a dicha garantía por el hecho de su reflejo tabular, que a la misma prenda

(13) MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A., “Prenda sin desplazamiento de créditos. Lapidaria Inscripción”. Revista *Notario*. Enero-febrero de 2008, páginas 156 a 162.

(14) FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Otra vez la prenda sobre créditos futuros”. Diario *Expansión*. Lunes 9 de junio de 2008, página 48.

(15) BOE de 29 de marzo de 2008.

ordinaria o con desplazamiento de posesión. Lejos de ello... la concurrencia entre ambas figuras es de fecha, en un caso la del documento público y, en otro, la de la inscripción y no de naturaleza, ya que no es de mejor condición la prenda sin desplazamiento que la posesoria”.

Quedaba de este modo prontamente zanjada la estéril polémica que la interpretación del precepto hubiera podido provocar.

XVI. CONCLUSIÓN

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, ha realizado una reforma hipotecaria de gran importancia y que ha afectado, prácticamente sin excepción, a todos los aspectos relacionados con la figura de la hipoteca, tanto inmobiliaria como mobiliaria, y a otras figuras relacionadas, como la prenda sin desplazamiento de posesión o el seguro de dependencia.

A pesar del reducido número de artículos de la Ley, los efectos de la reforma serán profundos y sólo ahora, transcurridos algunos meses desde su entrada en vigor, empezamos a tener una visión global de éstos.

En estos meses de aplicación de la norma han surgido algunas dificultades o dudas interpretativas, de carácter no menor, que, a la espera de sucesivos desarrollos normativos o de la existencia de las primeras resoluciones judiciales, han obtenido respuesta a través de instrumentos jurídicos de mayor agilidad, como Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado o notas no vinculantes de los órganos directivos del notariado o de la organización corporativa de los registradores.

El presente trabajo no ha pretendido resolver las dudas planteadas sino, tan sólo, y con la mayor humildad, dejar constancia de las acertadas conclusiones, forzosamente provisionales, que unos y otros intérpretes han ido alcanzado respecto de los preceptos contenidos en la Ley 41/2007. En la medida en que pueda facilitar el conocimiento de esas conclusiones, sus objetivos habrán resultado plenamente satisfechos.

LA NORMATIVA AUTONÓMICA SOBRE CAJAS DE AHORROS. UN ANÁLISIS COMPARADO

RAFAEL ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA

*Profesor Contratado Doctor
Departamento de Derecho Mercantil. Universidad de Granada*

RESUMEN

La complejidad que arroja nuestra legislación, debida, entre otros factores, a la existencia de una pluralidad de fuentes normativas (Comunidad Europea, Estado y Comunidades Autónomas), precisa de una revisión y un esfuerzo de sistematización e interpretación del Derecho vigente constante.

Con el propósito de contribuir a tales objetivos, el presente trabajo aborda el contenido de la regulación autonómica sobre Cajas de Ahorros, prestando especial atención a las cuestiones de mayor relevancia en consideración, bien a la especial naturaleza de estos sujetos (como son las materias relativas al concepto de Caja de Ahorros, su fusión y la emisión de cuotas participativas), bien al controvertido reparto de competencias que sobre estas entidades ostentan tanto el Estado como las Comunidades Autónomas (cuestión particularmente discutida en aspectos tales como la regulación de las sucursales y los órganos rectores de las Cajas de Ahorros).

Palabras clave: *Regulación financiera, Cajas de Ahorros, fusión, cuotas participativas, Órganos rectores, Asamblea General, Consejo de Administración, Comisión de Control, normativa autonómica, sucursales, reparto de competencias.*

ABSTRACT

The complexity of the Spanish financial law, caused, among others factors, by the diversity of legal sources in this matter (European Community, State Government and Autonomics Communities), prompts its constant review which includes a systematizing and interpretation effort.

With the intention of contributing to these aims, the present paper deals with the body of the autonomies regulation about Savings Banks, granting special attention to the most important matters to be considered, either on the special nature of these subjects (such as relatives matters to the concept of Saving Banks, their merger and the emission of participation quotas), or to the discussed distribution of delegated tasks over these entities between the State and the Autonomics Communities (this issue is specially discussed in some aspects such as branches regulation and the Governing bodies of the Savings Banks).

Key words: *Financial regulation, Savings Banks, mergers, participation quotas, Governing bodies, General Meeting, Board of Directors, Control Committee, regional regulation, branches.*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA REGULACIÓN AUTONÓMICA SOBRE CAJAS DE AHORROS: ASPECTOS PUNTUALES.
 - 1. Ámbito de aplicación territorial de la normativa autonómica.**
 - 2. Concepto y naturaleza jurídica.**
 - 3. La creación de las Cajas de Ahorros.**
 - 4. La expansión territorial de las Cajas de Ahorros: la apertura de sucursales.**
 - 5. La fusión de las Cajas de Ahorros.**
 - 6. La regulación de los órganos rectores de las Cajas de Ahorros.**
 - A) Los órganos rectores de las Cajas de Ahorros.
 - B) Los miembros de los órganos rectores.
 - a) *Requisitos e incompatibilidades.*
 - b) *Nombramiento y duración del mandato.*
 - c) *Las causas de cese y de revocación.*
 - d) *La retribución de los miembros de los órganos de gobierno.*
 - e) *Régimen de responsabilidad.*
 - C) El Director General.
 - 7. La regulación de los recursos propios: las cuotas participativas.**

I. INTRODUCCIÓN

Al amparo de la competencia que los Estatutos de Autonomía (en adelante, EEA) reconocen a las distintas Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA) sobre las Cajas de Ahorros ⁽¹⁾, se integra en nuestro ordenamiento jurídico todo un conjunto de

(1) Todas las CCAA tienen asumidas competencias *exclusivas* sobre las “instituciones de crédito cooperativo, público y territorial y Cajas de Ahorro” en el marco de la normativa estatal. Al respecto, *vid.* los artículos 10.26 del EA para el País Vasco; 120 del EA de Cataluña; 30.1.5 del EA para Galicia; 75 del EA para Andalucía; 24.35 del EA para Cantabria; 10.1.36 del EA del Principado de Asturias; 8.1.37 del EA de La Rioja; 10.1.32 del EA para la Región de Murcia; 49.1.34.^a del EA de la Comunidad Valenciana; 56.1 f) de la LORAFNA; 31.6 del EA de Canarias; 31.1.13.^a del EA de Castilla-La Mancha; 71.33.^a del EA de Aragón; 26.1.3.1.5 del EA de la Comunidad de Madrid; 70.1.19.^a del EA de Castilla y

disposiciones autonómicas relativas a ellas, que vienen a sumarse a las de origen comunitario y estatal que regulan el sector de las entidades de crédito, con carácter general, y el de estos sujetos, de forma particular⁽²⁾.

Las disposiciones autonómicas, lejos de clarificar la regulación del sector, aportan si cabe un grado más de complejidad a una legislación financiera caracterizada ya por la profusión, confusión, dispersión e inestabilidad⁽³⁾, con la consiguiente merma de la certeza sobre la norma aplicable⁽⁴⁾.

Aunque es habitual culpar de esta situación a la deficiente técnica legislativa con la que se viene abordando con carácter general la regulación de nuestro mercado financiero, lo cierto es que, tratándose de Cajas de Ahorros, más bien (o, además) esta dispersión normativa responde a la tensión a la que necesariamente se ve abocado nuestro ordenamiento jurídico al tener que conjugar las pretensiones del Estado y de las CCAA de salvaguardar y hacer valer sus intereses mediante el ejercicio de sus respectivas competencias, con la tendencia armonizadora del Derecho comunitario, cuyo propósito es eliminar las diferencias que derivan del régimen de las entidades de crédito en los distintos Estados miembros de la Unión Europea⁽⁵⁾.

León; 7.1.36.^a del EA de Extremadura; y 30.41.^a del EA de las Islas Baleares. Por otro lado, los artículos 21.1.22.^a del EA de la Ciudad de Ceuta y 21.1.22.^a del EA de la Ciudad de Melilla les otorgan específicamente competencias sobre Cajas de Ahorros, que comprenderán, conforme al artículo 21.2 “las facultades de administración, inspección y sanción, y [...] el ejercicio de la potestad normativa reglamentaria”.

(2) Sobre la singularidad de las Cajas de Ahorros en este aspecto *vid.* J.R. QUINTAS SEOANE, “Los nuevos entornos regulatorios y las Cajas de Ahorros españolas”, *RDBB*, núm. 108, 2007, pp. 15 y ss., y R. ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, *El reparto de competencias en materia financiera en la doctrina del Tribunal Constitucional (Especial consideración a las Cajas de Ahorros)*, Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 21 y ss.

(3) En este sentido, *cfr.* A. TAPIA HERMIDA, “Evolución histórica, situación y perspectivas generales del Derecho Público Bancario español”, *Estudios de Derecho Público Bancario*, dir. S. Martín-Retortillo Baquer, Ceura, Madrid, 1987, pp. 52 y ss.

(4) Este mismo año la propia Confederación Española de Cajas de Ahorros (CECA) ha tratado de recopilar en formato electrónico la normativa estatal y autonómica de las Cajas de Ahorros. Ello ha dado lugar a una obra de 1512 páginas. La extensión de esta obra nos ilustra de forma paradigmática acerca de la prolijidad y dispersión de las que adolece la normativa relativa a estas entidades, que mal se acomoda a los postulados del principio de seguridad jurídica, presupuesto necesario —como recientemente ha subrayado F. SÁNCHEZ CALERO, “Normativa estatal y autonómica de las Cajas de Ahorros”, *RDBB*, núm. 110, 2008, p. 259— para una ordenación adecuada de cualquier mercado; ya que la unidad de mercado precisa, en la medida de lo posible, de la unidad del ordenamiento jurídico. En el mismo sentido, *vid.* también R. ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, *El reparto...*, *op. cit.*, pp. 21 y ss.

(5) Así lo advierte F. SÁNCHEZ CALERO, “Sobre el régimen de las Cajas de Ahorros”, *RDBB*, núm. 108, octubre-diciembre, 2007, pp. 23 y ss. Y es que, como ya he tenido ocasión de poner de relieve con anterioridad (R. ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, “L’incidenza dell’ordinamento giuridico comunitario nella ripartizione interna di competenze in materia economica tra lo Stato e le Comunità Autonome in Spagna”, *Quaderni di diritto privato europeo*, vol. 5, 2002, pp. 3 y ss.), estamos, con todas sus conse-

No está de más recordar, además, que si bien la implementación del Derecho comunitario, y más en general la ejecución de las normas internacionales, no se recoge en título competencial específico alguno de la Constitución Española, dependiendo la competencia sobre la misma de la materia afectada y de quién o quienes (con distinta función) hayan asumido a nivel interno la competencia sobre ella, lo cierto es que normalmente el Estado tendrá la primera palabra en razón a sus competencias básicas en materia económica (artículo 149.1.11.^a y 13.^a de la CE), dejando, en su caso, el desarrollo a las CCAA⁽⁶⁾. De esta forma, en un sector ya proclive a los cambios como el financiero, es fácil advertir que cualquier reforma, sea a iniciativa comunitaria o estatal, llevará consigo un proceso complejo, largo y costoso que en la mayoría de los casos exigirá la intervención del legislador estatal y del autonómico.

II. LA REGULACIÓN AUTONÓMICA SOBRE CAJAS DE AHORROS: ASPECTOS PUNTUALES

La extensión de la normativa reguladora de las Cajas de Ahorros en cada una de las diecisiete Comunidades Autónomas exige que el análisis que pretendemos acometer desde una perspectiva comparada se centre en las cuestiones de mayor relevancia en consideración, bien a la especial naturaleza de estos sujetos (como son las materias relativas al concepto de Caja de Ahorros, su fusión y la emisión de cuotas participativas), bien al controvertido reparto de competencias que sobre estas entidades ostentan tanto el Estado como las Comunidades Autónomas (cuestión particularmente discutida en aspectos tales como la regulación de las sucursales y los órganos rectores de las Cajas de Ahorros).

1. **Ámbito de aplicación territorial de la normativa autonómica**

Con carácter general, el criterio que rige la eficacia espacial de las normas autonómicas es el de territorialidad, en virtud del cual aquéllas no extienden su eficacia más allá del territorio de la Comunidad Autónoma de la que emanan⁽⁷⁾. La limitación

cuencias, ante una de las manifestaciones más evidentes de cómo los procesos de descentralización política de los diferentes Estados integrados en la Unión Europea provocan dos tendencias que originan sendas corrientes de transferencias de competencias en sentido opuesto: *ad infra*, el regional, autonomista, desintegrador o, simplemente, descentralizador; *ad supra*, el supranacional, integrador, cuya dinámica tiende a insertar a nuestro país en una Europa comunitaria que camina hacia la creación de un espacio económico único donde personas, bienes, servicios y capitales circulen libremente y concurren en un auténtico mercado común.

⁽⁶⁾ *Vid.*, ampliamente, R. ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, “L’incidencia...”, *op. cit.*, pp. 3 y ss.

⁽⁷⁾ Este principio trae su causa de la organización territorial del Estado en CCAA, con competencias para la gestión de sus respectivos intereses, y de la consiguiente necesidad de hacer compatible el ejercicio simultáneo de las competencias asumidas por cada una de ellas (así, las SSTC 72/1983, FJ 4.^o; 44/1984, FJ 2.^o; 165/1985 y 132/1996, FJ 4.^o). Por tanto, como señalan las SSTC 195/2001 (FJ 1.^o) y 38/2002 (FJ 6.^o), el ejercicio por parte de las CCAA de sus competencias “debe tener como soporte y presupuesto el territorio en el cual esa Comunidad ejerce sus potestades, de suerte que éste opera como límite para aquél, ya que si no se respetara tal ámbito espacial, podría invadirse indebidamente el de otra Comunidad”. *Vid.*, además, las SSTC 53/1988, FJ 1.^o y 101/1995, FJ 7.^o.

territorial de las competencias autonómicas es un principio implícito en el sistema de autonomías territoriales⁽⁸⁾. De este modo, al asumir todas las CCAA competencias exclusivas en materia de Cajas de Ahorros, en principio todas podrán regular en su territorio los aspectos de éstas respecto a los que se encuentren legitimadas en función al correspondiente título competencial.

No obstante, las Cajas de Ahorros no suelen limitar su ámbito de actuación a la Comunidad en la que se encuentran domiciliadas, extendiendo su actividad a otras Comunidades a través de sucursales. Este hecho da lugar a un posible conflicto entre las normas de la Comunidad Autónoma de “origen” y la de “destino”, poniendo en cuestión la eficacia en el espacio de la normativa autonómica sobre las Cajas de Ahorro, al objeto de determinar qué ordenamiento jurídico es el competente para regir la configuración y actividad de aquellas Cajas de Ahorros cuyo ámbito de actuación sea “supraautonómico”⁽⁹⁾.

La resolución del problema de la aplicabilidad de un ordenamiento u otro a un supuesto de hecho “supraautonómico” precisa de una norma que nos ofrezca un criterio objetivo y seguro para elegir cuál de los posibles ordenamientos aplicables ha de regir el supuesto debatido. En este sentido, es esencial destacar que la Constitución, en su artículo 149.1.8.^a, sólo habilita al Estado para dictar normas de conflicto. Por ello, aunque la generalidad de las leyes autonómicas sobre Cajas de Ahorros delimitan expresamente el alcance de sus normas respecto a los supuestos con trascendencia supraautonómica, hay que poner de manifiesto que estas normas carecerán de validez en la medida en que desconozcan o, simplemente, alteren o maticen los criterios establecidos en la normativa estatal, única constitucionalmente legitimada para resolver los conflictos normativos interregionales.

Con carácter general, a pesar de la habilitación constitucional, el Estado no ha hecho uso expreso de esta facultad en relación a los conflictos que pueden surgir respecto a la aplicabilidad de las distintas normativas autonómicas. No obstante, paulatinamente han aparecido algunas normas de conflicto específicamente destinadas a

⁽⁸⁾ SSTC 13/1988, FJ 2.º; 313/1994, FJ 9.ºc), y 204/2002, FJ 3.º. En particular, en materia de Cajas de Ahorros la STC 1/1982, FJ 11.º, declaró la inconstitucionalidad por exceso de competencia del artículo 4 letra b) del Decreto 45/1981 del Gobierno Vasco, que sancionaba que antes de que una Caja de Ahorros no domiciliada en el País Vasco pudiera proceder a la apertura de oficinas situadas dentro de este territorio, la CA vasca tendría que comprobar si tal Caja tenía capacidad de expansión disponible, para lo cual tendría que examinar dónde tenía la Caja su sede social, cuál era la suma de sus recursos propios según su último balance, y estaría facultada para llevar a cabo cuantas comprobaciones e inspecciones estimara necesarias para el cumplimiento de las normas reglamentarias vigentes. Frente a lo cual, el TC entiende que el precepto incurre en un exceso de competencia, desde el mismo momento en que implicaría realizar fuera del territorio vasco unas potestades que los órganos de la CA vasca no pueden ejercer más que en el ámbito territorial del País Vasco, según se desprende en concreto del artículo 11.2 a) de su EA y, en términos más generales, del artículo 20.6 del mismo Estatuto.

⁽⁹⁾ *Vid.*, más ampliamente sobre la competencia territorial de las CCAA sobre las Cajas de Ahorros, R. ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, *El reparto...*, *op. cit.*, pp. 100-132.

regular conflictos interregionales, bien en los propios EEA, bien en alguna otra norma estatal.

Por lo que se refiere a los EEA, aunque dejan abierta la posibilidad de que la regla de la eficacia territorial de las normas autonómicas cuente con excepciones⁽¹⁰⁾, no contemplan expresamente ninguna en materia de Cajas de Ahorros. Sin embargo, la Ley sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro (en adelante LORCA) sí trató de delimitar los poderes autonómicos en relación al supuesto que nos ocupa, haciendo jugar junto al criterio del ámbito territorial de la actuación de las Cajas de Ahorro, el domicilio social y el origen de los fondos captados, en dos normas: en su disposición adicional primera, en relación al ejercicio de las funciones de disciplina, inspección y sanción de las Cajas de Ahorros con actividad supraautonómica, y en su disposición final quinta, respecto a la regulación de la actividad y la organización de las Cajas con actividad supraautonómica⁽¹¹⁾. Conforme a estas disposiciones, una Comunidad Autónoma con competencias sobre Cajas de Ahorros podrá regular el aspecto organizativo o el estatuto personal de las que fijen el domicilio social en su territorio, aunque extiendan su actividad más allá de ese marco territorial; así como desplegar sus facultades inspectoras y sancionadoras sobre la actividad que desarrolle en tal ámbito cualquier Caja de ahorro, con independencia de dónde se encuentre su domicilio. De modo que la expansión extracomunitaria de la actividad de las Cajas de ahorros, a diferencia de lo que ocurre en el caso de Cooperativas, Mutualidades de Previsión Social o fundaciones, no provoca que las competencias sobre éstas pasen al Estado⁽¹²⁾. Si bien, en todo caso, queda a salvo la facultad del Estado de dictar normas básicas respecto a las Cajas de Ahorros con actividad supracomunitaria, en las que podrá tener en cuenta el interés de las diversas Comunidades en que la Caja de Ahorros capte su pasivo o cualquier otra circunstancia que salvaguarde el interés general y la solidaridad de las diversas Comunidades Autónomas afectadas.

Con estos presupuestos, podemos señalar que la mayoría de las leyes se han hecho eco de la distinta eficacia de las normas relativas al estatuto personal de las Cajas y a su actividad externa contemplada en las normas de conflicto estatales de forma cumplida. Las disposiciones autonómicas que regulan tanto la organización

(10) Así ocurre en materia de fundaciones cuando algunos EEA excepcionan el principio de territorialidad asumiendo las competencias sobre las fundaciones que desarrollen sus funciones principal, esencial o mayoritariamente en la Comunidad (el artículo 10.13 del EA para el País Vasco; el artículo 118.2 del EA de Cataluña; el artículo 79.2 del EA para Andalucía; el artículo 24.29 del EA para Cantabria; el artículo 10.1.30.^º del EA del Principado de Asturias; el artículo 8 Uno 34 del EA de La Rioja; el artículo 10.1.26 del EA para la Región de Murcia; artículo 49.1.23.^º del EA de la Comunidad Valenciana; el artículo 30.7 del EA de Canarias; el artículo 31.1.25 del EA de Castilla-La Mancha; el artículo 71.40.^º del EA de Aragón; el artículo 26.1.1.26 del EA de la Comunidad de Madrid; el artículo 70.1.34.^º del EA de Castilla y León; el artículo 7.1.26 del EA de Extremadura y el artículo 30.33 del EA de las Islas Baleares), o cuando lo hacen sobre las fundaciones de interés para la respectiva Comunidad (artículo 27.26 del EA de Galicia). El artículo 14.20 de la LORAFNA recoge la competencia de la Comunidad Navarra sobre las “fundaciones constituidas con arreglo a las normas del Derecho Foral de Navarra”.

(11) Normas sobre cuya constitucionalidad se ha pronunciado nuestro TC (*cf.* STC 49/1988).

(12) Con carácter crítico, *vid.* R. ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, *El reparto...*, *op. cit.*, pp. 114 y ss.

como la actividad de las Cajas de Ahorros suelen distinguir, tras una declaración general en la que extienden su ámbito de aplicación a las Cajas de Ahorros domiciliadas en su Comunidad y a las actividades que cualquier Caja de Ahorros desarrolle en ella⁽¹³⁾, aquellos preceptos que se dirigen a las Cajas de Ahorros que tienen su domicilio fuera de la Comunidad, de los que se aplican, además, a las que lo tienen dentro⁽¹⁴⁾.

(13) *Cfr.* artículos 1.1 de la Ley 3/1991, de 8 de noviembre, de Cajas de Ahorros en la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, LCPV); 1.1 del Texto Refundido de la Ley de Cajas de Ahorros de Cataluña, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2008 de Cataluña, de 11 de marzo (en adelante, LCCat); 1.1 del Decreto Legislativo 1/2005 de Galicia, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes 7/1985, de 17 de julio, y 4/1996, de 31 de mayo, de Cajas de Ahorros de Galicia (en adelante, LCG); 1.2 y 3 de la Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de Cajas de Ahorros de Andalucía (en adelante, LCAnd); 1.1 de la Ley 4/2002, de 24 de julio, de Cajas de Ahorros (en adelante, LCCant); 1.1 de la Ley 2/2000 de 23 de junio, de Cajas de Ahorro de Asturias (en adelante, LCAst); 1.1 de la Ley 3/1998, de 1 de julio, de Cajas de Ahorro de la Región de Murcia (en adelante, LCMur); 1.1 de la Ley 6/2004, de 18 de octubre, de Cajas de Ahorro de La Rioja (en adelante, LCRj); 1.1 del Decreto Legislativo de la Generalitat Valenciana 1/1997, de 23 de julio de 1997, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Normas reguladoras de las Cajas de Ahorros de la Comunidad Valenciana (en adelante, LCVal); 1 del Decreto 244/1992 de Navarra; 1.1 de la Ley 4/1997, de 10 de julio, de Cajas de Ahorro de Castilla-La Mancha (en adelante, LCCM); 1.1 del Decreto Legislativo 1/2005 de Castilla y León, de 21 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Cajas de Ahorro de Castilla y León (en adelante, LCCL); y 1.1 de la Ley 8/1994, de 23 de diciembre, de Cajas de Ahorro de Extremadura (en adelante, LCE).

(14) La LCAnd es una de las disposiciones más claras a la hora de diferenciar el régimen jurídico que se ha de aplicar a las Cajas de Ahorros domiciliadas en la Comunidad, de aquél que deben observar todas las Cajas respecto a las actividades que se desarrollen en su territorio. Ya en su Exposición de Motivos, esta Ley señala que “las Cajas de Ahorros se rigen en su organización por su estatuto personal determinado por su domicilio social, por lo que la competencia de la Comunidad Autónoma se extiende a todo lo relativo a la capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución, extinción y demás extremos derivados de la aplicación de la Ley personal. Por lo que se refiere al aspecto externo o actividad, las Cajas se rigen por el principio de territorialidad que conlleva que tales actividades queden sometidas a la competencia de la Comunidad Autónoma en que se realicen”.

En coherencia con ello, y aunque de forma más o menos explícita según la CA de que se trate, el criterio normativo general es el de disponer que se someterá a la legislación de la CA en donde la Caja de Ahorros tenga su domicilio, todo lo relativo a su capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución, extinción y demás extremos derivados de la aplicación de la Ley personal (*cfr.* la EM y los Títulos II y V de la LCAnd; los artículos 1, 5, 10, 12 y ss., y 61.1 de la LCCant; artículo 54 de la LCVal; arts 2, 7 y 11 del Decreto 244/1992 de Navarra; Títulos II y IV, y artículos 27 ss de la LCCL y de la LCRj; artículos 9.1, 16.2 y 67 de la LCE), así como otras cuestiones tales como la calificación de los activos y de inversiones de las Cajas (artículos 12 de la LCPV; 43 de la LCCat; 60.1, 62.1, 65.1, 66 y 69 de la LCCant, y 49 de la LCVal), la federación entre distintas Cajas de la CA correspondiente (artículo 47 de la LCCat, Título VII de la LCAnd, Títulos VII de la LCCL y de la LCRj, artículo 69 de la LCE) o la regulación de la figura del Defensor del Cliente (Título VIII de la LCAnd; aunque esta cuestión es regulada con carácter general para todas las Cajas de Ahorro que operen dentro de la Comunidad en otras normas, tales como el artículo 23.3 de la LCMur, y, de hecho, ése es el criterio mayoritario en lo que se refiere a las cuestiones relativas a la protección de la clientela en general).

A su vez, la mayoría de legislaciones autonómicas optan por el criterio de territorialidad a la hora de regular la actividad desarrollada dentro de su territorio por las Cajas de Ahorro, al margen de que éstas tengan o no su domicilio dentro de éste. En particular, y sin perjuicio de la normativa básica del Estado, se suelen regir por el criterio de territorialidad las cuestiones relativas a la apertura y cierre de

No faltan, sin embargo, disposiciones en las que, o bien no encontramos aquella declaración general que extiende su ámbito de aplicación a las Cajas de Ahorros domiciliadas dentro y fuera de la Comunidad⁽¹⁵⁾ o, haciéndolo, no deslindan nítida-

sucursales (artículos 14.1 de la LCPV, 46.1 de la LCCat, 4.4 de la LCG, 61.2 de la LCCant, 68.3 de la LCAs, 22.2 de la LCMur, 77.a) de la LCVal, 3 Decreto 244/1992 de Navarra, 60.3 de la LCCM, Títulos V de la LCCL y de la LCRj, y artículo 16.2 de la LCE), a la inscripción registral de las Cajas de Ahorro con domicilio social fuera del territorio de la CA pero con oficinas dentro de él [artículos 4.4 de la LCG, 6.1 letra b) de la LCAs, y 11 de la LCCM], a la necesidad de autorización previa para determinadas inversiones (artículos 13 de la LCPV, 44 de la LCCat, y 8 del Decreto 244/1992 de Navarra), a las exigencias relativas a la protección de la clientela (artículos 31 y 32 de la LCAnd, Título V de la LCCL y de la LCRj), al excedente de las Cajas de Ahorro (artículo 50 de la LCCat), a la autorización para la distribución de resultados (artículo 15 de la LCPV), a la regulación de la realización de obras sociales en la comunidad (Título VI de la LCAnd, artículos 71.2 de la LCCant, 74.3 de la LCAs, 27.2 y 28.3.2.º de la LCMur, 77.b) de la LCVal, 66.2 de la LCCM, Títulos V de la LCCL y de la LCRj, y 23 de la LCE), a las normas relativas a la seguridad de las instalaciones y forma de operar (artículos 69 de la LCG y 33 de la LCAnd) y, de forma especial, a las obligaciones de información, auditoría y sometimiento de su actividad y gestión a las facultades de inspección, sanción e intervención por parte de los órganos competentes de la correspondiente CA, sin perjuicio de la que pueda corresponder al Ministerio de Economía y Hacienda y al Banco de España (*cf.*: artículos 17 a 19 de la LCPV; 52 a 55 de la LCCat; 84 de la LCG; 34 y Título IV de la LCAnd; 60.1 y 72 ss. de la LCCant; 79 de la LCAs; 24, 25 y 70.1 de la LCMur; 55.1 y 77.c) de la LCVal; 6, 9 y 12 Decreto 244/1992 de Navarra; 73 de la LCCM, Títulos V y VI de la LCCL y de la LCRj, y 19 de la LCE).

(15) *V. gr.*, la Ley 1/1991, de 4 de enero, de regulación de las Cajas de Ahorros en Aragón (en adelante, LCAr) señala en su artículo 1.1 y 2 que “la presente Ley tiene por objeto la regulación de las Cajas de Ahorro con domicilio social en Aragón. Será de aplicación a todas las Cajas de Ahorro cuyo domicilio social radique en el territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón, independientemente de que las mismas tengan otros domicilios o mantengan oficinas o instalaciones en territorios de otras Comunidades Autónomas españolas o en el extranjero”. Aunque, a pesar de esta delimitación, la LCAr hace referencia expresa a las Cajas de Ahorros con domicilio social fuera de la Comunidad Autónoma de Aragón para regular la inversión o gastos en obra social y cultural en Aragón (artículo 28.2).

También la Ley 4/2003, de 11 de marzo, de Cajas de Ahorros de la Comunidad de Madrid (en adelante, LCMad) señala en su artículo 1 que “en el marco de la legislación básica del Estado, la presente Ley tiene por objeto establecer la regulación sobre creación y extinción de las Cajas de Ahorros cuyo domicilio social radique en el territorio de la Comunidad de Madrid, así como otras cuestiones relativas a su régimen jurídico y, en particular, la regulación de sus órganos de gobierno y el régimen sancionador aplicable a dichas entidades de crédito”. De esta declaración general entendemos que su ámbito de aplicación se circunscribe exclusivamente a las Cajas de Ahorros con domicilio en la Comunidad Autónoma de Madrid. Algunas dudas, sin embargo, sobre su aplicabilidad a las Cajas de Ahorros domiciliadas fuera de la Comunidad pero que desarrollan su actividad en ésta, podría plantear el artículo 3, relativo al ejercicio de actividades y uso de denominaciones reservadas a las Cajas de Ahorro, y el artículo 4, sobre el deber de guardar reserva acerca de informaciones sobre clientes, ambos del Título I de la LCMad. Pero la EM de la LCMad es clara al decirnos que “el Título I contiene disposiciones generales dedicadas, entre otras prescripciones, al ámbito de aplicación de la Ley, que se limita a las Cajas de Ahorros con domicilio social en la Comunidad de Madrid, quedando, en su caso, para otras disposiciones el ejercicio de competencias de la Comunidad sobre las actividades de las Cajas de Ahorros con domicilio social fuera de la propia Comunidad”. Asimismo, la EM de la LCMad, aunque no tan claramente, en sus artículos 77 y ss. se encargará de declarar la intención del legislador autonómico de que el Título VI, relativo al régimen sancionador, resulte tan sólo de aplicación a las Cajas de Ahorros domiciliadas en la Comunidad.

mente a lo largo de su articulado la eficacia de las normas relativas al estatuto personal de las relativas a la actividad externa⁽¹⁶⁾.

Por otro lado, menos dudas plantean aquellas disposiciones ceñidas a regular los órganos rectores de las Cajas de Ahorros. Con carácter general y en coherencia con la normativa estatal, éstas mantienen su exclusiva aplicabilidad a las Cajas de Ahorro con domicilio social en las respectivas CCAA⁽¹⁷⁾.

2. Concepto y naturaleza jurídica

A la hora de concretar cuáles son los caracteres esenciales de las Cajas y a quién le corresponde determinarlos, bien podríamos partir no sólo del modelo estructural existente en el momento en que las CCAA asumieron competencias sobre éstas, sino también de la afirmación de que, en cualquier caso, será el Estado el competente para determinar los rasgos esenciales de las Cajas de Ahorros, pues sólo así se garantizará que el modelo básico sea el mismo en todo el territorio nacional⁽¹⁸⁾.

Estas consideraciones, sin embargo, no impiden que la normativa autonómica pueda recoger una definición de lo que es una Caja de Ahorros, sin que tal definición pueda apartarse de la prevista por el legislador estatal. En este sentido, y a pesar de que la caracterización de las Cajas de Ahorros resulta una de las cuestiones más controvertidas con respecto a estas entidades⁽¹⁹⁾, el concepto de Caja de Ahorros que nos encon-

(16) El artículo 1.1 de la Ley 13/1990, de 26 de julio, sobre regulación de las Cajas de Ahorros de Canarias (en adelante, LCCan) sanciona que “la presente Ley será de aplicación a las Cajas de Ahorros con domicilio central en Canarias. Será igualmente de aplicación a las Cajas de Ahorros con oficinas en Canarias y con domicilio central en otra Comunidad Autónoma”, sin distinguir con carácter general la eficacia de las normas relativas al estatuto personal de las relativas a la actividad externa de las Cajas. Así, la LCCan hace referencia a todas las Cajas de Ahorros, con independencia de que su domicilio radique en la propia Comunidad, al regular la autorización para las absorciones y fusiones (artículo 8); el Registro de Cajas (artículo 10); los requisitos para la apertura de oficinas en la Comunidad (artículo 14) y las exigencias de información económica sobre su actividad y gestión (artículo 16).

(17) Así lo disponen los artículos 1 de la Ley Foral 7/1987, de 21 de abril, de órganos rectores de las Cajas de Ahorros de Navarra (en adelante, LCN); 1 del Decreto 126/2000 de Murcia y 1 del Decreto 16/2003 de La Rioja. No falta, pese a ello, alguna disposición de difícil comprensión. Es el caso del artículo 1 del Decreto 92/1989, de regulación de órganos rectores de las Cajas de Ahorros con domicilio social en las Islas Baleares, que dispone que “el presente Decreto será de aplicación a las Cajas de Ahorros que tengan domicilio social en el ámbito de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y para las actividades realizadas en su territorio”.

(18) Vid. R. ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, *El reparto...*, op. cit., pp. 256 y ss.

(19) Vid., entre las últimas aportaciones, L. DÍEZ PICAZO, “Sobre la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorros”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 33, 2003, pp. 431 y ss.; A. CASARES MARCOS, *Cajas de Ahorros: naturaleza jurídica e intervención pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; F. SÁNCHEZ CALERO, *La evolución del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros*, Madrid, 2006, pp. 6 y ss., y “Sobre el régimen...”, op. cit., pp. 25 y ss.; R. CAÑABATE POZO, *El régimen*

tramos en la normativa autonómica gira bajo un denominador común: las Cajas de Ahorros son entidades de crédito, sin ánimo de lucro, de naturaleza fundacional y carácter social o benéfico-social. De esta forma se viene a reconocer en la normativa autonómica no sólo la evolución sufrida por estas entidades, sino la propia doctrina del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) cuando, con los matices sobradamente conocidos, afirma el carácter fundacional, empresarial y social o benéfico-social de las Cajas de Ahorros⁽²⁰⁾.

A nivel autonómico nos encontramos, también, con algunas disposiciones que contienen una referencia expresa a la igualdad de las Cajas de Ahorro comprendidas en su ámbito, en contra de la tesis dualista de la naturaleza (privada o pública) de las Cajas de Ahorros según hubiesen sido fundadas por particulares o por sujetos de derecho público. En unos casos, se nos dirá que todas las Cajas de Ahorro con domicilio social en la Comunidad tienen la misma naturaleza jurídica y los mismos derechos

jurídico de la fusión de Cajas de Ahorros, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 103 y ss.; A. TAPIA HERMIDA, “Sentencia del Tribunal Supremo sobre el Real Decreto de cuotas participativas de Cajas de Ahorros”, *RDBB*, núm. 102, 2006, pp. 279 y ss.; A. SEQUEIRA MARTÍN, “La relevancia de la fusión de cajas de ahorros”, *RDBB*, núm. 108, 2007, pp. 135 y ss., y R. ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, *El reparto...*, *op. cit.*, pp. 133 y ss.

⁽²⁰⁾ La LCPV (artículo 1) las define como “la institución financiera de fundación pública o privada exenta de lucro mercantil, no dependiente de ninguna otra empresa, dedicada a la administración, captación e inversión”. La LCCat (artículo 1.2) como las “instituciones financieras de carácter social y naturaleza fundacional, sin afán de lucro, no dependientes de ninguna otra empresa, dedicadas a la captación, administración e inversión de los ahorros que les son confiados”. La LCG (artículo 2) como “la entidad financiera de carácter social, de naturaleza fundacional y sin finalidad lucrativa que, bajo protectorado público ejercido por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Galicia a través de la Consellería de Economía y Hacienda, se dedica a la actividad financiera y a la prestación de servicios conexos, destinando parte de sus excedentes a obras de carácter benéfico-social”. La LCAnd (artículo 2.1) como las “entidades de crédito de naturaleza fundacional y de carácter social, sin ánimo de lucro, que orientan su actividad a la consecución de fines de interés público”. La LCCant (artículo 1.2), de la LCAst (artículo 1) y la LCCM (artículo 1.2) la definen como “entidades de crédito sin ánimo de lucro, de naturaleza fundacional y carácter benéfico social, no dependientes de otra persona física o jurídica, y dedicadas a la captación, administración e inversión de los ahorros que les sean confiados”. La LCMur (artículo 1.2) como “entidades de crédito de carácter social, origen fundacional y sin finalidad lucrativa, que en el ejercicio de las actividades económico-financieras permitidas por las leyes, tengan como finalidad el fomento del desarrollo económico y social de su ámbito de actuación y destine parte de sus excedentes a obras de carácter benéfico-social”. La LCVal (artículo 1.2) y la LCE (artículo 1.2) como “entidades de crédito de naturaleza fundacional y carácter social que, sin ánimo de lucro, orientan su actividad a la consecución de intereses generales”. La LCN (artículo 2) como “el establecimiento de crédito de carácter social y naturaleza fundacional, sin ánimo de lucro, no dependiente de ninguna otra empresa, dedicada a la captación, administración e inversión de los ahorros que le son confiados”. La LCCan (artículos 1 y 3) como entidades de crédito de carácter social y sin ánimo de lucro, que tienen por objeto el fomento del ahorro a través de su actividad específica consistente en recibir fondos del público en forma de depósito, préstamos, cesión temporal de activos financieros u otras análogas, que lleven aparejada la obligación de su restitución aplicándolos por cuenta propia a la concesión de créditos y operaciones de análoga naturaleza. La LCAr (artículo 2) como “instituciones financieras de naturaleza fundacional y de carácter social, sin ánimo de lucro, no dependientes de empresa, institución, corporación o entidad alguna, cuya principal actividad consista en la captación y gestión de los depósitos que les sean confiados por terceros”. Y la LCCL y la LCRj (artículo 2.1) como “la entidad de crédito sin ánimo de lucro, de naturaleza fundacional y carácter social, no dependiente de otra empresa, institución o entidad”.

y obligaciones, así como idéntica consideración ante los poderes públicos⁽²¹⁾. En otros, sin embargo, se añade la prescripción de que ello será así “con independencia del origen público o privado de las mismas”⁽²²⁾.

3. La creación de las Cajas de Ahorros

La creación de una Caja de Ahorros, pese al carácter jurídico-privado del negocio jurídico que conlleva, ha estado siempre sometida a autorización administrativa. Primero, como *instituciones de beneficencia particular*, para cuya existencia era necesaria la inscripción otorgada por las autoridades que ejercían el protectorado oficial, y más tarde como *entidades de crédito*⁽²³⁾.

Partiendo de que la Caja de Ahorros que se pretenda crear ha de tener su domicilio social, así como su efectiva administración y dirección, en territorio nacional⁽²⁴⁾, el procedimiento administrativo de autorización se inicia con el trámite de la solicitud de autorización. En relación a este trámite, el artículo 2.1 del Decreto 1838/1975⁽²⁵⁾ dispone que la solicitud de autorización deberá dirigirse al Ministro de Economía y Hacienda a través del Banco de España. La normativa autonómica, sin embargo, va a sustituir en este trámite a la autoridad estatal por la autonómica⁽²⁶⁾, lo que no supone una vulneración de la norma estatal, ya que la atribución de esta competencia a la autoridad estatal no tiene carácter básico, por tratarse de un mero acto de ejecución⁽²⁷⁾.

Los pasos siguientes para la creación de la Caja son la tramitación de la solicitud y la resolución de la solicitud.

En la tramitación interviene el Banco de España elaborando, conforme al artículo 43.1 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (en adelante,

(21) Cfr. artículos 1.3 de la LCCant, LCAst, LCCast, LCCat y LCMur, y 2.2 de la LCCL.

(22) Cfr. artículos 1.3 de la LCE y de la LCVal.

(23) Vid., al respecto, R. ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, *El reparto...*, op. cit., pp. 257 y ss.

(24) Cfr. artículo 2.1 e) del Decreto 1838/1975, añadido por el Real Decreto 692/1996.

(25) Modificado por el Real Decreto 184/1987, de 30 de enero, por el que se modifican normas reglamentarias para adaptarlas al ordenamiento jurídico de la Comunidad Económica Europea (BOE de 10-2-1987, núm. 35); el Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito [BOE 24-5-1996, núm. 126 (p. 17629)]; y el Real Decreto 54/2005, de 21 de enero, por el que se modifican el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, aprobado por el Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, y otras normas de regulación del sistema bancario, financiero y asegurador [BOE 22-1-2005, núm. 19 (p. 2573)].

(26) Vid. artículo 6.2 de la LCAnd.

(27) Cfr. STC 48/1988, FJ 10.º.

LDIEC), un “informe previo” a la autorización que corresponde al Ministro de Economía y Hacienda. La autorización del órgano estatal no es básica, por lo que la Comunidad Autónoma con competencias sobre Cajas de Ahorro puede determinar el titular de la competencia de autorización⁽²⁸⁾. No se puede cuestionar, por tanto, que las competencias del Ministerio de Economía y Hacienda sean asumidas en este trámite por la autoridad que en su caso fije la Comunidad Autónoma con competencias sobre Cajas de Ahorro⁽²⁹⁾, sin perjuicio de que ésta deba observar ciertos requisitos previstos en la normativa estatal, tal y como ocurre, por ejemplo, con la exigencia de un fondo de dotación mínimo vinculado permanentemente al capital⁽³⁰⁾, en tanto afecta a la garantía de solvencia de las entidades de crédito y, como tal, exige un tratamiento normativo uniforme en todo el territorio nacional⁽³¹⁾.

No creemos, sin embargo, que la normativa autonómica deba prescindir del informe previo del Banco de España, y ello a pesar de que el artículo 43 bis apartado 8.º de la LDIEC, introducido por la Ley 3/1994, sanciona que lo dispuesto en el artículo 43.1 de la LDIEC “se entiende sin perjuicio de las competencias que tengan atribuidas las

(28) Cfr. STC 1/1982, FJ 9.º, cuando, en relación al artículo 2.a) del Decreto 45/1981 del Gobierno vasco, señala que “como autorizar es una decisión perteneciente al ámbito de la ejecución, no se discute que, dentro de su ámbito material y territorial, pueda ejercerla el Consejero vasco de Economía y Hacienda con apoyo en el 11.2 a) y en el 10.26 EA del País Vasco”. En el mismo sentido se expresa la STC 48/1988, FJ 10.º, al declarar la constitucionalidad de los artículos 8.1 de la Ley 7/1985, de 4 de julio, de Cajas de Ahorro Gallegas, y el 7.1 de la Ley 15/1985, de 1 de julio, de Cajas de Ahorro de Cataluña, ya que no hacían sino determinar qué órgano autonómico era el competente. Sin embargo, en términos ciertamente equívocos, la STC 235/1999, FJ 10.º, en relación a la autorización para la creación de los establecimientos financieros de crédito (disposición adicional primera, apartado 4.º de la Ley 3/1994), nos dice que “la atribución de la competencia para autorizar la creación de establecimientos financieros de crédito al Ministro de Economía y Hacienda no vulnera las competencias autonómicas de ejecución de las bases de ordenación del crédito”, ya que dicha autorización no sólo no excluye otras intervenciones administrativas y, entre ellas, la autonómica, sino que se justifica en el ámbito competencial estatal sobre las bases de la ordenación del crédito, toda vez que la constitución de nuevos intermediarios crediticios presenta una indudable incidencia en la política financiera en todo el territorio nacional.

(29) Como hacen, por ejemplo, los artículos 4.1 de la LCPV y 6.2 de la LCAnd.

(30) Como dispone el artículo 4 del Decreto 1838/1975, modificado por el Real Decreto 1242/1995, de 14 de julio, sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito. Así lo prevé, por ejemplo, el artículo 6.2.b) de la LCAnd.

(31) Cfr. STC 48/1988, FFJJ 7.º y 10.º. En ella se estimó constitucional el artículo 6.1.d) de la Ley 7/1985, de 4 de julio, de Cajas de Ahorro Gallegas, ya que el hecho de que la dotación figure en la escritura pública de constitución de una nueva Caja de Ahorro es independiente de que dicha dotación haya de tener una cuantía mínima y que el fondo correspondiente haya de constituirse mediante depósito en el Banco de España una vez autorizada la creación de la entidad y previamente al otorgamiento de la escritura fundacional. Por otro lado, la remisión a la “normativa que resulte de aplicación” se refiere a la normativa estatal y no a la posibilidad de fijar reglamentariamente una dotación inicial mínima, ya que de no ser así, y como ocurre con el artículo 5.1.d) de la Ley 15/1985, de 1 de julio, de Cajas de Ahorro de Cataluña, debería declararse la precisión de inconstitucional (cfr. STC 48/1988, FJ 7.º).

Comunidades Autónomas”⁽³²⁾ y de que la intervención del Banco de España se haya vinculado por parte de nuestro TC al carácter discrecional de la autorización⁽³³⁾. Aun así, no todas las normas autonómicas recogen tal intervención⁽³⁴⁾.

Una vez que la autorización haya sido concedida por la autoridad competente, se inscribirá la entidad en los registros correspondientes⁽³⁵⁾. La normativa de las distintas CCAA prevé en este punto la inscripción en tres registros: el registro de Cajas de Ahorros de la Comunidad correspondiente, el Registro del Banco de España, y la inscripción en el Registro Mercantil⁽³⁶⁾.

La inscripción en el Registro del Banco de España se impone como necesaria por las funciones de control que corresponden a éste, en el conjunto del sistema financiero⁽³⁷⁾. Aun así, no se trata de una inscripción constitutiva, porque sólo se subordina a la previa inscripción el desarrollo de las actividades crediticias⁽³⁸⁾. La inscripción en el registro estatal, sometida a plazo —cuyo transcurso debe conllevar una resolución favorable—, constituye una potestad reglada del Banco de España, que no podrá negar discrecionalmente a la Caja que ha sido autorizada por la Comunidad Autónoma e inscrita en sus propios registros sino, como señala el artículo 3 del Decreto 1828/1975, cuando la escritura fundacional no se ajustase a los términos de la autorización o, más genéricamente, cuando la Caja incumpliera una norma estatal, cuya ejecución corresponda a la Administración general del Estado. Denegación que, en cualquier caso, sería susceptible de control jurisdiccional⁽³⁹⁾.

(32) La disposición final primera de la Ley 3/1994 atribuye carácter básico a todos sus preceptos, salvo lo establecido en su artículo 3, que es precisamente el que recoge la modificación del artículo 43 de la LDIEC, que tendrá aquel carácter en la medida en que se especifique en la LDIEC.

(33) *Vid.*, ampliamente, R. ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, *El reparto...*, *op. cit.*, pp. 259 y ss.

(34) Sí lo hace, sin embargo, la LCAnd en su artículo 6.1.

(35) En particular, conforme a los artículos 28.1 y 43 bis 8 de la LDIEC, ninguna persona física o jurídica puede, sin haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros —los correspondientes del Banco de España y, cuando proceda, de la Comunidad Autónoma competente—, ejercer en territorio español las actividades legalmente reservadas a las entidades de crédito.

(36) *Cfr.* artículo 8.1 de la LCAnd.

(37) *Cfr.* STC 96/1996, FJ 13.º. Nos dice, además, la STC 96/1996, que nada impide que la legislación autonómica determine que esa inscripción deba realizarse directamente por las Cajas o bien a través de las autoridades autonómicas competentes. En relación a las Cooperativas de Crédito, *vid.* STC 155/1993, FJ 7.º.

(38) Algunas CCAA han condicionado la creación de las Cajas y la adquisición de la personalidad jurídica a la inscripción en el Registro Autonómico de las Cajas de Ahorros (así los artículos 5.2 de la LCVF, 7.1 de la LCCat, 7.3 de la LCVal y 7.6 de la LCAr).

(39) *Vid.* STC 96/1996, FJ 13.º, siguiendo la doctrina de las SSTC 1/1982, FJ 7.º; 42/1983, FJ 6.º; 48/1988, FJ 10.º; 86/1989, FJ 20.º; 100/1991, FJ 5.º d); y 149/1991, FJSS 4.º B) e), 4.º D) b), 7.º a) c) y 9.º D).

La inscripción en el Registro Mercantil, por su parte, se hace conforme al artículo 81.1 letra g) del RRM, siendo ésta una obligación que se les impone no por la vía de la competencia básica del Estado del artículo 149.1.11.^a y 13.^a de la CE, sino por la competencia de éste sobre la “legislación mercantil”.

4. La expansión territorial de las Cajas de Ahorros: la apertura de sucursales

El régimen establecido para la apertura de nuevas sucursales representa para estas entidades una cuestión de particular importancia, pues si bien es verdad que en sus orígenes las Cajas de Ahorros veían limitada su expansión, precisamente por su vocación local y por una legislación que así lo propiciaba, hoy día la extensa red de sucursales con la que cuentan las Cajas de Ahorros representa una característica peculiar de su actividad y uno de los factores determinantes de su desarrollo⁽⁴⁰⁾.

La normativa estatal que se ha de observar por parte de las CCAA distingue tres supuestos: la apertura de sucursales en el territorio nacional, el establecimiento de sucursales en Estados miembros de la Comunidad Europea y la apertura de una sucursal en el territorio de un Estado no miembro de la Comunidad.

a) Cuando se trata de abrir nuevas oficinas en territorio nacional, la normativa estatal dispone que las entidades de crédito son libres para abrir nuevas sucursales sin perjuicio del régimen de autorización previa al que pueden quedar sometidos ciertos supuestos⁽⁴¹⁾. En particular, el artículo 11.3 de la Ley 13/1985, tras su modificación por la Ley 13/1992, de 1 de junio, de recursos propios y supervisión en base consolidada de las entidades financieras, y antes de su reforma por la Ley 36/2007, establecía que la apertura de nuevas oficinas por las entidades de crédito que no alcancen los niveles mínimos de recursos propios, o que vulneren los límites máximos fijados reglamentariamente a ciertas operaciones⁽⁴²⁾, quedará sometida a la previa autorización del Banco de España o, en su caso, y previo informe favorable del Banco de España, a la de las CCAA competentes en la materia. Ahora, tras la modificación llevada a cabo por la Ley 36/2007, no se hace referencia directa a la apertura de oficinas, y el artículo 11.3 de la Ley 13/1985 se limita a recoger las medidas que puede imponer el Banco de España cuando una entidad de crédito no cumpla con las exigencias contenidas en el propio Título II de la Ley o en otras normas de ordenación y disciplina que determinen requerimientos mínimos de recursos propios o de estructura

⁽⁴⁰⁾ Sobre la evolución de la normativa relativa a la expansión de las Cajas de Ahorros, *vid.* R. ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, *El reparto...*, *op. cit.*, pp. 264 y ss.

⁽⁴¹⁾ *Cf.*: artículo 21 del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio, sobre creación de bancos, actividad transfronteriza y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de las entidades de crédito [BOE de 31-7-1995, núm. 181 (p. 23380)], y 30 bis de la LDIEC, introducido por el artículo 3 de la Ley 3/1994 y modificado por la Ley 36/2007, de 16 de noviembre [BOE de 17-11-2007, núm. 276 (p.47152)].

⁽⁴²⁾ *Cf.*: artículos 11.1 y 2, y 6.3 de la Ley 13/1985, en su redacción anterior a la Ley 36/2007.

organizativa o de control interno adecuados (entre ellas, la posibilidad de restringir o limitar los negocios, las operaciones o la red de las entidades).

De naturaleza “básica” son el principio de libertad de expansión así como las limitaciones que pueden imponerse a ese principio y que recoge la propia LDIEC⁽⁴³⁾ y, entre esas limitaciones, los supuestos de autorización previa que preveía la Ley 13/1985. De hecho, el TC declara que son los únicos en los que la apertura de una sucursal se puede someter a autorización previa⁽⁴⁴⁾ del Banco de España o, en su caso, de las CCAA con competencias en la materia, como señalaba el artículo 11.3 de la Ley 13/1985. También tiene carácter básico la intervención del Banco de España cuando la autorización compete a la Comunidad Autónoma en la medida en que se justifica en la función de garantizar la estabilidad del sistema financiero⁽⁴⁵⁾. La intervención del Banco de España, además, no se limita al informe previo, sino que tal y como dispone con carácter básico⁽⁴⁶⁾ el artículo 12 de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 3 de marzo de 1987, es necesario comunicarle la apertura de cualquier sucursal tan pronto como se produzca.

Por otro lado, las dudas se plantean a la hora de fijar el criterio con el que se debe asignar la competencia para autorizar la apertura de sucursales a la Comunidad, es decir, si la determinación de la autoridad competente debe efectuarse en base al dato de la sede central de la entidad de crédito que pretende abrir nuevas sucursales, o en base a su situación geográfica. Al respecto, una Comunidad Autónoma no puede autorizar la apertura de una sucursal de una Caja domiciliada en su territorio fuera de éste⁽⁴⁷⁾, pero sí puede hacerlo con la apertura de sucursales en su territorio de cualquier

(43) El artículo 7.1 del Real Decreto 1370/1985 se declaraba formalmente básico, carácter que, pese a referirse tan sólo al principio general de libertad de apertura de sucursales, también se podía predicar del conjunto formado por el principio, sus excepciones y limitaciones. Igualmente, el artículo 30 bis de la LDIEC se declara “formalmente” básico por el propio artículo 42.7.a) de la LDIEC (conforme a la remisión de la disposición final 1.ª de la Ley 3/1994), si bien se dejan a salvo las referencias contenidas a órganos o entidades estatales.

(44) *Cfr.* STC 135/1992, FJ 5.º.

(45) *Cfr.* STC 135/1992, FJ 5.º. Anteriormente, la STC 1/1982, FJ 11.º, en relación al artículo 4.b) Decreto 45/1981 del Gobierno vasco, señala que “la consecución de los intereses de carácter supra-comunitario queda confiada a los órganos del Estado, función que en materia de expansión de Cajas de Ahorro cumple el Banco de España a tenor de la legislación vigente, a quien se le encarga actualmente de las comprobaciones necesarias para conceder o denegar la apertura de nuevas oficinas”.

(46) *Cfr.* STC 155/1996, FJ 6.º.

(47) *Cfr.* STC 1/1982, FJ 11.º, que nos dice, en relación al artículo 4.b) del Decreto 45/1981 del Parlamento Vasco que “invade una competencia estatal en cuanto pretende que el Departamento de Economía y Hacienda de la Comunidad Autónoma del País Vasco pueda autorizar a Cajas domiciliadas en él la apertura fuera del mismo”. Este pronunciamiento, que se ratifica en la STC 255/1999, FJ 6.º, nos sirve para delimitar territorialmente la competencia de la Comunidad en relación a las sucursales que se pretendan abrir fuera de ella, pero no para determinar quién es competente para autorizar la apertura de las sucursales dentro de la Comunidad, recordemos que cuando se dictó aquella sentencia era el Banco de España la autoridad competente para valorar la “capacidad de expansión” de las Cajas.

Caja de Ahorros que pretenda ejercer su actividad en él, esté o no domiciliada en la propia Comunidad⁽⁴⁸⁾.

Con estas premisas, entre las CCAA que han regulado expresamente la apertura de sucursales podemos diferenciar varios supuestos.

La mayoría de las CCAA se limitan a reconocer la posibilidad de que se abran sucursales estableciendo un deber de comunicación a la propia Comunidad Autónoma en caso de apertura y cierre de cualquier sucursal por parte de las Cajas de Ahorros domiciliadas en ella, así como de las sucursales que abra cualquier Caja de Ahorros en su territorio⁽⁴⁹⁾. Al respecto, nada hay que objetar siempre y cuando se integre tal obligación de comunicación a la autoridad autonómica competente con la impuesta por la normativa estatal respecto del Banco de España.

Por otro lado, hay algunas CCAA que hacen referencia a la posibilidad de que las Cajas de Ahorros domiciliadas en su territorio abran sucursales fuera de éste⁽⁵⁰⁾. En cualquier caso, estas disposiciones deben ser interpretadas en el sentido de que la apertura de sucursales en otra Comunidad Autónoma depende de la normativa básica estatal y de la normativa de la Comunidad Autónoma en la que dicha sucursal se abra.

(48) Las retenciones que pudiera tener una Comunidad Autónoma para autorizar la apertura de sucursales en su territorio de una Caja de Ahorros domiciliada fuera de ésta se trata de compensar con la obligación que se impone a esas Cajas de destinar a obra social en ese territorio parte de los beneficios obtenidos en él. *Vid.*, los artículos 75.3 de la LCG, 88.2 de la LCAnd, 74.3 de la LCAst, 77 b) de la LCVal, 66.1 de la LCCM, 28.3 de la LCAr y 87.2 de la LCCL, cuando disponen que las Cajas no domiciliadas en la Comunidad que cuenten con oficinas en su territorio efectuarán inversiones o gastos en obra social en la Comunidad Autónoma, destinando a tales efectos, como mínimo, la parte de su presupuesto anual de obra social proporcional a los recursos ajenos captados en ella con respecto a los recursos totales de la entidad. *Vid.*, además, el artículo 23 de la LCE.

(49) Como hacen los artículos 14 de la LCPV, 26 párrafo 2.º de la LCAnd, 61 de la LCCant, 68 de la LCAst, 77.2 y 3 de la LCRj, 22 de la LCMur, 60 de la LCCM, 81.1, 2 y 3 de la LCCL, y 16 de la LCE. Casos particulares son los artículos 45 de la LCCat y 14 de la LCCan, que nos hablan de este deber de comunicación, pero tan sólo respecto de la apertura y cierre de oficinas efectuados fuera de la Comunidad; el artículo 77 a) de la LCVal, que prevé esta obligación de comunicación, pero sólo respecto a las sucursales en el territorio de la Comunidad Valenciana de las Cajas de Ahorro con domicilio social en otras Comunidades Autónomas, y el artículo 16.2 de la LCMad, que se refiere a la apertura y cierre de cualquier sucursal de las Cajas de Ahorros con domicilio social en la Comunidad de Madrid.

(50) Éste es el caso del artículo 60 de la LCG, cuando sanciona que “las cajas de ahorros gallegas podrán abrir oficinas en cualquier parte del territorio del Estado siempre que cumplan las normas de solvencia establecidas y así lo comuniquen a la Consellería de Economía y Hacienda”. Y del artículo 26 de la LCAnd, que dispone que “de conformidad con la normativa básica, las Cajas de Ahorros domiciliadas en Andalucía podrán abrir oficinas en cualquier parte del territorio del Estado”.

No faltan, por último, aquellas CCAA que, además, reconocen expresamente la competencia de la Comunidad para autorizar la apertura de sucursales en su territorio, previo informe del Banco de España⁽⁵¹⁾. Como hemos visto, no se puede discutir la norma autonómica si determina la autoridad que ha de prestar, cuando así proceda, la autorización previa para la apertura de las sucursales en su territorio, siempre que no se aparten de las limitaciones que al principio de libre expansión establece la propia normativa básica estatal (LDIEC) y que impongan la necesidad del informe previo del Banco de España.

b) Cuando se trata del establecimiento de sucursales de entidades de crédito españolas en otros Estados miembros de la Comunidad Europea, la apertura queda sujeta a la previa autorización del Banco de España⁽⁵²⁾. Asimismo, se establece que la resolución será estimatoria salvo que el programa de actividades presentado recoja actividades no autorizadas a la entidad, o el Banco de España tenga razones para dudar, visto el proyecto en cuestión, de lo adecuado de las estructuras administrativas o de la situación financiera de la entidad de crédito, atribuyéndose al silencio administrativo efectos desestimatorios⁽⁵³⁾.

En este punto, pocas referencias debemos encontrar en la normativa autonómica⁽⁵⁴⁾, pues tanto la intervención del Banco de España, a la hora de prestar esta autorización, como los motivos para negar la autorización fueron calificados por el legisla-

(51) *Cfr.* artículos 77.4 de la LCRj y 81.4 de la LCCL. Más preciso es el artículo 16.1 de la LCMad, cuando somete a la autorización de la Comunidad y al informe previo del Banco de España la apertura de nuevas sucursales “que no alcancen los niveles mínimos de recursos propios establecidos por la legislación básica del Estado o vulneren los límites máximos de riesgos”. Por su parte, la LCAnd deja expresamente en vigor (disposición derogatoria única 2) la Orden de 12 de enero de 1984, que regula la expansión de las Cajas de Ahorros andaluzas, y que se dicta precisamente en atención a la atribución que el Decreto 25/1983, de 9 de febrero, había reconocido a la Consejería de Economía y Planificación. La Orden de 12 de enero de 1984 precisa que corresponde a la Consejería de Economía y Planificación comprobar la capacidad de expansión de las Cajas (*cf.* apartado Primero y Tercero) y las posibles repercusiones en su cuenta de resultados, pudiendo incluso someter la apertura de nuevas oficinas de la Caja a un régimen de autorización previa, cuando estime que la expansión de una Caja puede dañar gravemente su cuenta de resultados (*cf.* apartado Cuarto).

(52) *Cfr.* artículo 30 bis apartado 3.º de la LDIEC, que nos remite al Título V de la LDIEC y, en particular, al artículo 49.1 y 2 de la LDIEC, introducido —como todo el Título V— por el artículo 1 de la Ley 3/1994.

(53) *Cfr.* además, con el artículo 20 de la Directiva 2000/12/CE.

(54) No obstante, encontramos disposiciones autonómicas que, respetando las competencias del Banco de España en la materia, exigen que la apertura de oficinas en el extranjero se ponga en conocimiento de la autoridad económica autonómica. Este es el caso de los artículos 60 párrafo 2.º de la LCG y 26 párrafo 3.º de la LCAnd.

dor estatal como básicos⁽⁵⁵⁾, con el refrendo de nuestro TC⁽⁵⁶⁾. Pese a ello, lo que sorprende es el justificar la competencia del Banco de España en razón al carácter básico de la intervención que le es encomendada, cuando pudiera haberse fundamentado en razón al principio de territorialidad que debe regir las competencias de las respectivas comunidades. Y es que, como ya hemos apuntado, las competencias de las CCAA, y no obstante sus repercusiones supraterritoriales, se circunscriben a sus respectivos territorios⁽⁵⁷⁾. En estos casos, sin embargo, estamos hablando más de extraterritorialidad que de supraterritorialidad, como, por otra parte, ha reconocido el propio TC en relación al sector de los seguros⁽⁵⁸⁾.

c) Cuando se trata de abrir una sucursal en un Estado no miembro de la Comunidad, la normativa estatal condiciona de nuevo tal apertura a la autorización del Banco de España⁽⁵⁹⁾. En este caso, además de por los motivos ya expuestos en el supuesto anterior, el Banco de España podrá denegar la autorización por considerar que la sucursal no va a quedar sujeta a un efectivo control por parte de la autoridad supervisora del país de acogida o por la existencia de obstáculos legales o de otro tipo que impidan o dificulten el control o inspección de la sucursal por el Banco de España, ya que fuera de la Unión Europea no rige el principio de supervisión por las autoridades del país de la sede social de la entidad. Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que el artículo 7.3 del Real Decreto 1370/1985, de 1 de agosto, dispone que “el establecimiento de oficinas en el extranjero, tanto operativas como de representación, requerirá en cada caso autorización del Banco de España que la concederá o denegará discrecio-

(55) El artículo 49 de la LDIEC no era calificado formalmente de básico por el artículo 42.7 de la LDIEC, que tan sólo otorga tal carácter a las disposiciones contenidas en los Títulos II y III de esta ley y con las salvedades ya apuntadas. Sin embargo, la disposición final primera de la Ley 3/1994 sí consideraba básico el contenido de aquel precepto, ya que tan sólo remite a la propia LDIEC para la determinación del carácter básico de lo establecido en su artículo 3, cuando es su artículo 1 el que adiciona el Título V a la LDIEC. En consecuencia, el citado precepto tiene la consideración de básico y, además, sin la salvedad de las referencias contenidas en él a órganos o entidades estatales, como ocurría con el artículo 42.7 letra a) de la LDIEC. Por otro lado, los motivos a los que se refiere el artículo 49 de la LDIEC para negar la apertura de sucursales también se recogen en el artículo 13 del Real Decreto 1245/1995 sobre Creación de Bancos, Actividad Transfronteriza y otras cuestiones relativas al Régimen Jurídico de las Entidades de Crédito. Precepto que, de acuerdo a la disposición final segunda del Real Decreto 1245/1995, tiene carácter básico conforme a lo dispuesto en el artículo 149.1.11.^ª y 13.^ª de la CE.

(56) *Cfr.* STC 235/1999, FJ 6.^º, recogiendo la doctrina de las SSTC 155/1996, FJ 5.^º y 133/1997, FJ 9.^º A) b) y c).

(57) *Vid.* al respecto el Voto Particular del Magistrado M. JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA a la STC 235/1999, en su apartado 4.^º C), que señala como en el caso en cuestión no se trata de repercusiones indirectas que puedan justificar la competencia de la Comunidad Autónoma, sino del ejercicio directo de una competencia que tiene como presupuesto el establecimiento de una relación jurídica fuera del territorio autonómico.

(58) *Vid.* STC 173/2005, FJ 11.^º, en relación al artículo 69.2.b) de la LOSSP de 1995.

(59) Por un lado, tal autorización la recoge el artículo 30 bis apartado 4.^º de la LDIEC, modificado por el artículo 3 de la Ley 3/1994, y por otro el artículo 13 del Real Decreto 1245/1995.

nalmente. No obstante, el Ministerio de Economía y Hacienda podrá excluir, con carácter temporal o indefinido, la necesidad de obtener la autorización”.

El carácter, nuevamente básico⁽⁶⁰⁾, de la intervención del Banco de España o, mejor dicho, el propio principio de territorialidad, limitará el concurso de las autoridades de las Comunidades Autónomas en este supuesto al igual que en el anterior.

5. La fusión de las Cajas de Ahorros

A pesar de la complejidad y trascendencia de las operaciones de fusión que afectan a las Cajas de Ahorros, nos encontramos con un marco normativo insatisfactorio, caracterizado por la práctica ausencia de un régimen jurídico sustantivo estatal y una normativa autonómica, por lo general, insuficiente⁽⁶¹⁾.

Todas las CCAA regulan las competencias para la autorización de la fusión, encomendándoselas a la autoridad autonómica, pero tan sólo algunas⁽⁶²⁾ han desarrollado más pormenorizadamente el procedimiento de fusión⁽⁶³⁾ y ello tomando como base, salvando las diferencias en la estructura y naturaleza de unos y otros sujetos, la disciplina sobre fusiones de las sociedades que se recoge en los artículos 233 y siguientes de la LSA⁽⁶⁴⁾.

La normativa autonómica ni nos da un concepto de fusión ni recoge expresamente la posibilidad de fusiones heterogéneas, contemplando sólo la fusión entre Cajas. Sí contempla las dos clases de fusión posibles: la fusión mediante la creación de una nueva Caja de Ahorros, o bien la fusión mediante absorción, a partir de la extinción de las entidades que se fusionan o de las entidades absorbidas y la transmisión en bloque

(60) Al formar parte el artículo 30 bis apartado 4.º de la LDIEC del Título II de la LDIEC, conforme al artículo 42.7 de la LDIEC, resulta básico, pero al dejar a salvo las referencias contenidas en él a órganos o entidades estatales, podría hacernos pensar que la autorización corresponde a las Comunidades en estos supuestos. En contra de esta última posibilidad jugaría, sin embargo, el carácter básico del artículo 13 del Real Decreto 1245/1995, tal y como se declara en la disposición final segunda del propio Real Decreto.

(61) Sobre la necesidad de establecer un marco estatal de referencia que regule la fusión de las Cajas de Ahorros con carácter general y completo, *vid.* A. SEQUEIRA MARTÍN, “La relevancia...”, *op. cit.*, pp. 132 y ss.

(62) *Vid.* artículos 50 y ss. de la LCG, 11 y ss. de la LCAnd, 14 y ss. de la LCRj, 11 y ss. de la LCMur, y 14 y ss. de la LCCL.

(63) *Vid.*, para un amplio análisis de la evolución de la normativa sobre fusiones de las distintas CCAA, agrupándolas en función a la materia regulada, R. CAÑABATE POZO, *El régimen jurídico...*, *op. cit.*, pp. 191 y ss.

(64) Una disciplina, por otra parte, a la que habrá que acudir por analogía para cubrir las lagunas de las normas propias de las fusiones de Cajas de Ahorros. *Vid.*, al respecto, M. ARAGÓN REYES / R. GARCÍA VILLAVERDE / J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *El régimen jurídico de las Cajas de Ahorros*, Madrid, 1991, pp. 483 y ss.; R. CAÑABATE POZO, *El régimen jurídico...*, *op. cit.*, pp. 206 y ss., y A. SEQUEIRA MARTÍN, “La relevancia...”, *op. cit.*, pp. 136 y ss.

de los patrimonios a la Caja que se crea o a la absorbente, previa disolución sin liquidación de las Cajas de procedencia⁽⁶⁵⁾.

La regulación del procedimiento de fusión se abre en la normativa autonómica con una fase de preparación que consiste en la elaboración, aprobación y depósito en el Registro Mercantil, por parte de cada uno de los Consejos de Administración, de las Cajas que pretendan fusionarse, de un Proyecto de fusión con un contenido mínimo⁽⁶⁶⁾. Al respecto cabe destacar como contenido mínimo del proyecto de fusión los balances de fusión⁽⁶⁷⁾ y, como contenido mínimo o complementario de éste, según la CA, los informes de los administradores y de los expertos independientes sobre el proyecto de fusión⁽⁶⁸⁾.

Posteriormente, la fusión deberá aprobarse por acuerdo de las Asambleas Generales de cada una de las Cajas que pretendan fusionarse⁽⁶⁹⁾, añadiéndose en algunas disposiciones que en el orden del día de la convocatoria de la Asamblea que decide la fusión se tienen que recoger unas menciones mínimas del proyecto de fusión, así como

⁽⁶⁵⁾ Vid. artículos 7 de la LCPV, 50 de la LCG, 11.2 de la LCAnd, 9.2 y 3 de la LCAs, 14 de la LCRj, 12 de la LCMur, y 14 de la LCCL.

⁽⁶⁶⁾ Vid. artículos 6 del Decreto 240/2003, de Cajas de Ahorros del País Vasco, 51 de la LCG, 12 de la LCAnd, 10.2 de la LCCant, 15 de la LCRj, 13 de la LCMur, 14.3 de la LCMad, y 15 de la LCCL.

Las Asambleas generales deberán aprobar la fusión ajustándose al proyecto de fusión, pero tan sólo en algunas disposiciones autonómicas se recoge como contenido mínimo del proyecto de fusión el texto del acuerdo de fusión que se someterá a la aprobación de las respectivas Asambleas Generales (*vid.* artículos 6 del Decreto 240/2003, de Cajas de Ahorros del País Vasco, 51.2 de la LCG, 12.2 de la LCAnd, 15.1 de la LCRj, 15.2 de la LCCL, 13.2 de la LCMur, 10.2 de la LCCant y 14.3 de la LCMad).

⁽⁶⁷⁾ La normativa autonómica recoge este balance como contenido del proyecto de fusión, distinguiendo los balances de fusión de cada una de las entidades y el balance conjunto resultante de la fusión (*vid.* artículos 6 del Decreto 240/2003, de Cajas de Ahorros del País Vasco, 51.2 de la LCG, 12.2 de la LCAnd, 15.1 de la LCRj, 10.2 de la LCCant, 15.2 de la LCCL, 13.2 de la LCMur y 14.3 de la LCMad).

⁽⁶⁸⁾ Los artículos 6 del Decreto 240/2003, de 14 de octubre, de Cajas de Ahorros del País Vasco, 15.1 de la LCRj, 15.1 de la LCCL, 10.1 de la LCCant y 14.3 de la LCMad recogen el informe de los administradores como contenido mínimo del proyecto de fusión. Los artículos 16.2 de la LCRj y 16.2 de la LCCL prevén el informe de los expertos independientes como documento complementario para garantizar el derecho de información en el momento de la convocatoria de la Asamblea. Por su parte, los artículos 12.2 y 13.2 de la LCAnd regulan el informe de los administradores como documento complementario para garantizar el derecho de información de la Asamblea, y el informe de los expertos como contenido mínimo del proyecto de fusión (*vid.*, además, los artículos 51.2 de la LCG y 13.2 de la LCMur).

En relación al informe de los administradores no se prevé en la normativa autonómica la posibilidad de elaborar un informe conjunto por todos los Consejos de Administración de las Cajas participantes, siendo distinto para cada una de ellas (*vid.* los artículos 6 del Decreto 240/2003, de Cajas de Ahorros del País Vasco, 13.2 de la LCAnd, 15.1 de la LCRj, 10.1 de la LCCant, 15.1 de la LCCL y 14.3 de la LCMad). El contenido del informe viene regulado en algunas disposiciones, refiriéndose básicamente a la justificación económica de la fusión, participación de la entidad en la viabilidad del proyecto, estructura técnica, financiera y administrativa, programa estratégico de la entidad resultante, integración de las plantillas laborales y continuidad de las obras sociales (*vid.* artículo 6 del Decreto 240/2003, de 14 de octubre, de Cajas de Ahorros del País Vasco, 15.1 de la LCRj, y 15.1 de la LCCL).

⁽⁶⁹⁾ Vid. artículos 52 de la LCG, 10.3 de la LCCant, y 14.4 de la LCMad.

el derecho de ciertos sujetos a examinar, en el domicilio social de las Cajas intervinientes, una serie de documentos⁽⁷⁰⁾. La aprobación de la fusión va a precisar de unos quórum reforzados de constitución y de adopción del acuerdo por parte de la Asamblea, a partir de los que, con carácter básico, regula el artículo 12 Dos de la LORCA: asistencia de la mayoría de los miembros y voto favorable de los dos tercios de los asistentes⁽⁷¹⁾.

La fusión se va a condicionar, en todas las leyes autonómicas, a la autorización por parte de la autoridad de la Comunidad Autónoma en donde alguna de las Cajas de Ahorros que se fusionan tenga su domicilio⁽⁷²⁾. Sobre la autorización, no obstante, cabe hacer algunas precisiones.

En primer lugar, hay que recordar que la normativa estatal sanciona la viabilidad de las fusiones entre Cajas de Ahorros⁽⁷³⁾, pero condicionándolas a la autorización por

(70) El artículo 13.2 de la LCAnd dispone que corresponde a los representantes de las Asambleas examinar en el domicilio social de las Cajas intervinientes: a) El Proyecto de fusión; b) El Informe sobre el proyecto de los expertos independientes; c) El Informe de los respectivos Consejos de Administración sobre el proyecto de fusión; d) Las cuentas anuales y el informe de gestión de los tres últimos ejercicios de las respectivas Cajas, debidamente auditadas; e) El proyecto de escritura de constitución de la nueva Caja o, si se trata de una absorción, el texto íntegro de las modificaciones que hayan de introducirse en los estatutos de la entidad absorbente; y f) Los estatutos vigentes de las Cajas que participan en la fusión. Los artículos 16.2 de la LCCL y 16.2 de la LCRj, por su parte, atribuyen el derecho a los miembros de la Asamblea a examinar: a) El Proyecto de fusión; b) El Informe de los expertos independientes sobre el proyecto; c) Las Cuentas anuales y el informe de gestión de los tres últimos ejercicios de cada una de las Cajas participantes, con los correspondientes informes de los auditores de cuentas; y d) Los Estatutos vigentes de cada una de las Cajas participantes.

(71) Siguen los mismos quórum que la norma estatal los artículos 41 y 42 de la LCPV, 13.1 de la LCAnd, 10.3 de la LCCant, 19.1 de la LCAst, 16.1 de la LCRj, 48 de la LCMur, 29.3 de la LCVal, 20 de la LCN, 34 y 36 de la LCCM, 16.1 de la LCCL, 30 de la LCE, y 8 del Decreto 43/1986, de 15 de mayo, de regulación de los órganos gestores y control de gestión de las Cajas de Ahorros de las Islas Baleares. El artículo 52 de la LCG, sin embargo, nos dice que “el acuerdo de fusión deberá ser adoptado independientemente por la asamblea general de cada una de las cajas de ahorros que se fusionan. A tal fin será necesaria la presencia, por lo menos, de las dos terceras partes de sus miembros, debiendo votar a favor del acuerdo la mitad mas uno de los asistentes”. Para la CA de Aragón, el artículo 14.1 y 2 de la LCAr requiere el acuerdo favorable de dos tercios de los miembros tanto del Consejo de Administración como de la Asamblea General, convocados unos y otros en respectivas sesiones especiales al efecto. Finalmente, los artículos 23.4 y 39.3 y 4 de la LCCan precisan que será necesaria la asistencia en primera convocatoria de las dos terceras partes de los Consejeros y, en segunda convocatoria, la asistencia de la mayoría de los miembros de la Asamblea, adoptándose los acuerdos por el voto favorable de los dos tercios de los asistentes.

(72) *Vid.* artículos 7 de la LCPV, 9.1 de la LCCat, 54.1 de la LCG, 14.1 de la LCAnd, 10.1 de la LCCant, 9.1 de la LCAst, 17 de la LCRj, 11.1 de la LCMur, 13.1 de la LCVal, 8.1 de la LCCan, 8.1 de la LCCM, 12.1 de la LCAr, 14.1 de la LCMad, 17.1 de la LCCL, 9.1 de la LCE, y 7.1 del Decreto 43/1986 de Baleares. El plazo para la autorización se regula en los artículos 7.2 del Decreto 240/2003, de Cajas de Ahorros del País Vasco, 18.5 del Decreto 138/2002, de 30 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LCAnd, 17.4 de la LCRj, y 17.4 de la LCCL.

(73) *Cfr.* artículos 12 del Estatuto de las Cajas Generales de Ahorro Popular de 1933, 9 del Decreto 1838/1975, la disposición adicional quinta de la LORCA, y el Real Decreto 798/1986, de 21 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 31/1985, de 2 de agosto.

la autoridad económica estatal, previa solicitud al Banco de España e informe favorable de éste y de la CECA. En este proceso, la autorización de la fusión por parte de la autoridad estatal puede ser sustituida en la normativa autonómica por la autonómica competente⁽⁷⁴⁾, pero se impone, por su carácter básico, la obligatoriedad del informe previo del Banco de España⁽⁷⁵⁾. La intervención del Banco de España, sin embargo, no la encontramos expresamente más que en algunas disposiciones autonómicas⁽⁷⁶⁾.

Más dudas, sin embargo, plantean la intervención de la Confederación Española de Cajas de Ahorro (en adelante CECA), así como las condiciones que deberán observarse a la hora de otorgar o no la autorización, de cuyo carácter nada nos dicen ni el legislador estatal ni el TC⁽⁷⁷⁾, dejando abierta la posibilidad de su determinación en la normativa autonómica⁽⁷⁸⁾.

Por otro lado, el problema que pudiera plantearnos la fusión de Cajas de Ahorros domiciliadas en distintas CCAA lo resuelve la disposición adicional quinta de la LORCA, introducida por la Ley de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (en adelante LMRSF), al establecer que “cuando se produzca una fusión entre Cajas de Ahorros que tengan sus sedes sociales situadas en diferentes Comunidades Autónomas, la autorización para la misma habrá de acordarse conjuntamente por los Gobiernos de las Comunidades Autónomas afectadas. En el acto que autorice la fusión se determinará la proporción que corresponderá a las Administraciones públicas y Entidades y Corporaciones de Derecho Público de cada Comunidad en los órganos de gobierno de la Caja

(74) Cfr. SSTC 1/1982, FJ 9.º, en relación al artículo 2.a) del Decreto 45/1981, de 16 de marzo; y 48/1988, FJ 12.º, en relación a los artículos 10 de la Ley 7/1985, de 4 de julio, de Cajas de Ahorro Gallegas, y de la Ley 15/1985, de 1 de julio, de Cajas de Ahorro de Cataluña.

(75) Cfr. SSTC 1/1982, FJ 9.º y 48/1988, FJ 12.º.

(76) Vid. artículos 14.1 de la LCAnd, 10.1 de la LCCant, 17.1 de la LCRj, 14.1 de la LCMad, 12.2 de la LCAr, y 17.1 de la LCCL.

(77) En la STC 1/1982, FJ 9.º, y estimando que nos encontramos en el artículo 9 del Decreto 1838/1975 con una autorización de naturaleza discrecional, se nos dice que “los criterios indicados por el Decreto 1838/1975 no son sino una explicitación de los fines implícitos a que debe adecuarse el ejercicio de la potestad de autorizar en esta materia; de manera que, aun habiéndolos silenciado el Decreto del Gobierno Vasco, su Consejero de Economía y Hacienda tendrá que valorar precisamente estas cuestiones. Lo esencial, pues, es que la autorización sea discrecional (punto no controvertido), pero en modo alguno puede estimarse como esencial o básico la explicitación normativa de los puntos de referencia respecto de los cuales ha de ejercerse la discrecionalmente”.

(78) La LCAnd, por ejemplo, no recoge en su artículo 14.1 la exigencia de un informe previo de la CECA, pero entendemos que aun así tal informe es necesario, ya que la LCAnd deja en vigor [cfr: disposición derogatoria única 2, letra a)] el Decreto 25/1983, de 9 de febrero, sobre competencias en materia de Cajas de Ahorros de la Junta de Andalucía, en cuyo artículo 2.1 se establece que, para la fusión de las Cajas de Ahorros existentes, será necesario, entre otros requisitos, el informe previo de la Confederación Española de Cajas de Ahorro.

de Ahorros resultante". Esta norma, que se declara básica⁽⁷⁹⁾, también la encontramos expresamente en algunas disposiciones autonómicas⁽⁸⁰⁾.

La autorización suele condicionarse en la normativa autonómica a que las entidades que deseen fusionarse no se hallen en período de liquidación ni respecto de ellas exista acuerdo de disolución, y a que queden a salvo los derechos y garantías de los impositores, acreedores, trabajadores y demás afectados por la fusión⁽⁸¹⁾. En otras disposiciones, además, se condiciona a que la fusión favorezca la consecución de los principios generales de actuación que contempla la propia norma autonómica⁽⁸²⁾, o se añade la exigencia de que se garantice la continuidad de las obras sociales de las entidades a extinguir por parte de la entidad de nueva creación o de la entidad absorbente⁽⁸³⁾.

Finalmente, una vez autorizada, la fusión se elevará a escritura pública y se dará publicidad mediante su publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad y en periódicos de mayor difusión del ámbito de actuación de las Cajas, inscribiéndose tanto en el Registro Mercantil como en los Registros de Cajas de Ahorros de las CCAA y en el Registro Especial de Cajas de Ahorros Popular del Banco de España⁽⁸⁴⁾.

Resta, por último, hacer una referencia a cómo han de integrarse, con carácter transitorio y hasta su definitiva constitución, los órganos de gobierno de la Caja de Ahorros resultante de la fusión. Se trata ésta de una materia que se encuentra regulada expresamente en la normativa estatal, aún sin carácter básico. En concreto, es el Real Decreto 798/1986, de 21 de marzo, de desarrollo parcial de la LORCA, el que prevé que en caso de fusión con creación de una nueva entidad, durante un período transitorio máximo de dos años desde la aprobación de los Estatutos y Reglamentos se mantendrá el esquema paritario y los porcentajes de representación atribuidos a los diferentes grupos (artículo 35.2); mientras que, en caso de fusión por absorción, quedarán disueltos los órganos de gobierno de la Caja absorbida y la administración, gestión, representación y control de la entidad corresponderá a los de la Caja de Ahorros absorbente (artículo 36).

Tomando como punto de partida la normativa estatal, podemos advertir cómo tan sólo la CA de Baleares ha optado por el mismo sistema que la norma estatal, reprodu-

(79) Conforme a lo establecido por la disposición final cuarta, apartado Tres de la LORCA.

(80) *Vid.* artículos 54.2 de la LCG, 10.1 de la LCCant, 17.1 de la LCRj, 11.2 de la LCMur, 13.7 de la LCVal, 8.1 de la LCCM, 17.1 de la LCCL, y 9.5 de la LCE.

(81) *Vid.* artículos 7.2 de la LCVp, 54.2, 9.1 de la LCCat, 10.1 de la LCCant, 15.1 de la LCMur, 13.2 de la LCVal, 8.1 de la LCCan, 13 de la LCAr, 9.2 de la LCE y 7.2 del Decreto 43/1986 de Baleares, de 15 de mayo, relativo a Cajas de Ahorro, órganos rectores y control de gestión.

(82) *Vid.* artículo 14.2 de la LCAnd.

(83) *Vid.* artículos 17.3 de la LCRj, 14.2 de la LCMad, y 17.3 de la LCCL.

(84) *Vid.* artículos 7.3 de la LCPV, 9.1 de la LCCat, 14.3 de la LCAnd, 18 de la LCRj, 18 de la LCMur, 15 de la LCAr, 14.5 de la LCMad, 18 de la LCCL, y 12 de la LCE.

ciendo literalmente lo dispuesto en el Real Decreto 798/1986⁽⁸⁵⁾. En el resto de CCAA que regulan expresamente esta cuestión encontramos desde aquellas, como la gallega, que nos dicen que transitoriamente el número de consejeros generales podrá alcanzar la suma de los consejeros de las Cajas que se fusionan⁽⁸⁶⁾, hasta las que siguen la normativa estatal, pero reduciendo el plazo del período transitorio, como la CA de Madrid⁽⁸⁷⁾, o ampliando las posibilidades de integración en ambas modalidades de fusión o en alguna de ellas. Así, en las CCAA andaluza y valenciana, se sigue la normativa estatal en los supuestos de fusión con creación de una nueva entidad pero, en relación a las fusiones por absorción, añaden que podrá preverse en el proyecto de fusión la incorporación de miembros de los órganos de gobierno de la Caja de Ahorros absorbida en los de la absorbente⁽⁸⁸⁾. Las CCAA de Cantabria, Asturias y Castilla-La Mancha también siguen la normativa estatal en los casos de fusión con creación de una nueva entidad, pero con la previsión de que el número de miembros de los órganos de gobierno podrá ampliarse hasta el doble como máximo, mientras que, en el caso de fusión por absorción, es posible la incorporación de los miembros de la entidad absorbida en los órganos de gobierno de la absorbente hasta la primera renovación de éstos, pudiendo, hasta entonces, ampliarse el número de miembros de los órganos de gobierno hasta un máximo del doble previsto en sus leyes respectivas⁽⁸⁹⁾. Las CCAA de La Rioja y Castilla y León prevén, para los supuestos de fusión con creación de nueva entidad, la ampliación de los miembros del Consejo de Administración y de la Comisión de Control hasta el doble del número de miembros previsto en sus respectivas leyes, mientras que en los supuestos de fusión por absorción se prevé la incorporación de miembros del Consejo de Administración y de la Comisión de Control de las entidades absorbidas en los de la entidad absorbente hasta un total máximo para el conjunto de las entidades, de la mitad del número de miembros previsto en sus respectivas leyes⁽⁹⁰⁾. La CA murciana también prevé, en caso de fusión de Cajas de Ahorros con creación de nueva entidad, la ampliación del número de miembros hasta un máximo del doble del número de miembros dispuesto en la propia ley, mientras que, en caso de fusión por absorción, prevé la incorporación a los órganos de la Caja absorbente de una representación de los de la absorbida⁽⁹¹⁾. Por último, la CA de Extremadura prevé, para el caso de fusión con creación de una nueva entidad, la posibilidad de ampliar excepcionalmente el número de miembros de los órganos de gobierno, mientras que en

(85) *Vid.* artículos 9 y 10 del Decreto 43/1986 de Baleares.

(86) *Vid.* artículo 54 de la LCG.

(87) *Vid.* artículo 14.7 y 8 de la LCMad.

(88) *Vid.* artículos 15 de la LCAnd y 13.3 y 4 de la LCVal.

(89) *Vid.* artículos 10.4 y 5 de la LCCant, 9.2 y 3 de la LCAst, y 9.1 y 2 de la LCCM.

(90) *Vid.* artículos 19.1 y 2 de la LCRj, y 19.1 y 2 de la LCCL.

(91) *Vid.* artículo 16.1 y 2 de la LCMur.

caso de fusión por absorción se podrá incorporar a los órganos de la Caja absorbente una representación de los de la absorbida⁽⁹²⁾.

Como resultado, tratándose de procesos de fusión que involucren a Cajas de Ahorros domiciliadas en distintas CCAA, no en pocas ocasiones se han de generar dificultades en la configuración transitoria de los órganos de gobierno y hasta su definitiva configuración⁽⁹³⁾.

6. La regulación de los órganos rectores de las Cajas de Ahorros

Los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros han sido regulados por la totalidad de las CCAA, sin más limitación que el respeto a la normativa básica estatal que se recoge en la LORCA y declarando expresamente el triple objetivo que informaba la norma estatal de democratizar los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros, conciliar esa democratización con las exigencias de una gestión eficaz, que debe cumplirse con criterios estrictamente profesionales, y establecer una normativa de acuerdo con los principios que inspiran la nueva organización territorial del Estado, sentando al mismo tiempo las bases del régimen de disciplina, inspección y control de estas entidades.

A) Los órganos rectores de las Cajas de Ahorros

La totalidad de las disposiciones autonómicas, respetando el carácter básico de la enumeración de los órganos rectores del artículo 1.1 de la LORCA, vienen a encomendar la administración, gestión, representación y control de las Cajas de Ahorros a la Asamblea General, al Consejo de Administración y a la Comisión de Control⁽⁹⁴⁾, regulando su constitución, composición, funciones y funcionamiento. La normativa autonómica, además, se ha hecho eco de la posibilidad que admite la propia LORCA de introducir nuevos órganos⁽⁹⁵⁾, pues cabe recordar que la enumeración de los órganos que hace el artículo 1.1 de la LORCA no es cerrada y excluyente⁽⁹⁶⁾.

En la regulación de la Asamblea General, la normativa autonómica recoge las funciones y el funcionamiento que encontramos con carácter básico en la propia LOR-

⁽⁹²⁾ Vid. artículo 10.1 y 2 de la LCE.

⁽⁹³⁾ Como destaca R. CAÑABATE POZO, *El régimen jurídico...*, op. cit., p. 231.

⁽⁹⁴⁾ Sobre el sistema dual de administración que adopta nuestro legislador para las Cajas vid. R. GARCÍA VILLAVARDE, "Los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros: del patronato al sistema actual de representaciones", *RDBB*, núm. 43, 1991, pp. 773 y ss., y G. ESTEBAN VELASCO, "Algunas reflexiones sobre el sistema de gobierno de las Cajas de Ahorros", *RDBB*, núm. 108, octubre-diciembre 2007, pp. 70 y ss.

⁽⁹⁵⁾ Es el caso de la Junta de Impositores que regulan los artículos 57 de la LCCant y 65 de la LCAst.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. STC 49/1988, FJ 17.º.

CA. Sin perjuicio de que, en algunas ocasiones, incluso, se siga lo dispuesto sin tal naturaleza en el Real Decreto 798/1986.

En la legislación autonómica encontramos no sólo las competencias de la Asamblea General que enumera expresamente el artículo 11 de la LORCA, precisándolas dentro del principio de que le corresponde el supremo gobierno y decisión de la Caja⁽⁹⁷⁾, sino la distinción que, con carácter de bases, se recoge en el artículo 12 Uno párrafo 1.º de la LORCA entre Asambleas ordinarias y extraordinarias⁽⁹⁸⁾; la periodicidad con la que se tiene que reunir la Asamblea ordinaria prevista en el artículo 12 Uno párrafo 2.º de la LORCA sin el carácter de bases⁽⁹⁹⁾; los requisitos de legitimación y publicidad del artículo 12.1.4.º de la LORCA, sin perjuicio de reconocer la validez de las disposiciones autonómicas que sólo prevén la publicación de la convocatoria de la Asamblea en el Boletín Oficial de la Comunidad⁽¹⁰⁰⁾ o la alteración, para aumentarlo, del plazo que debe mediar entre la convocatoria y la celebración de la Asamblea, estableciendo uno superior acorde con la finalidad de la norma de garantizar el conocimiento de la convocatoria⁽¹⁰¹⁾; los quórum para la adopción de acuerdos del artículo 12.2 de la LORCA, de carácter básico, sin perjuicio de que la legislación autonómica pueda reforzarlos⁽¹⁰²⁾, siempre que se respeten los fijados por la LORCA,

(97) Es el caso, previsto en el artículo 56 de la LCAnd, de la aprobación de la escisión o cesión global del activo y del pasivo; el acordar cada una de las emisiones de cuotas participativas, la retribución anual de las mismas y su distribución, así como las emisiones de financiación subordinadas u otros valores negociables; la fijación de las dietas por asistencia y desplazamiento de los compromisarios y de los miembros de los órganos de gobierno; la ratificación del nombramiento y la revocación de los auditores de cuentas, efectuados por el Consejo de Administración; el nombramiento de los liquidadores de la Caja en caso de disolución; la aprobación, a propuesta del Consejo de Administración, del Código de Conducta y Responsabilidad Social de la Caja de Ahorros; o la autorización al Consejo de Administración para el establecimiento de acuerdos de colaboración o cooperación y alianzas con otras Cajas de Ahorros o la delegación de facultades.

(98) STC 49/1988, FJ 24.º.

(99) *Cfr.* artículo 65.1 de la LCAnd.

(100) Pese a que el requisito de la publicidad de la convocatoria de la Asamblea en el BOE, y no sólo en el Boletín Oficial de la Comunidad, se consideró básico por nuestro TC (STC 49/1988, FJ 24.º), la STC 1/1982, FJ 10.º, declaró conforme a la normativa básica el artículo 3.3 del Decreto 45/1981 del Gobierno Vasco, que preveía la publicación de las convocatorias de las Asambleas de las Cajas en el Boletín Oficial del País Vasco, pero no en el “Boletín Oficial del Estado”, como disponía el artículo 5 del Real Decreto 2290/1977 de 27 de agosto, y ello porque el propio Decreto exigía que los Consejeros generales debían tener su residencia habitual en la zona de actividad de la Caja y con ello el artículo 3.3 no hacía sino desarrollar, en atención al marco donde radica la sede social de las Cajas y donde deben residir habitualmente sus Consejeros generales, la norma básica.

(101) *Vid.* artículo 65.2 de la LCAnd.

(102) *Vid.* artículo 68.3 y 4 de la LCAnd, que añade a los supuestos cualificados de la LORCA, la escisión y cesión global del activo y pasivo; la autorización al Consejo de Administración en los supuestos previstos en los artículos 70.3 y 75.1 de esta Ley; así como la separación de Consejeros Generales, vocales del Consejo de Administración y miembros de la Comisión de Control.

que han de considerarse como mínimos y no como rígidamente obligatorios⁽¹⁰³⁾; o el reconocimiento del derecho a un voto a los Consejeros, otorgándose voto de calidad a quien presida la reunión⁽¹⁰⁴⁾, y la potestad del Director General de asistir a las Asambleas Generales con voz pero sin voto⁽¹⁰⁵⁾.

En lo que se refiere al número de consejeros, y ya que el número mínimo de 60 y máximo de 160 fijado por el artículo 2.2 párrafo 1.º de la LORCA no tiene el carácter básico, nos encontramos mayor diversidad en la normativa autonómica⁽¹⁰⁶⁾. Hay disposiciones autonómicas que, no obstante, siguen la norma estatal⁽¹⁰⁷⁾.

De especial relevancia resulta la enumeración de los intereses representados en la Asamblea General que establece, con carácter de bases, el artículo 2.1 de la LORCA: a) Las corporaciones municipales en cuyo término tengan abierta oficina la entidad, b) Los Impositores de la Caja de Ahorros, c) Las personas o entidades fundadoras de las Cajas (pudiendo asignar una parte de su representación a corporaciones locales que, a su vez, no sean fundadoras de otras Cajas de Ahorros en su ámbito de actuación), y d) Los empleados de las Cajas de Ahorros⁽¹⁰⁸⁾. Éstos son los grupos que, al menos, deberán estar representados en la Asamblea General, con lo que se admite que la normativa autonómica pueda incluir algún otro. Al respecto, ya el TC tuvo la ocasión de pronunciarse sobre el carácter no exhaustivo de los grupos que recogía el artículo

(103) Cfr. STC 49/1988, FJ 24.º. Vid., además, la STC 61/1993, FJ 5.º, que declara inconstitucional el artículo 39.2, 3 y 4 de la Ley 13/1990, de Cajas de Ahorros Canarias, en el que se prevé un diferente quórum de asistencia y una distinta mayoría para la adopción de acuerdos de disolución y liquidación o fusión de Cajas de Ahorro, ya que “la legislación básica estatal en relación a esta disolución, liquidación o fusiones, materia que incide muy directamente en los aspectos financieros de la institución, impone un quórum de asistencia y una mayoría de votación que supone un mínimo infranqueable que el legislador autonómico sólo puede regular para reforzar pero no para debilitarlo o reducir las exigencias de ese límite” y la STC 62/1993, FJ 2.º, que declara la inconstitucionalidad del artículo 14.2 de la Ley 1/1991 de Cajas de Ahorro de Aragón por establecer un quórum de asistencia y una mayoría más limitada para la absorción por fusión [voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros del Consejo de Administración de la Entidad absorbente y la mayoría simple de su correspondiente Asamblea], cuando la LORCA no establece distinción a la hora de fijar los quórums, ya se trate de una fusión por absorción o por creación de una nueva entidad.

(104) Cfr. SSTC 49/1988, FJ 24.º y 48/1988, FJ 22.º.

(105) Cfr. STC 49/1988, FJ 24.º.

(106) El artículo 34.3 de la LCPV lo fija entre un mínimo de 60 y un máximo de 120; el artículo 24 de la LCCant entre 90 y 120; el artículo 20 de la LCAst entre 105 y 300, en función del importe de los recursos ajenos captados; el artículo 43 de la LCRj entre 100 y 120; el artículo 23.2 de la LCVal entre 50 y 200; el artículo 7.2 de la LCN entre 50 y 90; el artículo 19.2 de la LCCM entre 60 y 150, en función de los recursos propios computables; el artículo 44.1 de la LCAr entre 70 y 170; el artículo 27.1 de la LCMad entre 50 y 400; y el artículo 43 de la LCCL entre 120 y 160.

(107) Vid. artículos 15.2 de la LCCat, 24.2 de la LCG, 57.1 de la LCAnd, 36.1 de la LCMur, 24.1 de la LCCan, y 31.1 de la LCE.

(108) Sobre la opción del legislador estatal de sentar el modelo de gobierno de las Cajas en el reconocimiento de representación orgánica a distintos grupos de interesados *vid.* G. ESTEBAN VELASCO, “Algunas reflexiones...”, *op. cit.*, pp. 54 y ss.

2.3 de la LORCA antes de ser modificado por la LMRSF. Por ello “no incurren en inconstitucionalidad las normas autonómicas que prevean la existencia de otros grupos, siempre que éstos representen ‘intereses sociales y colectivos del ámbito de actuación de las Cajas de Ahorro’, tal como exige el artículo 2.1 de la LORCA”⁽¹⁰⁹⁾. Sin embargo, resultan inconstitucionales aquellas que “incluyen el nombramiento de personalidades de singular prestigio en las mencionadas esferas, dado que esta representación a título individual no está prevista en la Ley Orgánica de Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro”⁽¹¹⁰⁾.

Esta doctrina se ha visto reflejada en la normativa autonómica. Así, mientras algunas disposiciones autonómicas no añaden grupo alguno a los previstos en la LORCA⁽¹¹¹⁾, otras, sin embargo, añaden a los cuatro grupos de representación previstos en la LORCA, otro que representa los intereses generales de la Comunidad Autónoma a través de representantes nombrados por la respectiva Asamblea legislativa e, incluso, otro que representa a entidades u organizaciones de interés general que operan en la propia Comunidad⁽¹¹²⁾.

(109) STC 48/1988, FJ 18.º en relación al artículo 16.2 e) y c) de la Ley 15/1985, de 1 de julio, de Cajas de Ahorro de Cataluña, y al artículo 26.2 de la Ley 7/1985, de 4 de julio, de Cajas de Ahorro Gallegas, y respecto al grupo formado por las “fundaciones, asociaciones o corporaciones de carácter cultural, científico, benéfico, cívico, económico o profesional de reconocido arraigo en el ámbito territorial de actuación de las Cajas de Ahorro”, o al formado por las Corporaciones locales, ya que es manifiesto el carácter representativo de todos ellos.

Esta doctrina se recogerá además en la STC 239/1992, FJ 3.º, al reconocer expresamente la posibilidad de introducir el grupo de las “Diputaciones Provinciales dentro de cuyo ámbito territorial existan oficinas operativas de las Cajas”, y en la STC 60/1993, FFJJ 3.º y 4.º. Véase, además, la STS de 14-10-1994 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) (RJ 1994\7690), en particular FJ 4.º, en relación al artículo 6.1 del Decreto 102/1988 del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias por el que se desarrolla la normativa básica en materia de Cajas de Ahorro, que desestima el recurso de apelación interpuesto contra la STSJ de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 30-4-1990, en el recurso número 1438/1988, que estimaba la conformidad a derecho del citado precepto conforme a la doctrina sentada por las SSTC 48/1988, 49/1988, 239/1992 y 60/1993.

(110) STC 48/1988, FJ 18.º en relación al artículo 16.3 de la Ley 15/1985, de 1 de julio, de Cajas de Ahorro de Cataluña, y al artículo 26.2.e) de la Ley 7/1985, de 4 de julio, de Cajas de Ahorro Gallegas.

(111) Como es el caso de la LCPV, la LCN, o la LCMur.

(112) Así, la LCCat tan sólo añade a los cuatro grupos el formado por las fundaciones, asociaciones o corporaciones de carácter cultural, científico, benéfico, cívico, económico o profesional de reconocido arraigo en el ámbito territorial de actuación de la Caja de Ahorros. La LCAnd añade el grupo formado por la Junta de Andalucía y otro por las entidades de naturaleza no pública que representen intereses sociales y colectivos dentro del ámbito de actuación de la Caja de Ahorros, y que tengan acreditada su representación en algún órgano consultivo de ámbito regional de la Comunidad Autónoma de Andalucía. La LCCant, el formado por el Parlamento de Cantabria y otro formado por entidades de carácter benéfico, social, cultural, científico, o profesional de reconocido prestigio en Cantabria. La LCVaVal añade el de la Generalitat Valenciana. La LCCan el de los Cabildos insulares, así como otro grupo formado por las Universidades, Cámaras Agrarias y Cámaras de Comercio, Industria y Navegación. La LCCM, el de las Cortes de Castilla-La Mancha. La LCMad, el de la Asamblea de Madrid y el formado por las entidades representativas de intereses colectivos, y la LCCL, el de las Cortes de Castilla y León, así como el formado por las entidades de interés general de reconocido arraigo en el territorio de Castilla y León.

Por último, y en relación a los grupos que participan en la Asamblea General, es necesario matizar que el artículo 2.1 de la LORCA en su redacción actual no exige, como antes, que estén representados los intereses sociales y colectivos del ámbito del actuación de la Caja de Ahorros. Ello puede hacernos pensar en una mayor libertad de las CCAA a la hora de fijar los nuevos grupos de representación en la Asamblea. Aunque es bastante improbable que las CCAA introduzcan algún grupo de representación en la Asamblea que no esté ligado al ámbito de actuación de la Caja de Ahorros y, en particular, a la propia Comunidad Autónoma.

Por otro lado, y en lo que se refiere a los porcentajes de participación, la normativa autonómica ha tenido que adecuarse a la importante reforma que la LORCA ha sufrido por parte de la LMRSF y de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

En un principio, el artículo 2.3 de la LORCA recogía, y con el carácter de bases de la ordenación del crédito, los concretos porcentajes de participación de los distintos grupos en la Asamblea⁽¹¹³⁾. Lógicamente, al establecer el propio TC que los diversos grupos que recogía la LORCA no eran los únicos que podían introducir las CCAA, no era posible admitir como norma básica la fijación rígida y taxativa de los porcentajes de participación de cada grupo⁽¹¹⁴⁾. Al amparo de esta libertad en la fijación de los porcentajes, y como algunas CCAA habían añadido a los cuatro grupos de representación ya presentes en la LORCA, entre otros, un grupo de representación de la propia Comunidad Autónoma, cuyos miembros habrían de estar nombrados por sus propias asambleas legislativas, no en pocas ocasiones el porcentaje conjunto de participación de los grupos formados por las administraciones públicas y entidades y corporaciones de derecho público representaba el control de sus órganos de gobierno⁽¹¹⁵⁾. Para evitarlo, la reforma que introduce la LMRSF en la LORCA, y que encontramos por lo

(113) Más exactamente, el 40 por ciento para las corporaciones municipales en cuyo término tenga abierta oficina la entidad, un 44 por ciento para los impositores; un 11 por ciento para las personas o entidades fundadoras y un 5 por ciento para los empleados de las Cajas de Ahorros.

(114) *Cfr.* SSTC 49/1988, FJ 18.º y 48/1988, FJ 17.º en relación a los artículos 17 de la Ley 15/1985, de 1 de julio, de Cajas de Ahorro de Cataluña, y 27 de la Ley 7/1985, de 4 de julio, de Cajas de Ahorro Gallegas, así como las SSTC 239/1992, FFJJ 3.º y 5.º, y 60/1993, FFJJ 3.º y 4.º.

(115) *Vid.* M.A. SALVADOR ARMENDÁRIZ, “Una aproximación a la Ley de medidas de reforma del sistema financiero”, *Revista jurídica de Navarra*, núm. 34, 2002, p. 108. Esta situación, como mantiene G. FERNÁNDEZ FARRERES, “La presencia de las administraciones públicas en los órganos rectores de las Cajas de Ahorros”, *RDBB*, núm. 108, 2007, p. 195, si bien fue facilitada por el propio Tribunal Constitucional en sus SSTC 239/1992 y 60/1993, al afirmar que el legislador autonómico puede integrar en la Asamblea General a representantes de otros intereses sociales y alterar los porcentajes de participación, podría haberse modulado si se hubiera mantenido firme en la aplicación del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que hizo la STC 49/1988, cuando consideró arbitraria y contraria al artículo 9.3 de la CE la acumulación de la participación que las corporaciones locales podían tener en las Cajas como entidades fundadoras (11 por ciento) y como corporaciones municipales en cuyo término tuviese abierta oficina la Caja de Ahorros (40 por ciento).

general reflejada en la normativa autonómica⁽¹¹⁶⁾, prohíbe que la representación de las Administraciones Públicas y entidades y corporaciones de derecho público en sus órganos de gobierno, incluida la que corresponda a la entidad fundadora cuando ésta tenga la misma naturaleza, pueda superar en su conjunto el 50 por ciento del total de los derechos de voto en cada uno de tales órganos, teniendo que estar representadas todas las entidades y corporaciones⁽¹¹⁷⁾.

En relación a los porcentajes de participación, no será ésta la única reforma que experimente la LORCA. El artículo 2 de la LORCA, en sus párrafos 2.º y 3.º, fijará con carácter básico los porcentajes de representación mínimos y máximos entre los que tienen que oscilar los grupos de impositores y de empleados, mientras que su párrafo 4.º, introducido por el artículo 101 Uno de la Ley 62/2003, nos dirá que “cuando las Cajas de Ahorros tengan abiertas oficinas en más de una Comunidad Autónoma, la representación en la Asamblea General de los distintos grupos, con excepción de los que, en su caso, representen a las comunidades autónomas y de los previstos en el apartado 1 c) y d) del presente artículo, deberá ser, en observancia del principio de igualdad, proporcional a la cifra de depósitos entre las diferentes comunidades autónomas en que tengan abiertas oficinas, dentro del porcentaje atribuido a cada uno de ellos”. Esta última previsión, de carácter básico, hace que nos planteemos la validez de aquellas disposiciones autonómicas que alteran el principio de proporcionalidad a la cifra de depósitos al determinar la representación de las corporaciones⁽¹¹⁸⁾.

En lo que respecta a la designación de los Consejeros generales, las corporaciones municipales tienen dos cauces de acceso a la Asamblea General de las Cajas de Ahorros: como corporaciones y como entidades fundadoras. En ambos casos la LORCA

(116) El artículo 25, letras b) y d) de la LCCan, sin embargo, aun después de la reforma de la LORCA, prevé una representación de las corporaciones del 44 por ciento de los Consejeros generales, y del 10 por ciento en representación de los Cabildos Insulares.

(117) Una medida que, para un sector de la doctrina, no evita materialmente la situación de dominio de las Administraciones públicas y que realmente se justifica en la necesidad de evitar que las Cajas de Ahorros se consideren como empresas públicas a los efectos de la aplicabilidad del régimen comunitario sobre ayudas públicas. Vid. J.A. SANTAMARÍA PASTOR, “Los órganos de gobierno de las Cajas: un trienio de minireformas y contrarreformas”, *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm. 81, 2004, p. 30; J.A. UREÑA SALCEDO, *La influencia pública en las Cajas de Ahorros*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 109 y ss.; y M.J. PEÑAS MOYANO, “¿Hacia dónde se dirigen las Cajas...”, *op. cit.*, pp. 117 y ss.

(118) Así ocurre con el artículo 38.3 de la LCPV cuando dispone que “Las cajas que tengan abiertas oficinas operativas en diferentes comunidades autónomas deben atribuir a cada comunidad un número de consejeros generales representantes de las corporaciones municipales proporcional al número ponderado de oficinas operativas en cada comunidad en relación con la suma de los números ponderados de las oficinas de todas las comunidades. Esta ponderación se obtiene para cada territorio autonómico multiplicando el número de oficinas operativas de la caja por el cociente de dividir sus depósitos en este territorio por los respectivos habitantes, según los censos oficiales”. Como afirma G. FERNÁNDEZ FARRERES, “La presencia...”, *op. cit.*, p. 199, al introducir el factor poblacional, la norma vasca discrimina favorablemente a las corporaciones municipales de la CA vasca.

exige, en sus artículos 3.1 y 5, y con carácter básico⁽¹¹⁹⁾, que la designación de los representantes se realice “directamente” por la corporación o por la entidad fundadora.

A pesar de la ambigüedad del artículo 3.1 de la LORCA, la afirmación de que los Consejeros se designarán “directamente” por las corporaciones debería implicar una remisión a la normativa propia de éstas, en algunos aspectos también básica, para determinar el procedimiento interno que se ha de seguir a la hora de nombrar a sus representantes en las Cajas de Ahorros; es decir, una remisión a la legislación específica de Régimen Local⁽¹²⁰⁾. Una norma que se legitima en las competencias que el Estado o las CCAA tienen sobre las Cajas de Ahorros no puede entrar en el quién o en el cómo se debe proceder, dentro de la corporación, a nombrar a un determinado representante de ésta. Para lo que las CCAA serán competentes, en desarrollo de esas bases, será para la determinación de los criterios con los que identificar qué corporaciones, entre las que las Cajas tienen abiertas oficinas en su territorio, y en qué proporción, han de venir representadas en las Cajas, que es precisamente para lo que habilita la disposición final cuarta, 1, a), de la LORCA, que nos habla del “procedimiento de selección de las Corporaciones Municipales”. Así lo ha interpretado el Gobierno al desarrollar la LORCA y así cabe también deducirlo de la doctrina del TC, en relación al artículo 5 de la LORCA, cuando nos dice que los representantes de las personas o entidades fundadoras “serán nombrados directamente por la persona o entidad fundadora”⁽¹²¹⁾.

No obstante, la normativa autonómica de desarrollo de las bases de la LORCA —habilitada en este punto a tenor de la disposición final cuarta, a), de la LORCA⁽¹²²⁾— no se ha limitado a determinar cómo ha de hacerse el reparto de los Consejeros entre las distintas corporaciones sino que, en algunos casos, fija el órgano de la corporación competente para designar a los Consejeros e incluso los criterios a seguir en tal nombramiento⁽¹²³⁾. Tales disposiciones, sin embargo, no sólo deberán estar

(119) Ahora por la disposición final cuarta, apartado Tres. Antes, *vid.* la STC 49/1988, FFJJ 19.º y 20.º.

(120) *Vid.* R. ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, *El reparto de competencias...*, *op. cit.*, pp. 290 y ss.

(121) *Cfr.* SSTC 49/1988, FJ 20.º y 33/1993, FJ 2.º.

(122) Tal y como expresamente ha reconocido la STC 49/1988, FJ 19.º.

(123) Nos encontramos con un grupo de disposiciones autonómicas que tan sólo precisan a quién corresponde el nombramiento, como es el caso de los artículos 38.1 de la LCVP y 27 de la LCCant, que disponen que los Consejeros generales representantes de las corporaciones municipales serán nombrados directamente por éstas, mediante acuerdo del pleno municipal. El artículo 46.4 de la LCRj, por su parte, precisa que el nombramiento se efectuará mediante acuerdo del Pleno de la propia corporación “con arreglo a sus normas de funcionamiento”.

En otros casos se señala expresamente a quién compete el nombramiento y el criterio a seguir en él, como ocurre con el artículo 58.1.2 de la LCAnd, que no sólo nos dice que “la designación se efectuará por el Pleno de las Corporaciones Municipales”, sino que tal designación se hará “atendiendo a la

amparadas en las competencias de las CCAA en materia de Régimen Local, sino respetar la competencia básica estatal en esta materia⁽¹²⁴⁾, conforme a la cual, si bien es posible reconocer en el Pleno la facultad para el nombramiento de los representantes de la corporación en la Caja, resulta más discutible que en ese caso se apele a un sistema distinto al de la mayoría⁽¹²⁵⁾.

Menos problemas ha planteado en la normativa autonómica la designación de los consejeros representantes de los otros grupos. Tratándose de los Consejeros representantes de las personas o entidades fundadoras se recoge no sólo la previsión de que serán designados directamente por éstas, y de que las personas o entidades fundadoras puedan asignar una parte de su porcentaje de representación a corporaciones locales que, a su vez, no sean fundadoras de otras Cajas de Ahorros de su ámbito de actuación,

proporcionalidad con la que estén representados los grupos políticos integrantes de cada una”. En el mismo sentido, el artículo 21.3 de la LCCM nos dice que la designación de los Consejeros se hará “conforme al principio de proporcionalidad, en función de los votos obtenidos por cada una de las candidaturas”. El artículo 47.1 de la LCCL, en la misma línea que el artículo 28.2 de la LCCan, nos dirá que será “en proporción a la importancia numérica de los grupos políticos integrantes de la Corporación”. El artículo 22.1.d) de la LCAst es de los más precisos, al señalar que “los Consejeros Generales que representen a las Corporaciones Municipales serán elegidos directamente por los Plenos de las mismas. Cada Grupo municipal podrá presentar una propuesta de candidatos con un número de éstos igual al número de Consejeros a elegir. Los candidatos a Consejeros Generales, por el orden en que figuren en la propuesta, serán elegidos de forma proporcional al número de votos obtenidos por cada candidatura. Cada miembro del Pleno podrá dar su voto a una única candidatura”.

En otros casos se opta por el sistema proporcional, pero sin hacer referencia a que la competencia es del Pleno, como ocurre con los artículos 37.2 de la LCMur y 29.2 de la LCMad, que disponen que los Consejeros Generales elegidos por las corporaciones municipales serán designados directamente por éstas en proporción a la importancia numérica de los grupos políticos integrantes de cada una. También se refiere al principio de proporcionalidad el artículo 34.1.2.º de la LCE.

En el otro extremo encontramos aquellas disposiciones que, para determinar el órgano competente y el criterio que ha de seguir, se remiten a la normativa propia de la Corporación. Éste es el caso del artículo 49.2 de la LCAr, que dispone que “Los Consejeros Generales representantes de los municipios se designarán directamente por los Ayuntamientos respectivos, con arreglo a las disposiciones reguladoras del régimen de acuerdos de las corporaciones locales, pudiendo designarse a personas que, sin ser concejales, tengan los adecuados conocimientos para participar en el gobierno de la Caja en defensa de los intereses colectivos”.

(124) Así lo reconoce la STC 33/1993, FJ 2.º, cuando nos dice que “lo que se impide, de acuerdo a la STC 49/1988, es interferirse en ese nombramiento, y no deja de ser significativo que la misma aluda indistintamente a la mediación de una normativa estatal o de la Comunidad Autónoma, considerando básico sólo la no imposición o condicionamiento en la forma de proceder al nombramiento. Pero en la medida en que la entidad fundadora es una Corporación Local y en la correspondiente designación ha de aplicarse la normativa de Régimen Local, tanto el Estado como la Comunidad Autónoma podrán ejercer sus competencias correspondientes sobre Régimen Local sin que ello suponga imposición o condicionamiento de la forma de proceder al nombramiento contraria a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 31/1985”.

(125) *Vid.*, al respecto, R. ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, *El reparto de competencias...*, *op. cit.*, pp. 299 y ss.

sino la norma básica del artículo 2.3 párrafo 3.º de la LORCA, antes de su modificación por la LMRSF, cuando establecía que “en el supuesto de Cajas de Ahorros cuyas personas o Entidades fundadoras no estén identificadas en sus Estatutos a la entrada en vigor de la presente Ley, o bien estándolo no puedan o no deseen ejercitar la representación correspondiente a las mismas, ésta se repartirá proporcionalmente entre los restantes grupos” (126).

Por otra parte, y en relación al procedimiento para el nombramiento de los Consejeros generales representantes de los impositores, no hay más principio básico que respetar que el de la exigencia de que el sistema de elección garantice una verdadera representatividad (127). La normativa autonómica, por tanto, y aunque no se haya apartado en ocasiones del previsto en el propio artículo 4 de la LORCA (128), puede optar por el sistema que considere más conveniente, siempre que quede garantizada la representatividad como manifestación del principio democrático que ha de presidir la organización de las Cajas (129).

Por último, y en lo que se refiere a la designación de los Consejeros generales representantes de los empleados, encontramos que la normativa autonómica sigue, con carácter general, y aunque no tiene carácter básico (130), la previsión del artículo 6.1 de la LORCA que, por un lado, opta por el sistema de nombramiento proporcional por los representantes legales de los empleados y, por otro, añade el requisito de que los

(126) *Vid.*, además, la STC 60/1993, cuando declaró inconstitucional el artículo 15.3 de la Ley de la Asamblea Regional de Cantabria 1/1990, de 12 de marzo, por el que se regulan los órganos rectores de las Cajas de Ahorro con sede social en la Comunidad Autónoma de Cantabria, que establecía que “en el caso de no existir, desconocerse o haber desaparecido las personas o Entidades fundadoras, su representación será repartida entre los grupos definidos en los apartados a) y b) del artículo 7.1 de acuerdo con los porcentajes establecidos en el mismo e incrementándolos proporcionalmente”, ya que “la regla de reparto proporcional de la representación correspondiente a las personas o Entidades fundadoras de las Cajas de Ahorro entre los restantes grupos —cualesquiera que éstos sean en cada caso— vincula, por tanto, a la competencia normativa de las Comunidades Autónomas, dado su carácter de norma básica de la materia” (*cfr.* FJ 5.º).

(127) *Cfr.* SSTC 49/1988, FJ 20.º y 48/1988, FJ 19.º.

(128) *Cfr.* artículos 38.2 de la LCMur y 12 de la LCN.

(129) *Vid.* artículos 36 de la LCPV, 59 de la LCAnd, 29 LCAnt, 23 de la LCAst, 45 de la LCRj, 25.2 de la LCVal, 26.1 de la LCCan, 23 de la LCCM, 47 de la LCAr, 30 de la LCMad, 45 de la LCCL y 33 de la LCE. Precisa G. FERNÁNDEZ FARRERES, “La presencia...”, *op. cit.*, p. 203, que en caso de elaborarse listas por zonas para la elección de los Consejeros, la representatividad viene garantizada por la proporcionalidad estricta entre el número de impositores y el de compromisarios, por lo que resulta dudoso el criterio adoptado por el artículo 36.3 de la LCPV cuando incorpora, como criterio para determinar la ponderación que posteriormente se ha de utilizar para fijar el número de Consejeros representantes de los impositores de cada CA, un factor ajeno a la actividad de las Cajas como es el de la población de aquella en la que las Cajas tengan abiertas oficinas.

(130) *Cfr.* STC 49/1988, FJ 20.º.

candidatos tengan un mínimo de antigüedad en la plantilla de la Entidad⁽¹³¹⁾. Sí resulta básico, sin embargo, tanto el principio general del artículo 6.2 de la LORCA de que los empleados de las Cajas de Ahorros accedan a la Asamblea General por el grupo de representación del personal, como su excepción, conforme a la cual se permite que formen parte de la Asamblea General por el grupo de representación de las Corporaciones Locales siempre que sea tan sólo “en casos excepcionales” a determinar por la legislación autonómica y sin que pueda verse afectado al principio de la autonomía de cada grupo⁽¹³²⁾. La legislación autonómica, por tanto, debería respetar la regla general sin perjuicio de determinar en qué casos excepcionales los empleados pueden acceder por el grupo de representación de las Corporaciones locales⁽¹³³⁾.

En la regulación del Consejo de Administración, la normativa autonómica recoge la normativa básica de la LORCA en lo que respecta a su naturaleza, composición, competencias y funcionamiento. En particular, así ocurre con el número de vocales, pues, aunque no se recoge con carácter general el mismo número de vocales del artículo 13.2 de la LORCA por no tener la consideración de básico⁽¹³⁴⁾, sí se hace con

⁽¹³¹⁾ Cfr. artículos 37 de la LCPV, 63.1 y 2 de la LCAnd, 32 de la LCCant, 25 de la LCAs, 40.1 de la LCMur, 15.1 de la LCN. La LCVal, en su artículo 25.4, tan sólo nos dice que la elección se realizará por los representantes legales de los trabajadores. El artículo 48 de la LCRj opta por la elección por parte de todos los empleados de la entidad, de aquellos empleados de plantilla en activo con una antigüedad mínima de dos años. El artículo 30 de la LCCan por la elección directa entre el propio personal. Las LCCM, LCMad y LCE, en sus artículos 26, 33 y 36, respectivamente, optan por el sistema de nombramiento proporcional por los representantes legales de los empleados pero sin hacer referencia al requisito de la antigüedad. El artículo 48 de la LCAr tampoco hace referencia al requisito de la antigüedad, pero para la designación escoge el sistema de elección directa, en la que podrán ser electores y elegibles todos los empleados de plantilla de la entidad. El artículo 48 de la LCCL aplica el procedimiento de proporcionalidad siendo electores todos los miembros de la plantilla.

⁽¹³²⁾ Cfr. STC 49/1988, FJ 20.º.

⁽¹³³⁾ Se limitan a afirmar que los empleados de la Caja de Ahorros accederán a la Asamblea General por el grupo de representación del personal, pudiendo hacerlo, excepcionalmente, por el grupo de representación de las corporaciones locales, los artículos 48.2 de la LCRj y 15.2 de la LCN. El artículo 37.1 2.º de la LCPV, que sanciona que los empleados sólo accederán a la Asamblea General por el grupo de representación del personal, pudiendo hacerlo, excepcionalmente, por el grupo de representación de las corporaciones locales en una proporción inferior al 50 por ciento de los consejeros generales representantes del personal, sin que sea posible en ningún caso su acceso en representación de la entidad fundadora o los impositores. Los artículos 32.3 de la LCCant, 25.3 de la LCAs, 26.3 de la LCCM, 33.3 de la LCMad, y 36.3 de la LCE condicionan la posibilidad de que los empleados de la Caja de Ahorros sean nombrados Consejeros generales por el grupo de corporaciones municipales, a la previa autorización de la Consejería competente. Por su parte, el artículo 40.3 de la LCMur lo condiciona al informe previo que lo justifique, elaborado por la Comisión de Control.

No obstante, encontramos disposiciones que van más allá, y junto al principio general establecen que, excepcionalmente, los empleados pueden acceder a la Asamblea no sólo por el grupo de corporaciones municipales, sino también por el de la Comunidad Autónoma o de las personas o entidades fundadoras. Así ocurre con el artículo 63.3 de la LCAnd, en relación con el grupo de la Junta de Andalucía y de las personas o entidades fundadoras; el artículo 48.3 de la LCAr con el grupo de la Comunidad Autónoma de Aragón, y el artículo 33.3 de la LCMad con el grupo de la Asamblea de Madrid.

⁽¹³⁴⁾ Así, el artículo 72.1 de la LCAnd, que determina un número fijo.

la previsión, básica por su finalidad de garantizar la representatividad del Consejo ⁽¹³⁵⁾, de que existan representantes de los diversos grupos sociales presentes en la Asamblea ⁽¹³⁶⁾; con la exigencia que impone el artículo 14 de la LORCA ⁽¹³⁷⁾ de que en el Consejo de Administración estén representados los mismos grupos que en la Asamblea General, y en la misma proporción que se fijó por cada Comunidad en aquella ⁽¹³⁸⁾; con la previsión básica ⁽¹³⁹⁾ de que los Consejeros generales que representan a las corporaciones municipales o los impositores puedan designar como vocales del Consejo de Administración a terceras personas que reúnan los adecuados requisitos de profesionalidad hasta un número de dos ⁽¹⁴⁰⁾; con los nombramientos del Presidente del Consejo, del Secretario y de uno o más Vicepresidentes, incluidas las previsiones que no se recogían expresamente como básicas de que el Secretario fuese designado entre los miembros del Consejo o de que el Presidente sea quien tenga que convocar al Consejo, incluso a petición de un número determinado de los Vocales del Consejo ⁽¹⁴¹⁾, y con la norma básica del artículo 20.2, párrafo 2.º de la LORCA, de que los acuerdos se deberán adoptar por mayoría de los Consejeros asistentes. Regla que debe ser matizada con la posibilidad, admitida por nuestro TC ⁽¹⁴²⁾, de que la normativa autonómica prevea la asistencia del Director General a las reuniones del Consejo con voz y voto ⁽¹⁴³⁾.

La LORCA, por otra parte, recoge algunas funciones puntuales del Consejo de Administración, como es el caso del nombramiento del Director General (artículo 26.1 de la LORCA) y del Presidente de la entidad (artículo 20 uno de la LORCA). No obstante, bajo la fórmula de que le compete la administración y gestión financiera, así como la obra benéfico-social de la Caja de Ahorros para el cumplimiento de sus fines (artículo 13 Uno) y la representación de la entidad para todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de ésta (artículo 19.1), deja amplias posibilidades para que la

(135) *Cfr.* STC 49/1988, FJ 25.º.

(136) *Cfr.* artículo 72.1 de la LCAnd.

(137) *Cfr.* STC 49/1988, FFJJ 18.º y 25.º. La STC 61/1993, FJ 6.º, cuando declara conforme a derecho los artículos 43.4, 44 y 53.5 de la Ley 13/1990 de Cajas de Ahorros Canarias, mantiene el carácter básico del hecho de que los grupos representativos se limiten a proponer candidatos y no a nombrar.

(138) Como ocurre con el artículo 72.1 y 2 de la LCAnd cuando recoge los mismos grupos que el artículo 57.2 de la LCAnd para la Asamblea, y con los mismos porcentajes de participación.

(139) *Cfr.* SSTC 49/1988, FJ 25.º y 48/1988, FJ 18.º.

(140) *Cfr.* artículo 72.2.b) 4.º de la LCAnd.

(141) *Cfr.* artículos 71 y ss. de la LCAnd.

(142) STC 49/1988, FJ 25.º.

(143) Como ocurre, por ejemplo, con el artículo 73.5 de la LCAnd cuando señala que “el Director General asistirá a las reuniones del Consejo de Administración con voz pero sin voto, excepto para la toma de decisiones que le afecten”.

normativa autonómica concrete cuáles son sus funciones y competencias⁽¹⁴⁴⁾. Conviene, pese a todo, destacar que entre las distintas funciones que se le encomiendan al Consejo está la formulación del informe de gobierno corporativo cuando la Caja emita valores admitidos a negociación en cualquiera de los mercados oficiales de valores. La obligatoriedad de dicho informe se recoge en la disposición adicional segunda de la Ley 26/2003, desarrollada para las Cajas de Ahorros por la Orden ECO/354/2004, de 17 de febrero, que regula su contenido mínimo, y la Circular 2/2005, de 21 de abril, de la CNMV, que determina el contenido y la estructura del informe de gobierno corporativo⁽¹⁴⁵⁾. En la normativa autonómica se hacen escasas referencias al informe de gobierno corporativo. En particular, se llega a recoger en alguna disposición la obligación de comunicar el informe a los órganos competentes de la Comunidad Autónoma en que radique la sede social de la Caja, pero sin referencia alguna a ese mismo deber respecto a la CNMV⁽¹⁴⁶⁾. Por otro lado, de la información que la citada Orden ECO 354/2004 obliga incluir en el informe anual a las Cajas, tan sólo encontramos algunas disposiciones autonómicas que hacen referencia a aspectos relativos a la retribución de los miembros de los órganos de gobierno y personal directivo⁽¹⁴⁷⁾, así como el resumen del informe anual que la Comisión de Inversiones eleva al Consejo de Administración de la Caja⁽¹⁴⁸⁾.

El Consejo de Administración funciona como órgano colegiado, aunque en materia de delegaciones del Consejo de Administración la normativa autonómica va a seguir lo establecido con carácter básico en el artículo 19.2 de la LORCA —que prevé la posibilidad de que aquél delegue alguna o algunas de sus facultades de gestión en los órganos de gobierno de las entidades que constituyan y articulen alianzas entre

(144) Vid. G. ESTEBAN VELASCO, “Algunas reflexiones...”, *op. cit.*, p. 65, quien nos dice que ello permitirá una configuración del Consejo de Administración en la normativa autonómica cercana a la de las sociedades anónimas.

(145) Vid., sobre dicho informe, F. SÁNCHEZ CALERO, “Informe anual de Gobierno Corporativo”, *RDBB*, núm. 94, 2004, pp. 7 y ss.; J.C. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “Cajas de Ahorros: informe de gobierno corporativo e información sobre hechos relevantes”, *RDBB*, núm. 93, 2004, pp. 316 y ss.; A. DÍAZ MORENO, “Cajas de Ahorro: informe anual del gobierno corporativo, Orden ECO/354/2004, del 17 de febrero”, *DN*, núm. 163, 2004, pp. 23 y ss., y F. ROS PÉREZ, “Gobierno corporativo...”, *op. cit.*, pp. 111 y ss.

(146) La disposición adicional cuarta de la LE dispone que “Las Cajas de Ahorro con domicilio social en Extremadura remitirán a la Consejería competente en materia de Política Financiera, en el plazo de un mes desde su aprobación, copia del informe anual de gobierno corporativo. Asimismo, las Cajas de Ahorro con domicilio social fuera del territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura que tengan oficinas abiertas en el mismo, remitirán a la Consejería competente en materia de Política Financiera, en el plazo de un mes desde su aprobación, copia del citado informe anual de gobierno corporativo, en el caso de que la normativa vigente le exija, su elaboración”.

(147) Así, el artículo 14.2 de la LCCat señala que en el informe de gobierno corporativo se tienen que reflejar todas las circunstancias relativas a la retribución, así como al régimen de incompatibilidades en función de la dedicación del Presidente o Presidenta de la Caja de Ahorros.

(148) Cfr. artículos 76 ter 3 de la LCAnd, 45.12 de la LCAnt, 50 ter 4 de la LCAst, 54.3 de la LCRj, 59 ter de la LCMU, y 63.2 de la LCCL.

Cajas de Ahorros o los creados al efecto en el seno de la CECA—, y en el artículo 20.2.1.º de la LORCA —que sanciona que el Consejo de Administración pueda actuar en pleno o delegar funciones en una Comisión Ejecutiva y en el Director General, con excepción de las relativas a la elevación de propuestas a la Asamblea General o cuando se trate de facultades especialmente delegadas en el Consejo, salvo que fuese expresamente autorizado para ello—. Aunque el TC ha admitido expresamente la posibilidad de que la legislación autonómica pueda prever la delegación no sólo en una Comisión ejecutiva, sino también en otras Comisiones distintas⁽¹⁴⁹⁾, nada se nos dice sobre la posibilidad de que se realicen delegaciones individuales fuera de la figura del Director General, aunque alguna disposición autonómica así lo haya previsto⁽¹⁵⁰⁾.

Mención especial merece, asimismo, la constitución en el seno del Consejo de Administración de las Cajas de Ahorros de las Comisiones de inversiones, retribuciones y auditoría. Las dos primeras, de carácter necesario, en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional 4.ª de la Ley 26/2003, que introduce en la LORCA los artículos 20 bis y 20 ter, y la última, por el artículo 98 de la Ley 62/2003, disposición esta última que recoge su carácter potestativo para las Cajas cuando nos dice que “en las Cajas de Ahorros que emitan valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores, las funciones del comité de auditoría podrán ser asumidas por la comisión de control”⁽¹⁵¹⁾. La plasmación de estas comisiones en la normativa autonómica vuelve a ser dispar, pues mientras encontramos un grupo de Comunidades Autónomas que han regulado expresamente y conforme a la normativa básica estatal los Comités de Retribuciones y de Inversiones⁽¹⁵²⁾, en otros casos tan sólo se menciona la posibilidad de que el Consejo de Administración pueda delegar sus facultades en una o más

(149) Cfr. STC 62/1993, FJ 6.º, en relación con el artículo 58 de la Ley 1/1991 de Cajas de Ahorro de Aragón, que establecía que “el Consejo de Administración podrá constituir una o más Comisiones delegadas, a las que podrá encomendar funciones propias del Consejo [...] en otro caso será de constitución reglamentaria una Comisión delegada para la obra sociocultural”.

(150) La LCAnd establece en su artículo 75.1 de la LCAnd que el Consejo de Administración podrá delegar sus funciones en el Presidente, en la Comisión Ejecutiva, en su caso, y en el Director General, así como en el Vicepresidente o Vicepresidente Primero si así estuviese previsto estatutariamente.

(151) Vid., sobre estas comisiones, F. SÁNCHEZ CALERO, “Líneas generales del régimen del comité de auditoría de las sociedades cotizadas”, *RDBB*, núm. 89, 2003, pp. 191 y ss.; J. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, “La comisión de control de cumplimiento normativo (*compliance committee*) del consejo de administración”, *RDBB*, núm. 92, 2003, pp. 91 y ss.; M.J. PEÑAS MOYANO, “¿Hacia dónde se dirigen las Cajas...”, *op. cit.*, pp. 145 y ss., y A. MADRID PARRA, “Régimen de transparencia...”, *op. cit.*, p. 18. Con carácter crítico a la constitución de estas comisiones, vid., además, J.A. SANTAMARÍA PASTOR, “Los órganos de gobierno de las Cajas: un trienio de minirreformas y contrarreformas”, *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm. 81, 2004, pp. 32 y ss.; F. ROS PÉREZ, “Gobierno corporativo...”, *op. cit.*, pp. 109 y 110, y G. ESTEBAN VELASCO, “Algunas reflexiones...”, *op. cit.*, p. 78.

(152) Cfr. artículos 76 bis y 76 ter de la LCAnd, 45.11 y 12 de la LCCant, 50 bis y 50 ter de la LCAs, 54.2 y 3 de la LCRj, 59 bis y 59 ter de la LCMur, 63 de la LCCL, y 56.4 de la LE.

Comisiones delegadas⁽¹⁵³⁾. Por otra parte, aunque algunas Cajas de Ahorros han optado por constituir Comités de auditoría⁽¹⁵⁴⁾, no encontramos en la normativa autonómica sino las referencias a lo que pudieran ser sus funciones (evaluar el sistema de verificación contable de la entidad, velar por la independencia del auditor externo y revisar el sistema de control interno)⁽¹⁵⁵⁾, al regular las competencias de la Comisión de Control⁽¹⁵⁶⁾.

La regulación de la Comisión de Control sigue en su objeto, composición y funciones lo dispuesto con carácter básico en la LORCA. Los deberes de información de la Comisión con el Ministerio de Economía y Hacienda que recoge con carácter básico el artículo 24.1 de la LORCA⁽¹⁵⁷⁾ los vemos reflejados dentro de las funciones de la Comisión que recoge la normativa autonómica. No obstante, se echa en falta en la normativa autonómica, con carácter general y como ha reclamado nuestra doctrina⁽¹⁵⁸⁾, el establecimiento de un sistema de información periódica del Consejo de Administración con la Comisión de Control⁽¹⁵⁹⁾. También se recogen las previsiones

(153) Los artículos 34 de la LCCat, 41 de la LCG, 52.1 de la LCCan y 58 de la LCAr disponen que el Consejo de Administración podrá delegar facultades en una o más comisiones delegadas, entre las cuales será obligatoria la creación de una comisión delegada de la obra benéfico-social. En el mismo sentido, pero sin hacer referencia al carácter obligatorio de la comisión de obras sociales, los artículos 49.2 de la LCCM, 64.1 de la LCMad, y 62.1 de la LCCL. El artículo 36.3 de la LCVal tan sólo recoge el carácter obligatorio de la Comisión de obras sociales.

(154) En el informe de la Fundación de Estudios Financieros [*Las Cajas de Ahorros (modelo de negocio, estructura de propiedad y gobierno corporativo)*], Papeles de la Fundación, núm. 18, 2007, p. 190] se señala cómo, de las 42 Cajas emisoras de valores negociables, 16 han creado un Comité de auditoría, mientras que las restantes han optado por atribuir estas funciones a la Comisión de Control.

(155) Al respecto *vid.* VELASCO SAN PEDRO, “Comité de Auditoría”, *Derecho de sociedades cotizadas*, II, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006, pp. 1087 y ss.

(156) Los artículos 53 letra c) de la LCPV, 35.1 letras c) y d) de la LCCat, y 42.1 c) y d) de la LCG, y 56.1.d) y e) de la LCCan atribuyen expresamente a la Comisión de Control la facultad de conocer los informes de auditoría externa y las recomendaciones que formulan los auditores, y la de revisar el balance y la cuenta de resultados de cada ejercicio anual, formulando las observaciones que considere oportunas. El artículo 83.1, letras a) y b) de la LCAnd, le atribuye a la Comisión de Control la competencia para examinar de forma continuada la gestión económica y financiera de la Caja de Ahorros, y los informes de auditoría de cuentas relativos a la gestión de la Caja de Ahorros. Los artículos 51.1 letras a) y b) de la LCCant, 56.1 letras a) y b) de la LCAst, 63.1 A) y C) de la LCRj, 61.1 a) y b) de la LCMur, 42.1 a) y b) de la LCVal, 32.1 a) y b) de la LCNav, 51.1 a) y b) de la LCCM, 60.1 a) y b) de la LCAr, 67.1 a) y c) de la LCMad, 66.1 a) y b) de la LCCL, y 60.1 a) y b) de la LCE disponen que la Comisión de Control tendrá la función de analizar la gestión económica y financiera de la entidad y estudiar la censura de cuentas que resuma la gestión del ejercicio.

(157) *Cfr.* STC 49/1988, FJ 26.º.

(158) *Cfr.* G. ESTEBAN VELASCO, “Algunas reflexiones...”, *op. cit.*, p. 76.

(159) El artículo 83.2 de la LCAnd nos dice que “El Presidente del Consejo de Administración y el Director General de la Caja de Ahorros deberán facilitar a la Comisión de Control cuantos antecedentes e información sean solicitados por ésta en el ejercicio de sus competencias. En todo caso, deberán poner en su conocimiento cuantos acuerdos y decisiones relativos a la gestión de la Caja de Ahorros sean adoptados por el Consejo de Administración o, en su caso, por delegación de éste”.

básicas⁽¹⁶⁰⁾, del artículo 22.1 de la LORCA, de que los miembros serán elegidos por la Asamblea General entre sus miembros que no ostenten la condición de vocales del Consejo de Administración, debiendo existir en ella representantes de todos los grupos que integren la Asamblea General, en idéntica proporción, y la posibilidad de que a las reuniones de la Comisión asista el Director General con voz y sin voto, tal y como señala el artículo 22.5 de la LORCA⁽¹⁶¹⁾.

B) Los miembros de los órganos rectores

a) *Requisitos e incompatibilidades*

Entrando, por otro lado, en lo que es la regulación de los miembros de los órganos de gobierno y, en particular, en lo que respecta a los requisitos y causas de incompatibilidad, pueden distinguirse, tanto en la LORCA como en la normativa autonómica, aquellos que afectan por igual a todos los miembros de los órganos de gobierno, de aquellos que, con carácter particular, sólo cabe predicar de los componentes de cada uno de los órganos.

La normativa autonómica, con carácter general, reproduce el artículo 7 de la LORCA para la determinación de los requisitos que han de reunir todos los miembros de los órganos de gobierno, requisitos que no sólo se tienen que aplicar a los Consejeros generales, sino también a los Vocales del Consejo de Administración y a los Comisionados [artículos 16.1.a) y 23 de la LORCA]. Asimismo, aquella normativa parte, como no podía ser otra forma, de las causas de incompatibilidad recogidas en el artículo 8 de la LORCA, pues son básicas para cumplir con el objetivo de que los componentes de los órganos ejerzan sus funciones en beneficio exclusivo de los intereses de la Caja de Ahorros a la que pertenezcan y del cumplimiento de su función social⁽¹⁶²⁾. Nada impide, sin embargo, que la normativa autonómica pueda añadir otros motivos o precisiones razonables, o desarrollar con más detalle las establecidas en la Ley⁽¹⁶³⁾. Lo que no podrá hacer el legislador autonómico es reducir

(160) *Vid.* STC 60/1993, FJ 7.º y SSTC 49/1988, FJ 25.º y 48/1988, FJ 18.º.

(161) *Cfr.* artículo 85.5 de la LCAnd.

(162) *Cfr.* SSTC 48/1988, FJ 20.º y 49/1988, FJ 21.º.

(163) *Cfr.* STC 49/1988, FJ 21.º. Así, la LCAnd recoge en su letra e) del artículo 44, como causa de incompatibilidad, el estar empleado al servicio de otra entidad o institución de crédito o financiera, por el tiempo que dure la relación y, como mínimo, en los dos años siguientes a la fecha de su extinción. Por otro lado, las limitaciones a operaciones financieras con las Cajas de Ahorros establecidas en el artículo 16.2 de la LORCA, el artículo 51 de la LCAnd las extiende a todos los miembros de los órganos de gobierno de la Caja, al Director General y personas vinculadas a la entidad por una relación laboral de carácter especial de alta dirección, así como a sus cónyuges, ascendientes o descendientes.

o restringir las causas de incapacidad e incompatibilidad fijadas por la normativa básica⁽¹⁶⁴⁾.

Entrando en alguna de las causas de incompatibilidad, es necesario referirnos a la que se recoge en el artículo 8.B) de la LORCA cuando prohíbe que sean Consejeros Generales, “los Presidentes, Consejeros, Administradores, Directores, Gerentes, Asesores o asimilados de otro establecimiento o institución de crédito de cualquier clase, o de Corporaciones o Entidades que propugnen, sostengan o garanticen instituciones o establecimientos de crédito o financieros, o las personas al servicio de la Administración del Estado o las Comunidades Autónomas con funciones a su cargo que se relacionen directamente con las actividades propias de las Cajas de Ahorros”. La prohibición, sin embargo, no va impedir, como comprobamos en la normativa autonómica, que un miembro de la Caja de Ahorros ostente un cargo en otra entidad de crédito pero en representación de la Caja⁽¹⁶⁵⁾.

En lo que se refiere, en particular, a los requisitos de los Vocales, el artículo 15 de la LORCA, de naturaleza básica, añade a los recogidos en el artículo 7.1 de la LORCA, el de ser “menores de setenta años en el momento de la toma de posesión, salvo que la legislación de desarrollo de la presente Ley establezca un límite de edad distin-

(164) Cfr. STC 61/1993, FFJJ 2.º y 3.º, cuando declara inconstitucionales el artículo 35.1 b), 2.º y d) de la Ley del Parlamento de Canarias 13/1990, de 26 de julio, reguladora de Cajas de Ahorro, al restringir las causas de incapacidad e incompatibilidad previstas en el artículo 8.B) y D) b) de la LORCA. Vid., además, la STC 62/1993, FFJJ 4.º y 5.º, que declara la inconstitucionalidad de los artículos 36 y 60.1 de la Ley 1/1991 de Cajas de Ahorro de Aragón, en relación a los artículos 8 y 24.1, 3.º y 8.º de la LORCA, al reproducirlos, suprimiendo algunas de sus menciones. Más exactamente, el artículo 36 no prevé como causa de incompatibilidad para ejercer el cargo de Consejeros generales y para actuar como compromisarios las recogidas en el artículo 8.A) párrafo 2.º y B) de la LORCA, mientras que el artículo 60.1 no recoge las funciones de la Comisión de Control de los apartados 3.º y 8.º del artículo 24.1 de la LORCA.

El artículo 44.1.f) de la LCAnd, sin embargo, reduce las causas de incompatibilidad previstas en la LORCA. El artículo 8.C) de la LORCA, nos dice que incurren en incompatibilidad para ser Consejeros “los que estén ligados a la Caja de Ahorros o a Sociedades en cuyo capital participe aquella en la forma que se determine en las normas de desarrollo de esta Ley, por contratos de obras, servicios, suministros o trabajos retribuidos por el período en el que ostenten tal condición y dos años después como mínimo, salvo la relación laboral en los supuestos previstos en el artículo 6.2”. El artículo 44.1.f) de la LCAnd, sin embargo, y tras recoger la regla general, tan sólo se refiere como excepción a “la relación laboral de los empleados de las Cajas de Ahorros”. Para la LORCA, el vínculo laboral supone incompatibilidad, salvo que se trate de Consejeros Generales empleados de la Caja representantes del grupo de personal o, excepcionalmente, del grupo de las Corporaciones. Sin embargo, para la LCAnd, si se pone en relación el artículo 44 con el 63.3 de la LCAnd, no hay incompatibilidad en que sea Consejero General de la Caja cualquier empleado de ella en representación no solamente del grupo de los empleados o de las Corporaciones Locales, como impone la LORCA, sino en representación de la Junta de Andalucía y de las personas o entidades fundadoras. La causa de incompatibilidad se refiere, además, no sólo a los Consejeros, sino también a los miembros del Consejo de Administración y a los de la Comisión de Control.

(165) Vid. M. ARAGÓN REYES y R. GARCÍA VILLAVERDE, “Los órganos de administración y control”, *El régimen jurídico de las Cajas de Ahorros*, op. cit., p. 299.

to”. El límite de edad, desde el mismo momento en que se remite a la legislación de desarrollo de las bases, no es básico, por lo que las CCAA podrán establecer otro distinto, inferior o, como ocurría antes de que fuera reformado, superior⁽¹⁶⁶⁾.

Las causas de inelegibilidad y de incompatibilidad para el ejercicio del cargo de Vocal del Consejo de Administración de las Cajas de Ahorros se recogen en los artículos 10.3 y 16 de la LORCA, siendo, conforme a este último, las establecidas en el artículo 8 de la LORCA y la de pertenecer al Consejo de Administración u órgano equivalente de más de cuatro sociedades mercantiles o entidades cooperativas. Asimismo, “los vocales de los Consejos de Administración, así como sus cónyuges, ascendientes o descendientes y las Sociedades en que dichas personas participen mayoritariamente en el capital bien de forma aislada o conjunta, o en las que desempeñen los cargos de Presidente, Consejero, Administrador, Gerente, Director General o asimilado, no podrán obtener créditos, avales ni garantías de la Caja respectiva o enajenar a la misma bienes o valores de su propiedad o emitidos por tales Entidades sin que exista acuerdo del Consejo de Administración de la Caja y autorización expresa del Banco de España o de la Comunidad Autónoma respectiva, según proceda”. Nuevamente, y como ocurre con las causas del artículo 8 de la LORCA, las específicas de los Vocales del Consejo de Administración son básicas en tanto constituyen un mínimo dirigido a asegurar la eficacia de la gestión de las Cajas, lo que no impide que la legislación autonómica añada otros requisitos o puntualice los establecidos en la ley estatal⁽¹⁶⁷⁾. Al respecto, encontramos que la normativa autonómica recoge la norma básica pero sustituyendo, como admite la LORCA, al Banco de España por la autoridad autonómica⁽¹⁶⁸⁾.

Los requisitos, incompatibilidades y limitaciones de los miembros de la Comisión de Control se establecen en los artículos 10.3, 22.1 y 23 de la LORCA, este último por remisión a los recogidos para los Vocales del Consejo de Administración en los artículos 7.1, 15 y 16 de la LORCA. La normativa autonómica adopta estos mismos criterios con carácter general, pero en algunos supuestos en los que la técnica consiste en distinguir los requisitos y las causas de incompatibilidad específicas de los Comisionados con remisiones a los generales aplicables a todos los miembros de los órga-

⁽¹⁶⁶⁾ No obstante, encontramos disposiciones, como el artículo 43.3 de la LCAnd, que recogen la misma edad máxima.

⁽¹⁶⁷⁾ *Cfr.* STC 49/1988, FJ 25.º.

⁽¹⁶⁸⁾ En la LCAnd las causas de inelegibilidad y de incompatibilidad se recogen en los artículos 44 [las del artículo 16.1.a), que remite al artículo 8 de la LORCA] y 74 [para la letra b) del artículo 16 de la LORCA]. Tan sólo se añade en el artículo 74.1 a) que no se computarán los cargos desempeñados cuando los ostenten en representación de la Caja de Ahorros. Las limitaciones a operaciones financieras con las Cajas de Ahorros establecidas en el artículo 16.2 de la LORCA se recogen en el artículo 51 de la LCAnd, pero incluyendo no sólo las enajenaciones sino también las adquisiciones de bienes o valores a la Caja.

nos de gobierno, nos encontramos que se dejan de aplicar a aquéllos requisitos que exige la normativa básica estatal⁽¹⁶⁹⁾.

Con carácter general, asimismo, se recoge en la normativa autonómica la previsión de que al representante elegido por la Comunidad Autónoma donde radique la sede social de la Caja de Ahorros que, conforme al artículo 22.2 de la LORCA, puede formar parte de la Comisión de Control, tan sólo le serán aplicables las mismas incompatibilidades y limitaciones que a los Vocales del Consejo de Administración. No obstante, y como ocurría en el supuesto anterior, en ocasiones, la técnica de la remisión a las causas de incompatibilidad de los Vocales del Consejo de Administración provoca que dejen de aplicárseles causas que exige la norma básica estatal⁽¹⁷⁰⁾.

(169) Si bien la LCAnd exige que los Comisionados reúnan los requisitos establecidos en el artículo 43.1, por ser de aplicación a todos los miembros de los órganos de gobierno de las Cajas (salvo a los representantes de la Comunidad Autónoma en la Comisión de Control), no encontramos la previsión de que se les aplique, además, el artículo 43.3 de la LCAnd, expresamente establecido para los vocales del Consejo de Administración en concordancia con el artículo 15 de la LORCA. No señala la ley andaluza la necesidad de que los miembros de la Comisión deban cumplir los requisitos exigidos para los vocales del Consejo de Administración (la previsión del artículo 82.1 de la LCAnd no se refiere a los requisitos, sino al procedimiento de nombramiento, ya que remite al artículo 72.2 de la LCAnd). No ocurre lo mismo con el régimen de incompatibilidades de los miembros de la Comisión, ya que aquí sí hay una remisión expresa en el artículo 84.1 de la LCAnd al régimen de inelegibilidad o incompatibilidad previsto para todos los miembros de los órganos de gobierno de las Cajas (artículo 44 de la LCAnd), y al previsto específicamente para los vocales del Consejo de Administración, es decir, a los artículos 44 y 74 de la LCAnd. Se añade en el artículo 84.2 de la LCAnd que “no podrán tampoco los miembros de la Comisión de Control formar parte ni ocupar cargo alguno en las fundaciones que para la gestión de su obra social puedan constituir las Cajas de Ahorros, ni en aquellas otras de las que, habiendo sido constituidas por otras personas físicas o jurídicas, puedan participar las Cajas de Ahorros”. Cuando se trata de establecer las limitaciones a los miembros de la Comisión de Control, se cambia el sistema, ya que no hay remisión al artículo 51 de la LCAnd, aunque les resulte de aplicación, al referirse este último, con carácter general, a los miembros de los órganos de gobierno.

(170) *Vid.* artículo 82.3 de la LCAnd, que prevé la posibilidad de que pueda formar parte de la Comisión de Control “un representante de la Consejería de Economía y Hacienda, que habrá de reunir los requisitos adecuados y acreditados de profesionalidad, preparación técnica y experiencia suficiente en las materias relacionadas con las actividades de las Cajas, asistiendo a las reuniones de la Comisión con voz pero sin voto”. Tras la reforma de la LCAnd por la Ley 10/2002, al representante de la Comunidad Autónoma en la Comisión de Control previsto en el artículo 82.3 de la LCAnd le son exigibles, conforme al artículo 43.4 de la LCAnd (y entendiendo que se refiere al representante de la Consejería de Economía y Hacienda del artículo 82.3 de la LCAnd y no a los representantes de la Junta de Andalucía), los requisitos para ser miembros de los órganos de gobierno recogidos en el artículo 43.1 de la LCAnd, salvo, lógicamente, el relativo a tener la condición de impositor de la Caja de Ahorros al tiempo de formular la aceptación del cargo, en el caso de ser elegido en representación de los impositores de ésta. Con la modificación, la LCAnd se adapta a la norma básica del artículo 23 de la LORCA, que exige que las incompatibilidades establecidas para los Vocales del Consejo de Administración les fuesen de aplicación. Falta, sin embargo, una referencia a las causas específicas de inelegibilidad para los Vocales del Consejo de Administración del artículo 74 de la LCAnd, lo que hubiese necesitado de una expresa remisión, dada la técnica utilizada por la ley andaluza de establecer requisitos generales y concretos. Sí prevé la ley andaluza que a estos miembros de la Comisión de Control les son aplicables las limitaciones del artículo 16.2 de la LORCA, ya que no se excluye la aplicación a estos sujetos del artículo 51 de la LCAnd.

b) *Nombramiento y duración del mandato*

En lo que respecta a la duración de los mandatos, la normativa autonómica respeta la duración prevista para los Consejeros y los Vocales en los artículos 9.1 y 17.1 de la LORCA que, con carácter básico⁽¹⁷¹⁾, nos remiten a lo establecido en los Estatutos sin que pueda ser inferior a cuatro años ni superior a seis⁽¹⁷²⁾. A pesar de no tener la consideración de bases⁽¹⁷³⁾, la normativa autonómica no se suele apartar tampoco de la previsión de la LORCA de que los Estatutos puedan prever la posibilidad de una reelección por otro período igual y único⁽¹⁷⁴⁾. Aunque, en todo caso, el cómputo del período de reelección deberá ser aplicado aun cuando entre el cese y el nuevo nombramiento hayan transcurrido varios años, la duración del mandato no puede superar los doce años, sea cual sea la representación que se ostente y, cumplido el mandato de doce años de forma continuada o interrumpida, y transcurridos ocho años desde dicha fecha, podrá volver a ser elegido en las condiciones establecidas en la LORCA⁽¹⁷⁵⁾.

También sigue los postulados de la LORCA la normativa autonómica en relación a la renovación de los Consejeros y los Vocales. Aunque la normativa autonómica sólo tiene que respetar la exigencia de los artículos 9.2 y 17.2 de la LORCA de que la renovación sea acometida de forma parcial para garantizar la continuidad del órgano⁽¹⁷⁶⁾, encontramos también la previsión de la LORCA, que no era básica, de que la renovación sea por mitades⁽¹⁷⁷⁾.

El nombramiento y la reelección de los Vocales del Consejo habrá de comunicarse, conforme al artículo 17.3 de la LORCA, al Ministerio de Economía y Hacienda, a través del Banco de España, o a la Comunidad Autónoma, según proceda, para su conocimiento y constancia. A pesar de que el tenor literal del precepto induce a pensar que la comunicación se llevará a cabo alternativamente a la autoridad económica estatal o autonómica, nuestro TC ha dado a entender, al declarar básica la previsión, que la comunicación deberá realizarse en todo caso al Ministerio de Economía⁽¹⁷⁸⁾. Esta previsión debe ponerse en relación con la obligación, que el artículo 24.3 de la

(171) SSTC 48/1988, FJ 21.º y 49/1988, FJ 22.º.

(172) Lo fijan en cuatro años los artículos 41.1 y 48.1 de la LCPV.

(173) *Cfr.*, en relación a los Consejeros, las SSTC 49/1988, FFJJ 22.º y 25.º y 48/1988, FJ 21.º.

(174) No obstante, los artículos 41.1 y 48.1 de la LCPV prevén que podrán ser reelegidos por otros períodos iguales si continuasen cumpliendo los requisitos para ello.

(175) *Cfr.* artículos 41.4 y 48.5 de la LCPV.

(176) *Cfr.*, en relación al artículo 9.2 de la LORCA, las SSTC 49/1988, FJ 22.º y 48/1988, FJ 21.º.

(177) *Cfr.* artículos 41.1 2.º y 48.2 de la LCPV y 47.4 de la LCAnd.

(178) *Cfr.* STC 49/1988, FJ 25.º. Para M. ARAGÓN REYES y R. GARCÍA VILLAVERDE (“Los órganos de administración y control”, *op. cit.*, p. 287) el TC confunde en este punto el derecho de información del Ministerio de Economía y Hacienda con la obligación de comunicación que a las Cajas de Ahorros se impone, con lo que las Cajas comunicarían el nombramiento al Estado o a la Comunidad Autónoma según tenga una u otra instancia la competencia sobre la Caja en materia de organización.

LORCA impone al Presidente de la Comisión de Control, de informar al Ministerio de Economía y Hacienda y a la Comunidad sobre la función de vigilancia de la Comisión de los procesos de elección y designación de los miembros de los órganos de gobierno de la Caja⁽¹⁷⁹⁾.

c) Las causas de cese y de revocación

La normativa autonómica también reproduce las causas de cese y de revocación de los Consejeros que recoge el artículo 10 de la LORCA. Estas causas son básicas pero no exhaustivas⁽¹⁸⁰⁾, por lo que podemos encontrarnos otras. Más dudas suscita, como causa de cese (como establecía la LORCA), “la pérdida de la representación en virtud de la que hubiesen sido nombrados”⁽¹⁸¹⁾.

Por otra parte, en caso de cese o revocación de los Vocales del Consejo antes del término de su mandato, el artículo 13.3 de la LORCA prevé su sustitución durante el período restante por el correspondiente suplente. Para ello, por cada grupo de representación serán nombrados, a estos solos efectos, tantos suplentes como Vocales y por igual procedimiento que éstos. La norma no es básica, tal y como establece la disposición final cuarta 3 de la LORCA, al existir otros mecanismos de sustitución posibles y no venir justificada por razones de eficacia en la gestión ni en representatividad de los órganos rectores⁽¹⁸²⁾. Sin embargo, en la misma línea se expresa alguna disposición autonómica⁽¹⁸³⁾.

d) La retribución de los miembros de los órganos de gobierno

La normativa autonómica debe recoger, para respetar lo dispuesto en los artículos 25 y 27 de la LORCA, que los componentes de los órganos rectores no pueden percibir, en el ejercicio de sus funciones, remuneraciones fuera de la percepción de las dietas por asistencia y desplazamiento, a excepción del Presidente ejecutivo y, aun en relación a éste, dentro de unos límites. Pues no podrá realizar ninguna otra actividad retribuida, pública o privada, ya sea a título personal o representativo, salvo la admi-

(179) En este sentido, el artículo 52.2 de la LCAnd señala que “la Comisión de Control habrá de comunicar a la Consejería de Economía y Hacienda cuantos nombramientos y ceses de los miembros de los órganos de gobierno se produzcan, incluso en los supuestos de provisión de vacantes”, mientras que se garantiza el derecho de información del Ministerio señalando, como competencia de la Comisión de Control en el artículo 83.1.g) de la LCAnd, la de “vigilar el proceso de elección y designación de los miembros de los órganos de gobierno, informando al Ministerio de Economía y Hacienda y a la Comunidad Autónoma respectiva”.

(180) *Cfr.* disposición final cuarta 3 y las SSTC 49/1988, FJ 23.º y 48/1988, FJ 20.º.

(181) Motivo que, en opinión de un sector de la doctrina, podría ocultar una causa de revocación por las entidades o grupos que los designan contraria a la autonomía e independencia que debe guiar la actuación de los Consejeros, proclamada en el artículo 2.1 de la LORCA (*vid.* M. ARAGÓN REYES y R. GARCÍA VILLAVEVERDE, “Los aspectos estructurales e institucionales”, *op. cit.*, pp. 217 y ss.).

(182) *Cfr.* STC 49/1988, FJ 25.º.

(183) *Vid.* la LCAnd, en sus artículos 49.2 y 72.2 letra c).

nistración del propio patrimonio y aquellas actividades que ejerza en representación de la Caja de Ahorros, en cuyo último caso deberá rembolsar a ésta las cantidades percibidas como consecuencia de su ejercicio⁽¹⁸⁴⁾. No obstante, no faltan previsiones en algunas normas autonómicas que nos pueden plantear la duda de su acomodo a la regla básica, ya que pueden suponer, siquiera por vía indirecta, una retribución⁽¹⁸⁵⁾.

Por lo que se refiere al régimen de incompatibilidades del Presidente ejecutivo, así como resulta posible aumentar los supuestos de incompatibilidad, no parecen admisibles aquellas disposiciones autonómicas que los reducen⁽¹⁸⁶⁾.

Por último, aunque la normativa estatal de desarrollo de la LORCA determina a quién corresponde fijar todas estas percepciones, no se hace con el carácter de bases⁽¹⁸⁷⁾, por lo que las CCAA podrán determinar a quién corresponde su establecimiento dentro de la propia Caja de Ahorros y, en su caso, fuera de ella, la autoridad que puede imponer las propias percepciones o los límites que las Cajas de Ahorros deberán respetar en el establecimiento de éstas. Lo habitual, pese a todo, es encontrarnos, en la misma línea de lo que establece la normativa de desarrollo estatal, con que la Asamblea será la competente para aprobar las retribuciones a propuesta del Consejo de Administración, sin que puedan exceder de los límites establecidos por el órgano autonómico pertinente, mientras que el sistema de remuneración del Presidente ejecutivo se determinará en los Estatutos de las Cajas, correspondiendo su fijación a la propia Asamblea General⁽¹⁸⁸⁾.

e) Régimen de responsabilidad

Ni la normativa estatal ni la autonómica regulan específicamente la responsabilidad civil de los miembros de los órganos de administración y control de las Cajas de Ahorros. La tónica imperante en la normativa autonómica en este punto es la referen-

(184) Así se recoge claramente en algunas disposiciones, como es el caso de los artículos 50.1, 50 bis 1 y 80 de la LCAnd.

(185) Es el caso, por ejemplo, del párrafo 4.º del artículo 50 de la LCAnd, que nos dice que “sin perjuicio de lo anterior, se dotará a los miembros del Consejo de Administración y de la Comisión de Control de los medios materiales, personales y económicos necesarios para permitir su dedicación y el ejercicio de las funciones que les son conferidas”. Esta previsión puede suponer una retribución, ya que tales medios son al margen de los que les corresponde percibir en concepto de dietas por asistencia y desplazamiento.

(186) El artículo 80.1, párrafo 3.º de la LCAnd, al regular el régimen retributivo y las incompatibilidades del Presidente ejecutivo, no se limita a admitir, como hace la LORCA, la posibilidad de que administre su propio patrimonio, sino también el de su cónyuge, ascendientes, descendientes, o personas de las que sea representante legal.

(187) *Cfr.* artículo 31 del Real Decreto 798/1986, de 21 de marzo.

(188) *Cfr.* artículos 50.5.º y 50 bis 1, 2 y 6 de la LCAnd.

cia exclusiva a la responsabilidad administrativa y penal de los miembros de los órganos de gobierno. Las pocas excepciones que encontramos al respecto, como ocurre con las CCAA de Galicia y de Madrid⁽¹⁸⁹⁾, avivan la discusión de si en esta materia puede resultar de aplicación el régimen común de la responsabilidad del Código Civil o, analógicamente, la normativa en materia de fundaciones y de sociedades anónimas⁽¹⁹⁰⁾.

C) El Director General

Finalmente, la previsión de la figura del Director General de la LORCA, aunque no tiene la consideración de bases⁽¹⁹¹⁾, la encontramos en la normativa autonómica, junto a los aspectos que recoge el artículo 26.1 de la LORCA, con carácter básico⁽¹⁹²⁾, respecto a los requisitos y al procedimiento para su nombramiento.

En relación a las causas de cese que establece la LORCA, la normativa autonómica debe recoger la posibilidad de que el Director sea removido de su cargo, tanto por acuerdo del Consejo de Administración, como en virtud de expediente disciplinario instruido por el Banco de España o la Comunidad Autónoma. No obstante, el cese por jubilación a la edad de sesenta y cinco años que prevé el artículo 26 párrafo 2.º de la LORCA no se consideró básico, admitiéndose además por nuestro TC que las CCAA pudieran fijar requisitos adicionales (como la ratificación del cese cuando lo decrete el mismo Consejo)⁽¹⁹³⁾. Esto justifica que en la normativa autonómica nos encontremos tanto con disposiciones que se hacen eco de la misma causa de cese, como con otras

(189) El artículo 49.1 de la LCG dispone que “Los miembros del consejo de administración responderán frente a la caja, frente a la asamblea general y frente a los depositantes y acreedores del daño que causen por actos contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados sin la diligencia con que deben desempeñar el cargo”. La responsabilidad de los miembros del órgano de administración, como recoge el apartado 2.º, será solidaria, menos para los que prueben que, no interviniendo en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo que convenía para evitar el daño o, por lo menos, se opusieron expresamente a aquél.

Más general resulta el artículo 22.2 de la LCMad al sancionar que “Los miembros de los órganos de gobierno de las Cajas actuarán con plena independencia respecto de las entidades o colectivos que los hubieran elegido o designado, los cuales no podrán impartirles instrucciones sobre el modo de ejercer sus funciones. Sólo responderán de sus actos ante el órgano al que pertenezcan y, en todo caso, ante la Asamblea General”.

(190) Vid. M. CASTILLA CUBILLAS, *Gobierno de las Cajas de Ahorros*, Civitas, 2006, pp. 43 y ss, y G. ESTEBAN VELASCO, “Algunas reflexiones...”, *op. cit.*, pp. 80 y ss.

(191) Cfr. SSTC 48/1988, FJ 15.º y 49/1988, FJ 17.º.

(192) Cfr. SSTC 49/1988, FJ 27.º y 48/1988, FJ 23.º.

(193) Cfr. STC 49/1988, FJ 27.º.

que han eliminado el requisito de la edad de jubilación, añadiendo otras causas de cese⁽¹⁹⁴⁾.

Por lo que se refiere a las incompatibilidades del Director General y del Presidente del Consejo de Administración cuando se les hubiesen asignado sueldo, la normativa autonómica debe seguir el régimen de dedicación exclusiva que, con la naturaleza de bases⁽¹⁹⁵⁾, prescribe el artículo 27 de la LORCA. No faltan, sin embargo, disposiciones autonómicas que establecen un régimen más severo al no excluir de los ingresos que han de cederse a la Caja los que el Director General reciba en concepto de dietas⁽¹⁹⁶⁾.

Por último, y dejando a un lado la naturaleza laboral de la relación, la normativa autonómica también ha recogido la prohibición de establecer pactos que fijen previamente la indemnización por cese del Director General de la Caja de Ahorros⁽¹⁹⁷⁾.

7. La regulación de los recursos propios: las cuotas participativas

No podemos cerrar este repaso de los aspectos más significativos de la legislación autonómica sobre Cajas de Ahorros sin hacer una sucinta referencia al régimen autonómico sobre los fondos propios y, en particular, a las cuotas participativas. Máxime teniendo en consideración que, si bien fueron introducidas en nuestro ordenamiento jurídico por la LDIEC, no ha sido hasta el pasado mes de junio cuando se ha registrado en España la primera emisión de cuotas participativas por parte de una Caja de Ahorros, la Caja de Ahorros del Mediterráneo (CAM)⁽¹⁹⁸⁾.

La mayoría de las CCAA no recogen en su normativa referencia alguna a la financiación subordinada y a las cuotas participativas como instrumentos para incrementar los recursos propios de las Cajas⁽¹⁹⁹⁾. Las escasas disposiciones que abordan la regulación de la financiación subordinada se limitan a definir qué se entiende como

(194) *Cfr.* artículo 87.3 de la LCAnd.

(195) *Cfr.* STC 49/1988, FJ 27.º.

(196) *Cfr.* artículo 87.4 de la LCAnd.

(197) STC 61/1993, FJ 7.º.

(198) Puede consultarse el tríptico y el folleto de la oferta de suscripción en http://www.cnmv.es/inversores/esp/informacion/docs/TripticoCAM_9107.pdf, y http://www.cnmv.es/inversores/esp/informacion/docs/FolletoCAM_9107.pdf.

(199) A la financiación subordinada y las cuotas participativas como instrumentos para ampliar los recursos propios de las Cajas de Ahorros hacen referencia los artículos 17 de la LCG, 27.1 de la LCAnd, 81.1 de la LCRj, 85.1 de la LCCL y la disposición adicional tercera de la LCE. La LCAnd y la LCE añaden a las cuotas participativas y a la financiación subordinada, “otros valores negociables”, mientras que la LCRj y la LCCL lo hacen con “cualquier otro instrumento autorizado por el Banco de España”.

tal⁽²⁰⁰⁾ y a exigir, para su emisión, la aprobación de la Asamblea General⁽²⁰¹⁾ y la previa autorización de la propia Comunidad⁽²⁰²⁾. En la misma línea, la atención normativa que se presta a las cuotas participativas, aunque resulta un tanto más desarrollada, se limita prácticamente a reproducir de manera parcial lo dispuesto en la normativa estatal, arrojando las mismas incertidumbres que ésta sobre aspectos tales como la naturaleza de la relación entre la Caja y los cuotaparticipes o el funcionamiento del sindicato de cuotaparticipes⁽²⁰³⁾.

La insuficiente atención que la normativa autonómica ha prestado a este instrumento se puede explicar no sólo por la escasa aceptación que la figura ha tenido hasta el momento como mecanismo para incrementar los recursos propios e incentivar la gestión⁽²⁰⁴⁾, sino por la exhaustividad con la que se regulan los aspectos sustantivos y

(200) El artículo 20 de la LCG define las financiaciones subordinadas, como ya lo hiciera el artículo 7.e) de la Ley 13/1985, como aquellas “recibidas por la entidad que, a efectos de prelación de créditos, se sitúen tras todos los acreedores comunes, siempre que el plazo original de tales financiaciones no sea inferior a cinco años y el plazo remanente hasta su vencimiento no sea inferior a un año”. El artículo 30 de la LCAnd, por su parte, tan sólo nos dice que “para tener la consideración de recursos propios, la deuda subordinada deberá cumplir los requisitos establecidos en la normativa que le sea de aplicación”.

(201) Cfr. artículos 27.2 y 56.f) de la LCAnd, 49.K) de la LCRj, y 51.l) de la LCCL. El artículo 26.1 h) de la LCMad dispone, además, que esta función se puede delegar en el Consejo de Administración conforme a las condiciones y durante el período que se acuerde.

(202) Cfr. artículos 17 de la LCG, 27.2 de la LCAnd, 85.1 de la LCCL y la disposición adicional tercera de la LCE.

(203) Nuestra doctrina ha dedicado no poca atención a las cuotas participativas. Al respecto *vid.*, entre otros, A. TAPIA HERMIDA, “La financiación externa de las Cajas de Ahorros, en particular las obligaciones subordinadas y las cuotas participativas”, *RDBB*, núm. 43, 1991, pp. 687 y ss., “Las cuotas participativas de las Cajas de Ahorros”, *Comentario a la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero*, coord. F. Sánchez Calero y J. Sánchez-Calero Guilarte, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 473 y ss., y “Sentencia del Tribunal Supremo sobre el Real Decreto de cuotas participativas de Cajas de Ahorros”, *RDBB*, núm. 102, 2006, pp. 279 y ss.; J.L. IGLESIAS PRADA, “Sobre el reforzamiento de los recursos propios básicos de las Cajas de Ahorros. Cuotas participativas y participaciones preferentes”, *Perspectivas del Sistema Financiero*, núm. 81, 2004, pp. 45 y ss.; R. CAÑABATE POZO, “Las cuotas participativas y el Gobierno corporativo de las Cajas de Ahorros”, *RDS*, núm. 24, 2005, pp. 175 y ss.; M. MARTÍNEZ MERCADO, “Comentarios al texto del Real Decreto de regulación de las cuotas participativas de las Cajas de Ahorros”, *RDBB*, núm. 95, 2004, pp. 211 y ss., y “Cuotas participativas de las Cajas de Ahorros”, *RDBB*, núm. 105, 2007, pp. 147 y ss.; J.I. PEINADO GRACIA, “Apuntes para la reforma de las Cajas de Ahorros y los recursos propios”, *BBTC*, 2002, pp. 793 y ss.; A. CASARES MARCOS, “La naturaleza fundacional de las Cajas de Ahorros y la emisión de cuotas participativas”, *RAP*, núm. 166, 2005, pp. 51 y ss., y J.L. COLINO MEDIAVILLA, “¿Por qué no se emiten cuotas participativas?”, *Estudios de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal*, tomo I, Madrid, 2007, pp. 255 y ss., y “Reflexiones para mejorar la regulación y facilitar la aceptación de las cuotas participativas”, *RDBB*, núm. 108, 2007, pp. 167 y ss.

(204) Sobre las causas del fracaso de la figura *vid.* A. TAPIA HERMIDA, “La financiación externa...”, *op. cit.*, pp. 737 y ss.; M. LAGARES CALVO, “Cajas de Ahorros: las respuestas españolas”, *Papeles de Economía Española*, núm. 46, 1991, p. 216; M. MARTÍNEZ MERCADO, “Cuotas participativas...”, *op. cit.*, pp. 168 y 169; y J.L. COLINO MEDIAVILLA, “¿Por qué no se emiten...”, *op. cit.*, pp. 255 y ss., y “Reflexiones...”, *op. cit.*, pp. 169 y ss.

técnicos con carácter básico en la normativa estatal⁽²⁰⁵⁾. La única aportación significativa que hace la normativa autonómica a la estatal consiste en la intervención de la Comunidad Autónoma donde la Caja de Ahorros tenga su domicilio para la autorización de la emisión de las cuotas y su retribución.

En lo que respecta a su caracterización, las disposiciones autonómicas que las definen siguen casi literalmente el concepto que de éstas encontramos en la normativa estatal, es decir, como valores nominativos representativos de aportaciones dinerarias a plazo indefinido, computables como recursos propios, que pueden ser aplicados a la compensación de pérdidas, tanto en caso de liquidación como de saneamiento general de la entidad, en la misma proporción en que lo hagan los fondos fundacionales y las reservas⁽²⁰⁶⁾. Tan sólo la LCG nos habla además de la posibilidad de emitir distintas clases o series de cuotas, en cuyo caso se remite a la normativa de desarrollo para determinar los derechos correspondientes a cada una de ellas⁽²⁰⁷⁾.

La emisión de las cuotas participativas se subordina a la previa autorización de las condiciones de la emisión por parte de la propia Comunidad Autónoma en donde la Caja tenga su domicilio, a cuyos efectos ésta se obliga a presentar a la autoridad autonómica correspondiente la documentación que reglamentariamente se establezca⁽²⁰⁸⁾. Esta previsión, sin embargo, resulta difícil de conciliar con lo dispuesto en la normativa básica estatal, en particular con los artículos 1.3 Real Decreto 302/2004 y de 25 Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que disponen que la

⁽²⁰⁵⁾ Las cuotas participativas se regulan por vez primera en la disposición adicional 12.^a de la LDIEC, que reformó el artículo 7 a) de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, sobre Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros, desarrollado por el Real Decreto 664/1990, de 25 de mayo, de configuración de las cuotas participativas de las Cajas de Ahorros. En la actualidad, la regulación estatal de las cuotas participativas se recoge el artículo 7 de la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios financieros, modificado por la LMRSF y desarrollado por el Real Decreto 302/2004, de 20 de febrero, sobre cuotas participativas de las Cajas de Ahorros, que deroga el Real Decreto 664/1990, y cuya disposición final primera lo declara en su integridad como básico. *Vid.*, además, la STS de 26-10-2005 (Sala Contencioso-Administrativo, Sección Tercera), que admite parcialmente el Recurso núm. 55/2004 interpuesto contra el Real Decreto 302/2004, de 20 de febrero, sobre Cuotas Participativas de las Cajas de Ahorros [BOE de 26 de octubre de 2005, núm. 37 (p. 5623)]. El régimen fiscal de las cuotas, por su parte, se establece en la disposición adicional 5.^a de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, remitiéndose al de las acciones y participaciones en el capital social o fondos propios de entidades, de acuerdo con la normativa legal y de desarrollo vigente.

⁽²⁰⁶⁾ *Cfr.* artículos 31.1 de la LCPV, 18.1 de la LCG, 28.1 de la LCAnd, y la disposición adicional 3.^a de la LCE.

⁽²⁰⁷⁾ *Cfr.* artículo 18.2 de la LCG.

⁽²⁰⁸⁾ Así se recoge en los artículos 30 de la LCPV, 17 de la LCG, 27.2 de la LCAnd, 18 K) de la LCCM, 85.1, párrafo 2.^o de la LCCL, y disposición adicional 3.^a de la LCE. Tan sólo el artículo 27.2 de la LCAnd y la disposición adicional 3.^a de la LCE precisan que esa autorización será sin perjuicio de las restantes autorizaciones que procedan.

emisión de las cuotas participativas será libre y no requerirá autorización administrativa previa⁽²⁰⁹⁾.

La normativa autonómica también condiciona la emisión de las cuotas participativas al acuerdo favorable de la Asamblea General, que es el órgano competente para decidir sobre este extremo⁽²¹⁰⁾, sin perjuicio de la posibilidad que recogen algunas disposiciones —también prevista en la normativa estatal— de delegación de dicha competencia en el Consejo de Administración⁽²¹¹⁾. Aunque nada se nos dice sobre el contenido del acuerdo⁽²¹²⁾, tanto la aprobación de la emisión de las cuotas participativas por parte de la Asamblea, como la delegación de la competencia al Consejo, requerirán de un quórum y mayoría cualificados⁽²¹³⁾, aclarando cualquier duda que pudiera existir acerca de si el acuerdo de emisión de cuotas participativas entra dentro de los supuestos que, conforme a los artículos 12.2 y 11.2 y 3 de la LORCA, precisan de un mayor consenso de la Asamblea General⁽²¹⁴⁾.

En cualquier caso también se prevé la obligación de la Caja de comunicar a la CA una relación de los cuotapartícipes⁽²¹⁵⁾ y la de llevar un registro de éstos⁽²¹⁶⁾.

También se regulan, siguiendo la normativa estatal, los derechos económicos que con carácter mínimo se conceden a los cuotapartícipes. En relación al derecho a participar en el reparto del excedente de libre disposición, tan sólo encontramos, por un lado, la previsión de que las Cajas de Ahorros deberán destinar la totalidad o parte de sus excedentes líquidos, que no hayan de integrar sus reservas, sus fondos de provisión no imputables a riesgos específicos, o no sean atribuibles a los cuotapartícipes, a la

(209) Como advierte M. MARTÍNEZ MERCADO, “Comentarios...”, *op. cit.*, p. 214.

(210) *Cfr.* artículos 28.2.2.º de la LCAnd, 49 letra K) de la LCRj, 35 letra h) de la LCMur, 51.l) de la LCCL, 30 letra h) de la LCE, y la disposición adicional 3.ª apartado 4.º de la LCE.

(211) *Cfr.* artículos 28.2.2.º de la LCAnd, 18.k) de la LCCM, 26.1.h) de la LCMad, y disposición adicional 3.ª apartado 4.º de la LCE.

(212) Tan sólo el artículo 26.1.h) de la LCMad se limita a señalar que la delegación se realizará conforme a las condiciones y durante el período que se acuerde.

(213) En particular, el artículo 68.4 de la LCAnd dispone que “para los acuerdos de emisión de cuotas participativas y, en su caso, para la delegación de esta competencia en el Consejo de Administración de la Caja, se requerirá la asistencia de la mayoría de los miembros, siendo además necesario, para la válida adopción de los acuerdos, obtener, como mínimo, el voto favorable de cuatro quintos de los asistentes”. El artículo 18.K) de la LCCM y la disposición adicional 3.ª, apartado 5.º de la LCE, también precisan que los acuerdos de la Asamblea relativos a las cuotas participativas, para ser válidos, requerirán, en todo caso, la asistencia de la mayoría de los miembros, siendo necesario, además, como mínimo, el voto favorable de dos tercios de los asistentes. El artículo 46.2 de la LCMad requiere el voto favorable de la mayoría absoluta de los asistentes.

(214) Afirmando que el acuerdo de emisión de las cuotas, al suponer una modificación de la cifra de capital al incrementarse el Fondo de participación, se encuentra incluido en el artículo 11.2 de la LORCA, *vid.* M.P. GÓMEZ JIMÉNEZ, “La emisión de cuotas participativas...”, *op. cit.*, p. 4325.

(215) *Vid.* artículo 18.6 de la LCG.

(216) *Cfr.* artículos 28.3 de la LCAnd y disposición adicional 3.ª apartado 6.º de la LCE.

obra social⁽²¹⁷⁾. Y, por otro, que será la Asamblea General el órgano competente para aprobar la retribución anual de las cuotas y su distribución⁽²¹⁸⁾, para lo que será necesario respetar un quórum y unas mayorías especiales⁽²¹⁹⁾. El acuerdo de la Asamblea por el que se aprueba la emisión de las cuotas podrá prever la existencia de un fondo de estabilización, cuya finalidad es evitar fluctuaciones en la retribución de las cuotas⁽²²⁰⁾. La intervención de la CA radica, en este punto, en la posibilidad de establecer limitaciones a la remuneración de las cuotas⁽²²¹⁾, o a la de autorizar la retribución que determine la Asamblea General⁽²²²⁾.

Por otro lado, también se reconoce en la normativa autonómica expresamente a los cuotapartícipes el derecho a obtener el reembolso de su valor, en caso de liquidación, y el derecho de suscripción preferente de cuotas⁽²²³⁾.

Algún comentario adicional merece, sin embargo, la ausencia de derechos políticos de las cuotas participativas. La normativa estatal en este punto se limita a afirmar que las cuotas “carecen de todo derecho político”⁽²²⁴⁾. En coherencia con el carácter básico de la norma, algunas disposiciones autonómicas recogerán igualmente la previsión de que las cuotas carecen de todo derecho político, añadiendo acto seguido que “no darán en ningún caso derecho a sus suscriptores a participar en los órganos de

(217) *Cfr.* artículos 2.2 de la LCPV, 24.1 y 88.1 de la LCAnd, 4.3, 82.2 y 83.1 de la LCRj, 27.1 de la LCMur, 50.2 de la LCVal, 86.2 y 87 de la LCCL, y 21.2 de la LCE. El artículo 69.2 de la LCCant, por su parte, dispone que las Cajas de Ahorros con domicilio social en Cantabria deberán destinar a reservas o fondos de previsión no imputables a riesgos específicos un cincuenta por ciento, como mínimo, de aquella parte de los excedentes de libre disposición que no sea atribuible a los cuotapartícipes; el resto se dedicará al mantenimiento y creación de obras benéfico-sociales.

(218) Los artículos 31.2 de la LCPV y 18.3 de la LCG se limitan a decir que “las cuotas confieren a sus suscriptores, como mínimo, derecho a percibir la retribución que anualmente fije la Asamblea General”. El artículo 28.2.4.º de la LCAnd y la disposición adicional 3.ª apartado 4.º de la LCE precisan que “la retribución anual de las cuotas y su distribución deberá ser aprobada por la Asamblea General, que tendrá en cuenta el coeficiente de solvencia de la Caja a la hora de realizar la distribución”.

(219) *Cfr.* artículos 28.2.4.º y 68.4 de la LCAnd, que exigen la asistencia de la mayoría de los miembros de la Asamblea, siendo además necesario, para la válida adopción de los acuerdos, obtener, como mínimo, el voto favorable de cuatro quintos de los asistentes, y la disposición adicional 3.ª apartado 5.º de la LCE, que requiere la asistencia de la mayoría de los miembros, siendo necesario, además, como mínimo, el voto favorable de dos tercios de los asistentes.

(220) *Cfr.* artículos 32.1 de la LCPV y 19.1 de la LCG. El artículo 19.2 de la LCG precisa, sin embargo, que “Reglamentariamente se determinarán los requisitos materiales y formales del fondo de participación, del de reserva de los cuotapartícipes y del fondo de estabilización”.

(221) *Cfr.* artículos 31.4 de la LCPV y 18.5 de la LCG.

(222) *Cfr.* artículos 32.2 de la LCPV, 18.5 de la LCG, y 28.2.5.º de la LCAnd.

(223) *Cfr.* artículos 31.2 de la LCPV y 18.3 de la LCG.

(224) *Cfr.* artículo 7.4 de la Ley 13/1985 y, en el mismo sentido, el artículo 1 del Real Decreto 664/1990. El Real Decreto 302/2004 tan sólo nos dice en su EM que las cuotas participativas son “un instrumento de renta variable pura desprovisto de derechos políticos”.

gobierno de la Caja de Ahorros emisora” (225). La condición esencial de las cuotas, en efecto, es que privan a sus titulares, como tales, de todo derecho político (en esencia, de asistencia y voto) en los órganos rectores de las Cajas (226). No obstante, ni la norma estatal ni las autonómicas que se hacen eco de ella resuelven la duda de si la condición de cotapartícipe representa o no una causa de incompatibilidad para ser miembro de los órganos de gobierno. La declaración de que las cuotas participativas no darán en ningún caso derecho a participar en los órganos de gobierno de las Cajas emisoras no permite por sí sola entender que una persona que reúna todos los requisitos no pueda acceder a los órganos de gobierno de la Caja o, siendo ya miembro de éstos, adquirir cuotas participativas, salvo que expresamente así se recoja como causa de incompatibilidad; lo que, aun sin estar contemplado en la LORCA, es posible que se prevea por la normativa autonómica como se ha apuntado anteriormente (227). De hecho, en algunas disposiciones autonómicas se prevé expresamente, al regular las causas de incompatibilidad de los miembros de los órganos de gobierno de las Cajas, que no podrán ser compromisarios ni miembros de los órganos de gobierno las personas que sean titulares de cuotas participativas por importe total superior al 5 por mil de los recursos propios de la Caja de Ahorros (228), admitiendo, por tanto, que lo sean con menos. Otra cuestión, eso sí, es valorar en qué medida se puede suspender el derecho de voto del Consejero o Vocal que sea además cotapartícipe, cuando deban tratarse o acordarse

(225) Así los artículos 31.3 de la LCPV, 18.4 de la LCG, 28.2 de la LCAnd y la disposición adicional 3.ª apartado 4.º de la LCE.

(226) Las propias Cajas pueden confiar en que siempre será así, incluso después de emitir las cuotas, pues el artículo 7.4 de la Ley 13/1985 prevé expresamente, como supuesto de amortización automática de las cuotas, la modificación en el régimen jurídico de los derechos políticos de los cotapartícipes. Muy ilustrativo también resulta al respecto el Folleto de la oferta pública de suscripción de cuotas participativas de la CAM, en donde las referencias a que las cuotas participativas no otorgan a sus titulares ningún tipo de derechos políticos son constantes (*cf.* pp. 2, 3, 9, 17, 48, 50 y 52 del Folleto) y en el que, ni siquiera, se les reconoce derecho a solicitar y obtener documentos o informaciones directamente de la Caja de la que ésta facilite a sus órganos de gobierno (*cf.* apartado 4.5.7, p. 52 del Folleto), cuando no se contempla inicialmente en la emisión la constitución del sindicato de cotapartícipes que pueda garantizar, a través de su Presidente, el derecho de información que, con carácter básico, prescribe el propio artículo 7 de la Ley 13/1985 (*vid.*, en relación a este último punto, el FJ 3.º de la citada STS de 26-10-2005). Para mayor abundamiento, señala el mencionado Folleto que “el cotapartícipe, al comprar cuotas participativas, debe asumir que no tendrá ninguna influencia sobre las resoluciones del Consejo de Administración ni de la Asamblea General de CAM y que, con posterioridad a la Emisión, el Consejo de Administración y la Asamblea General de CAM continuarán determinando de forma exclusiva las estrategias y negocios de CAM, así como los repartos de beneficios” (*cf.* apartado 4.1.4, p. 9 del Folleto).

(227) Así cabe también interpretarlo del Folleto de la oferta pública de suscripción de cuotas participativas de la CAM, cuando señala que “Los cotapartícipes, *por el mero hecho de serlo*, no tendrán derechos políticos en CAM en ningún supuesto y bajo ninguna circunstancia” (*cf.* apartado 4.5.2, p. 50 del Folleto).

(228) *Cf.* artículos 32.E) de la LCRj y la LCCL.

asuntos relativos a las modificaciones de las características de las cuotas (supresión del derecho de suscripción preferente, amortización, etc.) o su retribución.

Por último, las escasas referencias en la normativa autonómica al sindicato de cuotapartícipes se limitan a prever, para el caso de que exista⁽²²⁹⁾, que su presidente podrá asistir a la Asamblea General con voz pero sin voto⁽²³⁰⁾.

(229) En la emisión de cuotas por la CAM no se ha previsto inicialmente la constitución de un sindicato de cuotapartícipes, lo cual implica, como señala el propio Folleto de la emisión, que “los cuotapartícipes no tendrán representación alguna en la Asamblea General de la Caja” (*cf.* apartado 4.1.4 p. 9 del Folleto). No obstante, también se nos dice que, de existir, “el sindicato tendría determinados derechos de información y *determinadas decisiones relativas a las cuotas participativas requerirán necesariamente su aprobación*” (*cf.* apartado 4.1.4 p. 9 del Folleto). Esta última potestad del sindicato de obligacionistas no deja de sorprender, si tenemos en cuenta que el TS anuló la letra c) del artículo 10.2 del Real Decreto 302/2004, por reconocer el derecho de veto del sindicato de obligacionistas respecto del acuerdo de la Caja de Ahorros de supresión del derecho de suscripción preferente de los cuotapartícipes (*vid.* FFJJ 6.º a 11.º de la citada STS de 26-10-2005).

(230) *Cfr.* artículos 37.2 de la LCCant, 52.2 de la LCRj y 54.2 de la LCCL.

CRÓNICA

CONSIDERACIONES SOBRE LA REVOCACIÓN DEL CHEQUE (*)

MARÍA LUISA MUÑOZ PAREDES

*Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Oviedo*

RESUMEN

Una de las cuestiones fundamentales que afectan a la circulación del cheque es la eventual eficacia de la revocación efectuada por el librador antes de expirar los plazos de presentación de aquél. La Ley española mantiene en este punto una posición intermedia entre los sistemas que admiten la libre revocación y los que la excluyen totalmente, pero la formulación del precepto relativo (artículo 138 de la LCCH), poco afortunada, no deja de plantear dudas interpretativas, y el objeto de este trabajo es precisamente abordar las más relevantes, así como determinar la posición jurídica del banco librado, una vez vencido el plazo de presentación.

Palabras clave: Cheque, revocación, cuentas bancarias.

ABSTRACT

The effectiveness of cancelling a check by the issuer before the deadline for presentment for payment is one of the main questions that arise relating to check transference. Spanish law's system is intermediate between the systems that either allow free cancellation or forbid it completely. However, text of artículo 138 of the LCCH is not really very clear, and the aim of this paper is exactly solving the most important questions that are left open by the referred artículo 138 of the LCCH, together with explaining the bank position once deadline for presentment for payment is reached.

Key words: Check, cancellation, bank accounts.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. CARÁCTER IRREVOCABLE DEL CHEQUE Y SUS LÍMITES.
 1. Ausencia de distinción entre revocación y oposición al pago.

(*) Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación MEC SEJ-05-08482, dirigido por el Profesor Muñoz Planas.

2. Sujetos legitimados para la revocación.

III. REVOCACIÓN ANTES DE EXPIRAR EL PLAZO DE PRESENTACIÓN.

1. **Fundamentos.**
2. **Responsabilidad extracambiaria del banco librado *ex* artículo 108, párrafo 2.º**
3. **Cómputo de plazos.**
4. **Causas de revocación admitidas por la Ley.**
5. **Situación jurídica del banco librado ante la revocación prematura.**
6. **Forma de la revocación.**
7. **Acreditación de la causa revocatoria.**

IV. REVOCACIÓN TRAS VENCER EL PLAZO DE PRESENTACIÓN.

V. POSICIÓN DEL BANCO LIBRADO A TENOR DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 108, PÁRRAFO 2.º

I. INTRODUCCIÓN

El Código de comercio, en los escasos preceptos que dedicaba al cheque, no hacía referencia alguna a la posibilidad de que fuera revocado por el librador, lo que provocaba una laguna sensible, pues, concebido el cheque por el propio legislador como “un mandato de pago”, y siendo el mandato revocable por su propia naturaleza, cabía deducir del silencio legal la posibilidad de su libre revocación, con el consiguiente detrimento para la confianza en el cobro del cheque y para su propia funcionalidad como medio de pago. Con esa interpretación se producía una fractura evidente entre las soluciones jurídicas y la seguridad del tráfico, pues, como decía GARRIGUES, esta última “reclama la irrevocabilidad de este documento”. “Nadie admitiría —continuaba el maestro, con razón— un cheque en lugar del pago en dinero si estuviese expuesto a una inopinada revocación, quizá inmediata, a la entrega del documento”⁽¹⁾.

No es ésta, afortunadamente, la situación actual, que expondré muy brevemente por ser bien conocida de todos. En efecto, el artículo 138 de la vigente Ley Cambiaria y del Cheque de 1985 (en adelante, LCCH) reproduce en sus dos primeros párrafos el artículo 32 de la Ley Uniforme ginebrina, que, buscando una solución de compromiso entre el sistema anglosajón, que admitía la libre revocación del cheque, y el sistema

⁽¹⁾ Vid. GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, II, Madrid, 1955, pp. 657 y ss.; *idem*, *Contratos bancarios*, 2.ª ed., Madrid, 1975, pp. 499 y ss.

francés que, por el contrario, apoyándose en la cesión de la provisión, excluía todo poder de revocación, adoptó una fórmula intermedia, siguiendo el modelo alemán, que sanciona la irrevocabilidad del cheque durante el plazo de presentación y la excluye una vez que éste haya pasado. Ahora bien, se dejó a los Estados adherentes (artículo 16 del Anejo II), respecto a los cheques pagaderos en su territorio, la facultad de admitir la revocación aun antes de expirar el plazo de presentación o de prohibirla totalmente, incluso después de vencer dicho plazo, así como de establecer las medidas aplicables en caso de pérdida o robo del documento y determinar sus efectos jurídicos⁽²⁾ y ⁽³⁾.

El párrafo 3.º del artículo 138 —y también el procedimiento de amortización previsto en los artículos 154 y 155— responde a esta última previsión, cuando otorga al librador la facultad de “oponerse al pago” en casos de pérdida o privación ilegal del cheque. Este párrafo fue objeto de una enmienda no aceptada en el Senado (del Grupo Parlamentario Socialista, la número 163), que proponía suprimirlo, por considerarlo innecesario, a la vista de lo dispuesto en los artículos 154 y 155⁽⁴⁾, sin advertir que uno y otros preceptos contemplan, en principio, situaciones jurídicas distintas: el primero, la del librador para oponerse al pago del cheque en las hipótesis a que se refiere, y los segundos, la del tenedor desposeído por extravío, sustracción o destrucción para actuar en defensa de sus derechos.

Siendo éste el proceso que llevó a la redacción del artículo 138, que no se ha reformado en los años de vigencia de la Ley, lo cierto es que su formulación, poco acertada en la forma, aunque, a mi juicio, certera en el fondo, en cuanto protege de forma equilibrada todos los intereses en conflicto, sigue planteando problemas de interpretación, lo que me anima a terciar en algunos de ellos que me parecen especialmente interesantes, como son los conceptos de revocación y oposición, que algunos autores distinguen; la interpretación de las causas de revocación recogidas en el párrafo último del precepto, la posición jurídica del librado ante una revocación realizada durante la vigencia del plazo de presentación o qué conducta debe adoptar una vez transcurrido éste. Problemas que hay que resolver teniendo siempre presente

(2) *Vid.*, por todos, GARRIGUES, *Tratado...*, *op. cit.*, II, pp. 658 y 667; *idem*, *Contratos bancarios*, *cit.*, p. 499, nota 30.

(3) Por ello, las diferencias en el tratamiento de esta cuestión entre las distintas legislaciones (incluso las incluidas en el sistema ginebrino, como es el caso de la española, aunque no lo sea formalmente) persisten, como también las dudas interpretativas, incluso ante una misma redacción legal, por lo que no ha dejado de ser, como lo fue antes del acercamiento de los diversos ordenamientos (*vid.*, en este sentido, BONELLI, *Commentario al Codice di Commercio*, III, Milano, 1914, p. 755, nota 3), una de las más discutidas relativas a este título de pago. Sobre el proceso de redacción del artículo 32 de la Ley Uniforme, *vid.* BOUTERON, *Le statut international du chèque*, Paris, 1934, pp. 417 y ss.

(4) *Vid.* AA.VV., *Documentación jurídica, Monográfico dedicado a la Ley cambiaria y del Cheque, de 16 de julio de 1985*, tomo XIII (enero-junio 1986), 49/50, Ministerio de Justicia (Secretaría General Técnica), p. 419.

la obligación de pago a cargo del librado que establece nuestra Ley en el artículo 108, párrafo 2.º⁽⁵⁾.

II. CARÁCTER IRREVOCABLE DEL CHEQUE Y SUS LÍMITES

1. Ausencia de distinción entre revocación y oposición al pago

La irrevocabilidad del cheque durante su plazo de presentación no tiene carácter absoluto, pues hay supuestos en los que el librador puede hacer una revocación prematura. Recordemos que la Ley (artículo 138, párrafo 3.º) dispone en este sentido que “en los casos de pérdida o privación ilegal del cheque, el librador podrá oponerse a su pago”.

El modo de expresarse el precepto legal (“podrá *oponerse*”) ha dado pie para que algunos autores, entre nosotros, consideren figuras jurídicas *distintas* la revocación y la oposición al pago⁽⁶⁾. Así, se ha dicho⁽⁷⁾ que “mientras que la revocación es la contraorden que da el librador al banco librado de no pagar el cheque, la oposición al pago es un procedimiento que permite al librador impedir al librado el pago de un cheque en caso de pérdida o privación ilegal del cheque. Es decir, mientras que la revocación es una orden definitiva de no pago del cheque, la oposición al pago del cheque es una orden provisional en tanto no se averigüe la certeza de las causas que

⁽⁵⁾ A continuación, el artículo 139 de la LCCH establece (reproduciendo prácticamente de forma literal el artículo 33 de la Ley uniforme y concordando con lo previsto en el artículo 21, párrafo último, de la LCCH, para el endoso de apoderamiento de la letra de cambio) que “ni la muerte del librador ni su incapacidad ocurrida después de la emisión alteran la eficacia del cheque”. Su finalidad es hacer del cheque un medio de pago más fiable y seguro, sin que pueda verse afectado en su eficacia, una vez emitido, por circunstancias personales del librador, como su muerte o incapacidad sobrevenidas. El tenedor podrá presentarlo al pago y el librado estará obligado a pagarlo con arreglo al artículo 108, párrafo 2.º, de la Ley y, naturalmente, en cumplimiento del contrato de cheque, dado que esas eventualidades se produjeron después de la emisión. Pero en modo alguno cabe ver en este precepto (como apunta VÁZQUEZ BÓNOME, *Tratado de Derecho Cambiario. Letra, pagaré y cheque*, 3.ª ed., Madrid, 1997, p. 676) una manifestación de la cesión de la provisión al tenedor con la emisión y entrega del cheque en nuestro sistema legal; como tampoco debe valorarse desde la perspectiva de no ser “causas suficientes” de revocación (como hace I. RAMOS HERRANZ, “La revocación del cheque. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de diciembre de 1995”, *RDBB*, núm. 64, 1996, pp. 1131-1178, en particular 1156-1157), al tratarse precisamente de supuestos en los que el librador nada podría hacer para privar de eficacia al cheque revocándolo, precisamente por haber fallecido o devenido incapaz él mismo (!).

⁽⁶⁾ Cfr. CALAVIA, en CALAVIA MOLINERO, J.M., y BALDÓ DEL CASTAÑO, V., *El cheque. Estudio sistemático de la Ley del Cheque de 16 de julio de 1985*, Barcelona, 1987, p. 152. También N. MUÑOZ MARTÍN distingue ambas figuras (en “La irrevocabilidad del cheque”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, coord. J.L. Iglesias, Madrid, 1996, I, pp. 1293-1320, *passim*, y en particular p. 1301, nota 28, y pp. 1316 y ss.), aunque sin atribuirles los diversos efectos que sí les otorga el autor previamente citado.

⁽⁷⁾ Cfr. CALAVIA, en CALAVIA/BALDÓ, *El cheque...*, *op. cit.*, p. 152.

presuntamente han motivado la oposición al pago en el correspondiente procedimiento judicial”. Pero esta interpretación de la Ley, a mi juicio, no es convincente, no sólo en el plano conceptual (la oposición implica revocación), sino porque, además, carece de toda consecuencia práctica.

En efecto, apoyar la distinción entre revocación y oposición en el carácter *definitivo* que, se dice, tiene la orden en el primer caso, frente al *provisional* que tiene en el segundo, supone partir de una premisa *indemostrada*, pues no se advierte de dónde se deriva, cuál sea el fundamento de ese diverso carácter —definitivo o provisional— que se atribuye a la orden para contraponer revocación y oposición. La revocación por sí no tiene por qué ser necesariamente *definitiva* en el sentido propio que tiene este término, esto es, que el cheque afectado *nunca* será pagado. Esto es posible, pero no excluye que, hecha una revocación, con la consiguiente paralización de pago, luego, aclarada la situación (por ejemplo aparece el cheque perdido) que motivó aquélla, se revoque la contraorden y sea pagado el cheque. En este caso, la revocación sólo tuvo efectos *provisionales*, pero ello no permite decir que la revocación efectuada, al *no haber tenido* efectos *definitivos*, deja de ser una “revocación” para convertirse en una “oposición” al pago. Viceversa: una oposición al pago puede tener efectos definitivos, mas tampoco por ello cabe afirmar que no sea una oposición, sino una revocación.

Si ese *apriorismo* del carácter definitivo o provisional de la contraorden de pago no sirve para distinguir conceptualmente las supuestas categorías de la “revocación” y de la “oposición”, incluso en su vertiente práctica tal distinción carece de toda trascendencia. Ya se califique la contraorden de revocación, ya de oposición, sus efectos son los mismos: recibida aquélla por el librado, el pago no debe ser realizado.

En suma: en el artículo 138 no hay base alguna para distinguir entre “revocación” (párrafo 1.^o) y “oposición” (párrafo 3.^o). Al contrario, ambas expresiones tienen el mismo sentido e idénticos son sus efectos: el librador no puede revocar el cheque mientras esté vigente su plazo de presentación (principio de irrevocabilidad como norma general), pero sí puede oponerse a su pago (*rectius* revocarlo), durante ese período, en los casos de pérdida o privación ilegal (revocabilidad por dichas causas como norma singular). Causas que bien podían haberse recogido en el propio párrafo primero con una redacción más cuidada: “La revocación de un cheque no produce efectos hasta después de la expiración del plazo de presentación, salvo en los casos de...”. O bien no introducir el término de “oposición” en lugar del de “revocación” en ese último párrafo. En nada habría afectado al sentido y a la operatividad de la norma cualquiera de estos dos cambios⁽⁸⁾.

(8) Esta imprecisión terminológica no es privativa de nuestra Ley, pues participa de ella la regulación de la revocación del cheque contenida en el Código de las obligaciones suizo (en adelante *OR*), que, al introducir en el artículo 1119 un tercer párrafo, abandonó, como luego haría el artículo 138.3.^o de la LCCH, el término jurídico “revocación” en favor de la expresión poco técnica “prohibir el pago”. Y aunque esta imprecisión habría podido ser salvada, al menos en parte, en ese Derecho, atendiendo a la rúbrica del precepto (“revocación”), lo cierto es que esa rúbrica se extiende también a los casos de muerte, incapacidad y concurso del siguiente artículo 1120. Ahora bien, ello no autoriza ni a entender

En definitiva, de producirse la pérdida o privación ilegal del cheque, el librador puede revocarlo antes de que expire el plazo de presentación. Uno y otro caso son, pues, *justas causas* de revocación. En su defecto, el cheque es irrevocable prematuramente y, si se revoca, esa revocación carece de eficacia; pero, en su presencia, puede revocarse con efectos plenos: el librado debe negar el pago en cuanto el librador le comunique su contraorden por cualquiera de dichas causas⁽⁹⁾ y ⁽¹⁰⁾.

2. Sujetos legitimados para la revocación

Quien puede revocar u “oponerse” al pago (en el sentido del párrafo 3.º) es *exclusivamente* el librador, que es quien ha emitido la orden de pago⁽¹¹⁾. El tenedor desposeído deberá acudir para conservar sus derechos sobre el cheque al procedimiento judicial previsto en los artículos 154 y 155 de la LCCH, pero en modo alguno puede

que no es un caso de revocación (sólo admite la pérdida) el del párrafo 3.º del artículo 1119 OR (y, por extensión, los del mismo párrafo del 138 de la LCCH), por no utilizarse expresamente en él este término (v., por ejemplo, A. MEIER-HAYOZ y H. CASPER VON DER CRONE, *Wertpapierrecht*, 2.ª ed., Bern, 2000, § 17, Rn. 12, p. 225, que se refieren a ellas sin más como causas de revocación), ni a estimar, ni aquí ni allí, que los casos de muerte o incapacidad sobrevenidas a que ambas leyes se refieren (la LCCH no alude al concurso) para consagrar su ineficacia sobre el cheque ya emitido deban dilucidarse, como hemos dicho, desde la perspectiva de la revocación. En este orden de ideas ya se pronunció en esa doctrina hace décadas H. ZIMMERMANN, *Kommentar des Schweizer. Scheckrechts*, Zürich, 1964, artículo 1109 OR, pp. 303-304. En Italia, señala también en este sentido ASCARELLI (*Teoría general de los títulos de crédito*, trad. esp., México, 1943, pp. 356 y 357, notas 956 y 957), que, aunque la vigente legislación cambiaria no se refiera a la oposición, cuando es el librador del cheque quien la ejerce frente al librado, no es otra cosa que la revocación de la orden dada con el cheque.

⁽⁹⁾ En la doctrina italiana (en particular PELLIZZI, en *L'assegno bancario*, I, Padova, 1964, p. 333, y ahora en PELLIZZI/PARTESOTTI, *Commentario breve a la Legislazione sulla cambiale e sugli assegni*, 3.ª ed., Padova, 2004, artículo 35, II, p. 368) se distingue, además, la hipótesis de la revocación de la denuncia por parte del librador de algún vicio que afecte a la validez de la orden de pago contenida en un cheque en circulación. Mientras en la revocación se parte de la validez de la orden que se revoca, aquí se da la situación opuesta, y no se regiría, por tanto, por el artículo 35 de la *legge assegno* (Real Decreto de 21 de diciembre de 1933, en adelante, *l. a.*), que se corresponde con nuestro 138, ni tampoco por el artículo 69 (que establece un procedimiento similar al contenido en los artículos 154 y 155 de la LCCH), puesto que regula otro supuesto también diferente, el de la denuncia proveniente, más que del librador, del tenedor, que ni afecta a la orden de pago ni revela ningún vicio, sino que incide sobre la circulación del título.

⁽¹⁰⁾ Llama la atención, por incorrecta, la afirmación de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 13.ª), en su sentencia de 13 de julio de 2004 (JUR 2004/218386), cuando dice (FD 3.º) que “durante el plazo de presentación el librador puede revocar el mandato de pago que contiene el cheque (ordenando al Banco que no lo pague a dicha presentación) sólo (artículo 138 de la LCCH) si la revocación resulta fundada en la relación causal en cuyo cumplimiento se libró el cheque, pero no en ningún otro caso”.

⁽¹¹⁾ Pero la anulación de un “cheque bancario” no puede realizarla el banco que lo libra, puesto que él obtuvo previamente su importe, sino únicamente el cliente que se lo pidió y le hizo el abono del mismo (SAP de Orense de 21 de marzo de 1994, AC 1994/392). Para un caso de cheque bancario dejado sin efecto por el banco librado sin causa legal alguna, *vid.* SAP de Córdoba de 14 de octubre de 2004 (AC 2005/1103).

revocar un mandato que no ha dado⁽¹²⁾. El librado, por su parte, en cuanto mandatario del librador, no puede, evidentemente, “revocar” la orden de pago recibida. Cosa distinta es que, si aquél tiene conocimiento, por sus propios medios, aun sin haber recibido comunicación del librador, de que el tenedor no es poseedor legítimo del cheque, debe abstenerse de pagarlo y, en caso contrario, responde frente al librador del pago indebido. Así, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España (en adelante, SRBE)⁽¹³⁾ estimó contraria a las buenas prácticas bancarias la actuación de un banco, porque, pese a haberle advertido el tenedor legítimo de un cheque de su extravío, no informó a éste de la posibilidad de acudir al procedimiento de amortización y tampoco comunicó nada al librador, pagándolo sin más al día siguiente.

Si el cheque se libra con cargo a una cuenta corriente con varios titulares, se plantea quién está legitimado para revocar la orden de pago. En este sentido, debe distinguirse entre cuentas mancomunadas y solidarias. Si son mancomunadas, no surge peculiaridad alguna: como la orden de pago deben efectuarla todos los titulares de común acuerdo para que sea válida, también todos ellos habrán de proceder conjuntamente para efectuar la contraorden⁽¹⁴⁾; pero, si es una cuenta indistinta, como todos los titulares pueden realizar órdenes de pago de forma individual, surge el problema de si sólo está legitimado para dar la contraorden el titular que libró el cheque o también el resto de titulares. Como el artículo 138, párrafo 3.º, se refiere exclusivamente al “librador”, una interpretación literal del precepto conduciría a estimar legitimado sólo a éste, pero en contra de esta solución se aduce⁽¹⁵⁾, con razón, que dado que el cheque se va a cargar en la cuenta común y todos ellos responden solidariamente de los eventuales descubiertos, todos ellos deben estar legitimados, también de forma solidaria, para revocar válidamente, con independencia de quién haya librado el cheque. De forma

(12) Vid. CARLÓN, L., en “El cheque (continuación)”, *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley cambiaria y del cheque* (dir. A. Menéndez), Madrid, 1986, pp. 813-839, en particular 818-819; URÍA-MENÉNDEZ-PÉREZ DE LA CRUZ, “El cheque”, en Uría-Menéndez, *Curso de Derecho Mercantil*, II, 2.ª ed., Madrid, 2007, p. 870; el propio PÉREZ DE LA CRUZ, en “El cheque y el pagaré”, *Lecciones de Derecho mercantil* (dir. A. Menéndez), 5.ª ed., Madrid, 2007, pp. 875-876, y RAMOS, en *El pago de cheques. Diligencia y responsabilidad del banco*, Madrid, 2000, p. 367, y “La revocación...”, *op. cit.*, p. 1168.

(13) Resolución número 1699/2000 (*Memoria 2001*, p. 69). Se daba además aquí la circunstancia de que la entidad bancaria ni siquiera había exigido al portador del cheque indebidamente pagado el recibí del mismo; actitud que junto a la expuesta en texto estimó el SRBE que demostraba pasividad y falta de interés por parte del banco en la defensa de los intereses de su cliente. En la Resolución número 3355/2003 (*Memoria 2003*, p. 82), el SRBE también consideró que no se ajustaba a las buenas prácticas bancarias el comportamiento de una Caja de Ahorros que, habiendo entregado a un cliente suyo un “cheque bancario” que éste posteriormente extravió, le comunicó, cuando éste le advirtió de este hecho, que debía dejar transcurrir el plazo de prescripción de las acciones cambiarias, sin informarle de la posibilidad de acudir al procedimiento de amortización, lo que le habría permitido disponer de los fondos con anterioridad.

(14) Vid. MUÑOZ PLANAS, J.M.ª, *Cuentas bancarias con varios titulares*, 2.ª ed., Madrid, 2003, pp. 196-197; posteriormente, RAMOS, *El pago...*, *op. cit.*, pp. 365-366; *idem*, “La revocación...”, *op. cit.*, pp. 1166-1167.

(15) Vid. nota anterior.

que si el Banco, recibida la oposición por quien no era librador en caso de pérdida o privación ilegal, hace caso omiso de ella y paga el cheque, ese pago carece de validez por haber sido hecho a persona de quien se tenía constancia que no era su portador legítimo y, por tanto, por no haber sido hecho de buena fe (artículo 1164 del CC).

Por otro lado, como hemos recordado ⁽¹⁶⁾, el artículo 139 de la LCCH declara que ni la muerte del librador ni su incapacidad producidas tras la emisión del cheque alteran su eficacia. El precepto, como vemos, se refiere a la muerte o pérdida de capacidad del librador, pero alguna autora ⁽¹⁷⁾ se ha preguntado qué sucede “por lo que respecta a la revocación de la orden de pago” cuando el cheque ha sido librado por el titular de una cuenta indistinta y la muerte o incapacidad sobrevenidas afectan a otro cotitular. En este supuesto, responde dicha autora, sin perjuicio de que la LCCH “hace referencia de modo exclusivo al librador, teniendo en cuenta que cada cotitular indistinto puede emitir cheques de forma independiente y que, por ello, las consecuencias de dicha emisión revierten sobre la cuenta plural, *todos ellos deben considerarse como libradores (...)*; en consecuencia, *cada uno de los cotitulares solidarios será el librador del cheque*, alcanzando dichos efectos a la *imposibilidad de revocar la orden de pago por muerte o incapacidad*. Nada podrán hacer los herederos o representantes de los cotitulares indistintos antes de expirar los plazos de presentación, con el fin de impedir el pago de cheques librados con anterioridad al fallecimiento o incapacidad; podrán revocar el cheque pasado el período de presentación o revocar antes, desplegando sus efectos tras dicho período (artículo 138 de la LC)”.

A mi juicio, sin embargo, no es correcto el planteamiento del problema enunciado tal como se hace ni tampoco la solución que se ofrece. Por principio, es evidente que la muerte o incapacidad sobrevenidas, en cuanto inherentes a la persona del cotitular librador, no afectan a otros cotitulares, sin que, por otro lado, para justificar que el banco debe pagar ese cheque sin responsabilidad alguna, pueda recurrirse a la *ficción* de considerar que *todos* los cotitulares *son libradores*, porque el hecho *real* es que librador del cheque ha sido *sólo uno de ellos*. Realidad que no puede ser suplantada por ficción alguna, y es a partir de esa realidad como cabe plantear correctamente el problema que nos ocupa.

En la realidad práctica de las cuentas bancarias indistintas es un hecho contrastado por abundante jurisprudencia que uno de sus momentos conflictivos más acusados y frecuentes —sobre todo en las cuentas “familiares”— es precisamente el de su posible utilización, en caso de muerte de un cotitular, para defraudar (aparte del impuesto sucesorio) los derechos de los herederos del titular fallecido mediante disposiciones sobre la cuenta hechas por otro u otros cotitulares en el tiempo inmediatamente anterior a ese fallecimiento. El cheque o cheques librados por un cotitular, ante la previsible muerte próxima de otro cotitular, es una realidad bien conocida que está a la orden del día, como también son igualmente conocidos los numerosos pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales tendentes a proteger los derechos sobre los fondos

⁽¹⁶⁾ Vid. *supra* nota 5.

⁽¹⁷⁾ Cfr. RAMOS, *El pago...*, *op. cit.*, p. 352.

propios de su causante y de los que dispuso en su beneficio otro cotitular. Pues bien, conforme al planteamiento expuesto que estamos valorando, ocurre —y así se afirma expresamente, como vimos— que como *todos* los cotitulares —incluido el fallecido que vivía al momento de la emisión— deben ser considerados libradores del cheque, resulta que los herederos nada podrán hacer, antes de expirar los plazos de presentación, para impedir el pago de los cheques librados antes del fallecimiento de su causante. O sea que el banco puede y debe pagar tales cheques sin asumir responsabilidad alguna.

Pero con esta argumentación se están entremezclando dos cosas distintas y confundiendo la operatividad y los efectos de cada una de ellas.

En efecto, una cosa es la irrevocabilidad del cheque durante el plazo de presentación y otra, si la muerte de uno de los cotitulares indistintos produce *ipso iure* la extinción de la solidaridad dispositiva.

La irrevocabilidad del cheque opera de igual modo, sea cual sea la clase de titularidad de la cuenta sobre la que ha sido librado, individual o colectiva, y ésta, mancomunada o indistinta. Lo que significa, respecto a las indistintas, que quien libró el cheque no puede revocarlo prematuramente, como tampoco pueden hacerlo los demás cotitulares, que... no lo libraron. Cuestión diferente es si, dándose una causa legal de revocación —pérdida o privación ilegal—, puede ser hecha valer ésta sólo por el cotitular librador o también por cualquiera de los otros cotitulares. En el plano formal la solución correcta es la primera, pero en el sustancial pienso que, gravando el cargo del cheque cuestionado la cuenta común, debería admitirse la revocación procedente de cualquier titular.

Ahora bien, todo esto *nada tiene que ver* con la *muerte* de un cotitular, porque este evento *no es causa legal* de revocación del cheque (artículo 138, párrafo 3.^o) y, por tanto, no pueden solventarse los problemas que plantea trayendo a colación el mecanismo revocatorio. Por eso es inadmisibles sostener, con base en la irrevocabilidad del cheque, que nada pueden hacer los otros titulares (y, por supuesto, los herederos del titular fallecido) para impedir el pago de los efectos librados antes del fallecimiento.

Esto es: los derechos de los demás cotitulares y de los herederos del premuerto no están, en absoluto, condicionados por la irrevocabilidad del cheque. Ésta no se ve afectada potencialmente por el evento producido: la muerte, repetimos, no es causa legal de revocación. Pero, en cambio, lo que sí produce aquélla es la *extinción de la solidaridad dispositiva*, de modo que el banco, sabedor de la situación producida, no puede atender (y responde en caso contrario) el pago del cheque librado por un cotitular antes de fallecer otro de ellos⁽¹⁸⁾.

(18) El examen a fondo de este problema no corresponde, sin embargo, a este lugar. Sobre el mismo, *vid.*, por todos, MUÑOZ PLANAS, J.M.³, *Cuentas bancarias...*, *op. cit.*, *passim*; *idem*, “Titularidad y ‘propiedad’ en las cuentas bancarias indistintas”, en *Estudios de Derecho bancario y bursátil* (en

III. REVOCACIÓN ANTES DE EXPIRAR EL PLAZO DE PRESENTACIÓN

1. Fundamentos

El librador no puede revocar el cheque antes de que expire el plazo de presentación. Hasta ese momento el cheque es irrevocable y si, aun así, se revoca prematuramente, esta decisión no produce efectos mientras esté vigente dicho plazo⁽¹⁹⁾. Esta carencia de efectos significa que la obligación extracambiaria de pago que tiene el banco tanto frente al librador como frente al tenedor (fundamentada esta última en el artículo 108, párrafo 2.º de la LCCH⁽²⁰⁾) no experimenta alteración alguna por causa de la revocación extemporánea. La posición obligacional del banco sigue siendo la misma que antes de recibir dicha contraorden. Ésta es como si no existiera. El banco no tiene, por tanto, *obligación* de secundarla ni tampoco *puede* atenderla, por ser dicha revocación una decisión del librador a la que la Ley niega todo efecto. En este sentido, no es trasladable a nuestro Derecho, como hacen algunos autores⁽²¹⁾, la tesis, que goza de predicamento doctrinal y jurisprudencial en otros países⁽²²⁾, según la cual la revocación prematura del librador hace que el librado sea árbitro de la situación, con facultad de pagar o no y libre de toda responsabilidad frente al librador y frente al tenedor, pues, al decir esto, se olvida que nuestra Ley, a diferencia de otras, impone al banco librado la obligación frente al tenedor de pagar el cheque con fondos disponibles emitido regularmente (artículo 108, párrafo 2.º)⁽²³⁾; obligación que no decae, como es natural, ante una revocación prematura hecha arbitrariamente por el librador, por lo que, de producirse, no debe ser secundada por el librado, y si lo hace, responderá

homenaje a E. Verdura y Tuells), Madrid, 1994, II, pp. 1901-1924 (y en *RDBB*, núm. 45, 1992, pp. 7-34), *passim*; *idem*, “Titularidad y ‘propiedad’ en las cuentas bancarias indistintas”, en *Instituciones del mercado financiero* (dirs. J. Martínez-Simancas Sánchez y A. Alonso Ureba), Madrid, 1999, II, pp. 425-479, e *idem*, “Fallecimiento de un titular indistinto de una imposición a plazo y derecho al reintegro de los fondos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1992”, *RDBB*, núm. 52, 1993, pp. 1141-1161.

(19) *Vid.* SAP de Cádiz (Sección 2.ª) de 16 de mayo de 1992 (AC 1992/823).

(20) A ella nos referimos *infra sub* ep. 2.

(21) Así, PÉREZ DE LA CRUZ, “El cheque y el pagaré”, *op. cit.*, p. 875, y también en URÍA-MENÉNDEZ y PÉREZ DE LA CRUZ, “El cheque”, *cit.*, p. 870. En contra, *vid.* MUÑOZ MARTÍN, N., “La irrevocabilidad del cheque...”, *op. cit.*, p. 1301.

(22) Es una tesis bien conocida y arraigada en ordenamientos tan relevantes como los de Italia y Alemania, y muy debatida en la Conferencia de Ginebra (sobre esto último, *vid.* ZIMMERMANN, H., *Kommentar...*, *op. cit.*, artículo 1119 *OR*, pp. 306 y ss.). *Vid.* nota siguiente.

(23) En efecto, sólo se puede sostener tal posición jurídica del librado ante una revocación arbitraria efectuada durante la vigencia del plazo de presentación si se parte de considerar al librado libre de toda obligación cartular o extracartular frente al tenedor, tesis esta última que ya estaba consolidada en Italia bajo la vigencia del Código de comercio de 1882 (*vid.*, por todos, VIVANTE, *Trattato di Diritto commerciale*, 5.ª ed., III, Milano, 1924, núm. 1390, pp. 454 y ss.) y que se mantiene como absolutamente dominante (cfr. PELLIZZI y PARTESSOTTI, *Commentario breve...*, *op. cit.*, artículo 16, IV, pp. 341-342) bajo

extracambiariamente frente al tenedor⁽²⁴⁾ y ⁽²⁵⁾. Nunca cambiariamente, pues el banco no asume, ni puede asumir, obligación cambiaria alguna frente al tenedor, ni como aceptante —ya que el artículo 109 prohíbe que el cheque sea aceptado, negando eficacia a cualquier fórmula de aceptación que se consigne en él⁽²⁶⁾— ni como avalista (artículo 131, párrafo 2.º de la LCCH). El tenedor contará, además, con la acción cambiaria de regreso contra el librador causante del impago y también puede tener contra él una acción derivada de la relación causal, salvo que el cheque haya sido presentado al pago por un tercero poseedor sin relación causal alguna con el librador.

el Real Decreto de 21 de diciembre de 1933, ante la ausencia de una norma en que pueda fundamentarse. De hecho, según ASQUINI (Nota a la S. Cass. Civ., I, de 30 de abril de 1949, ahora en *Scritti giuridici*, III, Padova, 1961, pp. 509-510), incluso la previsión que se introducía en el Proyecto de reforma del Código de comercio de D'Amelio de 1925 (artículo 650 en relación con el 652), obligando al librado que tuviera fondos suficientes del librador a pagar el cheque aunque existiera oposición al pago, salvo en el caso de denuncia por amortización, no suponía, a su juicio, un cambio de orientación, pues, en su opinión, limitaba sus efectos a la relación entre librador y librado, no confiando al tenedor una acción directa contra este último. Lo cierto es que esta norma, que reforzaba, aunque fuera de forma indirecta, la posición del tenedor, no fue luego incluida en la *l. a.*, y en su ausencia prevalece, en la doctrina y en la jurisprudencia (*vid.* el propio ASQUINI, *Titoli di credito*, Padova, 1966, pp. 404-405; MOLLE, *I titoli di credito bancari*, Milano, 1972, pp. 69-70; PELLIZZI, *L'assegno...*, I, *op. cit.*, p. 326, y ahora en PELLIZZI/PARTESOTTI, *Commentario breve...*, *op. cit.*, artículo 35, I.3, p. 367, con más referencias; aunque con la significativa opinión en contra de MOSSA, *Diritto commerciale*, Milano, 1937, II, p. 564), la postura según la cual en caso de revocación prematura el librado *no está obligado*, sino *autorizado* a pagar. Y en este sentido, también partiendo de la inexistencia en el sistema alemán (para los cheques ordinarios) de una obligación legal de pago del librado frente al tenedor, ni antes ni después de expirar el plazo de presentación, se considera al librado, en las circunstancias descritas, en principio, libre de pagar o no (*vid.*, fundamentalmente, JACOBI, *Wechsel-und Scheckrecht*, Berlin, 1956, pp. 378 y ss.), libertad del banco que incluso otros autores como BAUMBACH/HEFERMEHL, en *Wechselgesetz und Scheckgesetz*, 22.ª ed., München, 2000, SchG, art. 32, Rn. 1-3) ven limitada, pero no en el sentido de que no deba atender las revocaciones prematuras, sino en el contrario, estimando la validez de los pactos a que nos referimos en la nota 25 y también apoyándose en la existencia de un uso bancario de atender “todas” las revocaciones, incluso las realizadas durante la vigencia de los plazos de presentación. Posición que, repetimos, por las razones expuestas, no puede sostenerse en nuestro Derecho.

(24) En este sentido, también DÍAZ MORENO, A., “Circulación y aval del cheque. Extravío, sustracción o destrucción. Relaciones jurídicas entre los sujetos participantes. El cheque falso o falsificado”, en *Derecho mercantil* (coord. Jiménez Sánchez, G.J.), 12.ª ed., Barcelona, 2008, II, p. 157.

(25) La interpretación conjunta de los artículos 138 y 108, 2.º de la LCCH excluye también de raíz la validez en nuestro sistema de cualquier pacto entre librador y librado tendente a otorgar eficacia a una eventual revocación efectuada antes del vencimiento del plazo de presentación (fuera, claro está, de los casos del artículo 138, 3.º), que sí admiten, en cambio, en la doctrina alemana, algunos autores, como HUECK/CANARIS, *Recht der Wertpapiere*, 11.ª ed., München, 1977, § 23, II.4, p. 163, y BAUMBACH/HEFERMEHL, en *Wechselgesetz...*, 22.ª ed., *op. cit.*, SchG, artículo 32, Rn. 2, y ha sido reconocida en algunas ocasiones por los tribunales, aunque es negada por otro sector encabezado por JACOBI, que estima que el artículo 32 ScheckG es imperativo y, por tanto, tal pacto en contrario es nulo (así, *vid.* JACOBI, *Wechsel-und Scheckrecht*, *op. cit.*, pp. 377 y ss., y ZÖLLNER, *Wertpapierrecht*, 13.ª ed., München, 1982, p. 163, entre otros).

(26) *Vid.*, por todos, SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, 31.ª ed., Madrid, 2008, II, p. 165. En la jurisprudencia, en este sentido, *vid.* STS de 13 de febrero de 1995 (FD 3.º), mientras que la Sentencia de 30 septiembre de 1993 (FD 5.º) la ha calificado, en cambio, como “cambiaría” (citadas por SÁNCHEZ CALERO, *ib.*).

Además, naturalmente, podrá dirigirse contra los otros obligados en vía de regreso (artículo 146). Si, por el contrario, ante una revocación injustificada, el banco paga el cheque al tenedor, no asume responsabilidad alguna frente al librador. El pago está bien hecho y procede cargarlo en la cuenta de éste (27).

Aunque el banco que no atiende una revocación injustificada durante el plazo de presentación está obrando correctamente en cumplimiento de la Ley y, por tanto, no responde bajo ningún concepto por tal hecho frente al librador, ello no le exime de *informar* a éste de que no iba a poder cumplirla cuando le dio la instrucción de no pagar el cheque. El SRBE considera (28) con acierto que dar una información deficiente al librador sobre este particular constituye una actuación contraria a las buenas prácticas bancarias.

2. Responsabilidad extracambiaria del banco librado *ex artículo 108, párrafo 2.º*

Hemos afirmado que en nuestro ordenamiento, frente a otros, el banco librado está obligado *ex lege* (artículo 108, párrafo 2.º) frente al tenedor al pago del cheque (29). Ahora bien, ¿en qué consiste esa responsabilidad extracambiaria que asume el banco frente al tenedor por incumplir la obligación que le impone el artículo 108, párrafo 2.º? Un sector doctrinal (30) estima que, con arreglo a este precepto, el banco librado es deudor extracambiario del cheque frente al tenedor, quien, en caso de impago, podrá exigirle su importe, además de los daños y perjuicios causados, conforme al artículo 1102 del CC. Se parte, para ello, de considerar que el legislador ha querido atribuir al tenedor ciertos derechos sobre la provisión de fondos y que, aunque en nuestra Ley no se reconozca la cesión de la provisión desde la emisión del cheque, sí se está previendo esta cesión en el momento de su presentación. Desde una perspectiva revisora de este

(27) Así, también, MUÑOZ MARTÍN, N., “La irrevocabilidad del cheque”, *op. cit.*, p. 1301.

(28) *Vid.* Resoluciones núms. 1965/1994 (*Memoria 1995*, p. 78), 1995/1997 (*Memoria 1998*, p. 82), 1395/1999 (*Memoria 1999*, p. 76), 922/1999 (*Memoria 1999*, p. 76) y 818/2000 (*Memoria 2000*, p. 75).

(29) Posición mayoritaria actualmente en la doctrina. En contra, URÍA, *Derecho Mercantil*, 28.ª ed., Madrid, 2002, p. 1008 (seguido por CARLÓN, L., “El cheque”, *Derecho cambiario, op. cit.*, pp. 773-811, en particular 799-800, y EIZAGUIRRE, J.M., *Derecho de los títulos-valores*, Madrid, 2003, pp. 341-346), considera que el precepto se refiere a la obligación contraída por el librado frente al librador en virtud del contrato de cheque.

(30) *Vid.* SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones...*, *op. cit.*, II, pp. 161-162; GALÁN CORONA, “Notas sobre la nueva regulación del cheque”, *AC*, 1996, pp. 2229-2244, en particular 2239; ÁVILA DE LA TORRE, A., “Revocación del cheque. Posición jurídica del librado en el cheque. Extorno en cuenta corriente. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 31 de julio de 1995”, *RDP*, noviembre 1996, pp. 849-860, en particular 856-857, y ahora en “La posición jurídica del librado en el cheque”, *Estudios de jurisprudencia cambiaria* (dir. J.A. García Cruces), Valladolid, 2007, pp. 425-441.

punto de vista⁽³¹⁾, se alega que no puede considerarse al banco deudor del importe del cheque, por cuanto en nuestro sistema legal no está ni expresa ni implícitamente prevista la cesión de la provisión en el momento de la presentación, sino que, antes bien, será únicamente responsable de los daños y perjuicios que haya podido ocasionarle al tenedor su negativa injustificada al pago. Se niega así que el tenedor cuente con una acción extracambiaría para exigirle el pago al banco, reconociéndole, eso sí, una acción también común para reclamarle los daños y perjuicios que el incumplimiento de la obligación de pago le haya irrogado, que pueden llegar a incluir el importe del cheque cuando el tenedor no haya podido obtener el pago de los obligados cambiarios sin culpa por su parte. En esta línea, se aduce⁽³²⁾ que el artículo 108, párrafo 2.º, establece una obligación legal a cargo del banco de pagar el cheque y cuyo incumplimiento (artículo 1089 del CC) debe ir acompañado de una “sanción”, la de pagar los daños sufridos al tenedor, que estarán integrados por el importe del cheque, gastos, intereses legales y otros perjuicios sufridos, por lo que ha de reconocerse al tenedor una acción extracambiaría contra el banco incumplidor sometida al plazo general de prescripción de quince años de las acciones personales del artículo 1964 del mismo cuerpo legal⁽³³⁾.

En todo caso, presupuesto de existencia de tal obligación es que exista provisión, disponibilidad mediante cheques y que el cheque sea presentado en plazo legal⁽³⁴⁾. Si no hay provisión suficiente, debe pagarse sólo en la cuantía disponible, sin que el banco pueda atenderlo íntegramente a espaldas del librador, originando un descubierto en su cuenta corriente. Así, si el librador, tras emitir un cheque, lo revoca injustificadamente durante el plazo de presentación y retira a continuación prácticamente todos sus fondos de la cuenta abierta en el banco librado, presentado al cobro dicho

(31) Así, VÉRGEZ, M., “La responsabilidad del banco frente al tenedor del cheque”, en *Estudios de Derecho bancario y bursátil* (en homenaje a E. Verdura y Tuells), *op. cit.*, III, pp. 2723-2734, *passim* y en particular 2728-2730.

(32) *Id.* VICENT CHULIÁ, *Hacia la modernización del Derecho mercantil (1984-1985). Suplemento del “Compendio crítico de Derecho mercantil”*, Valencia, 1985, p. 194; *idem*, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 3.ª ed., II, Barcelona, 1990, pp. 794-796.

(33) También en este sentido MUÑOZ MARTÍN, N., “La irrevocabilidad...”, *op. cit.*, pp. 1312-1313, considera que el incumplimiento del banco librado permitirá al tenedor dirigirse contra él mediante una acción personal para exigirle en juicio ordinario el importe de los daños y perjuicios derivados del impago injustificado, conforme al artículo 1101 del CC, mediante acción personal sometida al plazo general del artículo 1964. Sin embargo, según la SAP de Alicante (Sección 5.ª) de 18 de mayo de 1993 (RGD, 596, 1994, pp. 6269-6270), que confirma la apelada, apoyando el tenedor su demanda contra el banco librado en el artículo 108, párrafo 2.º de la LCCH, y no en el artículo 1902 del CC, “se evidencia el ejercicio de una acción basada en la citada Ley especial, que no es, evidentemente, una obligación cambiaria, pero sí impuesta por esa Ley”, por lo que le es aplicable el plazo prescriptivo que establece el artículo 157, párrafo 1.º, de dicha Ley.

(34) *Id.*, por todos, MUÑOZ MARTÍN, N., “La irrevocabilidad...”, *op. cit.*, pp. 1306-1310.

cheque, el SRBE ha estimado⁽³⁵⁾ que el banco sólo debe pagarlo en la cuantía a que estrictamente venía obligado: el saldo existente en cuenta en ese momento, pero no conceder un descubierto a su cliente y atender el cheque por la cantidad total, que, dada la situación, no era la opción más beneficiosa para el interesado. Por eso, el Servicio estimó que esta actuación del banco no era conforme a las buenas prácticas bancarias, ya que pudo haber evitado el pago conforme solicitaba su cliente, sin transgredir norma alguna.

3. Cómputo de plazos

La Ley establece expresamente la ineficacia de la revocación durante el plazo de presentación, plazo que *ex* artículo 135 comienza a correr desde el día que figura en el título, aunque no sea el real de la emisión. Ahora bien, si el cheque está postdatado, cabe la posibilidad de que el tenedor lo presente al pago antes de la fecha fingida de emisión, en cuyo caso podría estimarse como eficaz una eventual revocación, por no haber comenzado aún el plazo de presentación. Pero esta solución sería no sólo absurda, sino abiertamente contraria a la intención del legislador de privar de eficacia a la postdatación, que se deduce del artículo 134 y en general de la configuración legal del cheque como documento de pago a la vista. Por ello, debe efectuarse una interpretación correctora que colme ese vacío temporal y estimar que en estos casos debe tomarse en consideración la fecha real de emisión⁽³⁶⁾.

En la hipótesis contraria, esto es, si se ha antedatado el cheque, el único efecto que se produce en el plano de la irrevocabilidad del cheque es que se reduce el plazo en que la revocación es ineficaz⁽³⁷⁾.

Por otro lado, el período de vigencia de la irrevocabilidad del cheque, al coincidir con el plazo de presentación, variará en función del lugar de emisión, conforme a lo establecido en el artículo 135⁽³⁸⁾, y ello sin perjuicio de que pueda entrar en juego la norma del artículo 136. Además, hay que tener en cuenta que si la presentación no fue posible por causa de fuerza mayor, el plazo se tendrá por prorrogado conforme a lo establecido en el artículo 152, lo que supone a nuestros efectos que durante ese tiempo carece de eficacia una eventual revocación.

4. Causas de revocación admitidas por la Ley

La referencia que hace la Ley a la “pérdida” y a la “privación ilegal” como únicas causas habilitantes de la revocación ha hecho que la doctrina se pregunte si son o no

(35) Vid. Resolución núm. 2504/1995 (*Memoria 1996*, p. 67) y núm. 922/1999 (*Memoria 1999*, p. 76).

(36) Vid., en este sentido, MUÑOZ MARTÍN, N., “La irrevocabilidad...”, *op. cit.*, p. 1309; RAMOS, *El pago...*, *op. cit.*, p. 345; *idem*, “La revocación...”, *op. cit.*, pp. 1148-1149.

(37) Vid. RAMOS, *locs. cit. ult.*

(38) A este particular se refiere el SRBE en su *Memoria 2006*, p. 193. Para un cheque emitido y pagadero en España, vid. la citada SAP de Cádiz (Sección 2.^a) de 16 de mayo de 1992.

tasadas. Este problema se planteó fundamentalmente con ocasión del litigio resuelto por una importante sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid⁽³⁹⁾. En este caso, *Bankinter* emitió un cheque cruzado especial por 120 millones de pesetas a favor del *Chase Manhattan Bank* y a cargo del Banco de España, siguiendo la orden escrita de una sociedad, cliente importante, firmada por dos apoderados suyos, cuyas firmas eran falsas, una de ellas de fácil apreciación, pese a lo cual no fue detectada por el Banco, quien expidió el cheque y lo entregó a la persona que había comparecido con la falsa carta de la sociedad. El librador se opuso a la acción cambiaria de regreso del tenedor, invocando, con base en el párrafo 3.º del precepto que estudiamos, que se había opuesto en su momento al pago y alegando ser el cheque el fruto o la consecuencia de una estafa, y de ahí que esgrimiera el origen ilícito de su creación. La sentencia, sin embargo, rechazó esa argumentación, considerando que el alegato de estafa no es equiparable al de pérdida o privación ilegal, debiendo entenderse por pérdida “la carencia del cheque que se poseía” y por privación ilegal “la acción de despojar a uno del cheque que tenía” y que, por lo tanto, no es aplicable a esta hipótesis el específico régimen jurídico de la pérdida o privación ilegal del cheque.

Esta solución al problema planteado es aprobada por una comentarista⁽⁴⁰⁾: desde luego, el libramiento del cheque fue fruto de una estafa, pero ésta —dice— no es admisible como causa de revocación, porque el artículo 138, párrafo 3.º, sólo se refiere a dos causas tasadas, la pérdida y la privación ilegal, entre las que no se incluye la estafa.

Ahora bien, este enfoque del problema y la solución acogida no resultan, a mi juicio, convincentes. Es obvio, sin duda, que la forma en que el cheque fue creado y salió de manos del banco librador en el caso enjuiciado no puede ser considerada como un caso de pérdida. Pero lo que ya no está tan claro es que no sea un caso de “privación ilegal”. La sentencia y su comentarista lo dan por supuesto, pero sin hacer razonamiento alguno. Razonamiento que es inexcusable porque, si bien el concepto de “pérdida” no ofrece dificultades mayores de precisión⁽⁴¹⁾, no ocurre lo mismo con el de “privación ilegal”.

El concepto de “privación ilegal”, acuñado por nuestro Código civil, juega, como es sabido, un papel fundamental en materia de posesión mobiliaria y, en orden a la interpretación del polémico artículo 464 de ese cuerpo legal, ha dado lugar a variadas posiciones. Si recordamos aquí tan conocida polémica es al exclusivo objeto de señalar que la dificultad de precisar el sentido que tiene el concepto de “privación ilegal” en el artículo 464 del CC y las interpretaciones enfrentadas (dándole un sentido amplio

(39) Nos referimos a la SAP de Madrid (Sección 21.ª) de 29 de diciembre de 1995 (AC 1995/2293 y RDBB, núm. 64, 1996, pp. 1131-1138).

(40) Me refiero a RAMOS, “La revocación...”, cit., p. 1161; postura que mantiene también en *El pago...*, *op. cit.*, p. 352.

(41) *Vid.* VARA DE PAZ, N., *Pérdida, sustracción y destrucción de los títulos-valores*, Madrid, 1986, p. 384.

o estricto) que ha tenido se deben a condicionamientos históricos, a la diversidad de sistemas *in materia* y a la concurrencia de otros preceptos del CC e incluso del Penal, que contribuyen a oscurecer el problema. Pero, todos estos motivos que hacen problemático precisar qué alcance tiene la “privación ilegal” de la cosa poseída en el referido precepto del CC no existen —esto es lo que importa subrayar— en la LCCH, cuyo artículo 138, en su párrafo 3.º, considera la “privación ilegal del cheque”, junto con su pérdida, como causas de revocación (“oposición”) antes de que venza el plazo de presentación. Para su interpretación hay que partir, pues, del texto legal en su escueta formulación.

El concepto de “privación ilegal” no es un concepto específico sino *genérico* y dentro de él caen todas aquellas hipótesis en las que el cheque sale de nuestro poder por la acción ilegal —sea civil o penal— de un tercero. Supuestos típicos son el robo o el hurto. Pero no sólo éstos, porque si ése hubiera sido el propósito del legislador lo habría dicho expresamente, limitando los motivos de revocación, junto con la pérdida, a tales supuestos, cosa que no ha hecho. Antes bien, la Ley adoptó —y hay que pensar que a ciencia y conciencia— la expresión *amplia* de privación ilegal, por lo que no hay fundamento alguno para excluir de dicho precepto otras hipótesis distintas en las que el librador se ve privado ilegalmente del cheque, como son la estafa, la apropiación indebida, el abuso de confianza, el dolo civil y, en general, toda privación que no sea legal.

Frente al sentido que debe darse, a nuestro juicio, al concepto de “privación ilegal” que utiliza el precepto en examen, no cabe alegar que el párrafo 3.º, donde se emplea dicha expresión, viene a ser una norma excepcional frente a la regla general de irrevocabilidad sancionada por el párrafo 1.º y que, en consecuencia, es de interpretación restringida. A eso procede responder que la posición que hemos mantenido no supone en absoluto una interpretación extensiva de la norma. Nada de eso. Lo que ocurre en este caso es que la Ley utiliza un concepto *abierto* y lo único que se hace es llenar ese concepto con aquellos casos en que se produzca la privación ilegal en que aquél consiste. Tampoco pueden aducirse, contra la postura que propugnamos, razones inspiradas en la necesidad de fortalecer la seguridad del pago del cheque, pues, por deseable que esto sea, ello no puede ir en menoscabo de la necesidad de evitar que el cheque pueda ser hecho efectivo por quien no sea su tenedor legítimo.

Por todo ello pensamos que la revocación del cheque que se produjo en el caso resuelto por la citada sentencia, apoyándose en la estafa producida, era legalmente admisible, pues el cheque fue emitido mediante engaño y con la misma voluntad viciada fue entregado a quien lo recibió, lo que equivale, evidentemente, a una privación ilegal⁽⁴²⁾.

(42) De hecho, en el sistema francés, en el que se consagra la irrevocabilidad del cheque de forma mucho más radical que en el nuestro, pues se entiende que no decae ni con el vencimiento de los plazos de presentación (*vid.* Código Monetario y Financiero, artículo L. 131-35, párrafo 1.º, antiguo artículo 32,

5. Situación jurídica del banco librado ante la revocación prematura

Si se efectúa la revocación de un cheque antes del vencimiento del plazo de presentación y se presenta al cobro, el librado no debe pagarlo sin más. Por el contrario, atendiendo a los intereses tanto del librador como del tenedor y a la propia diligencia profesional que cabe atribuir al banco⁽⁴³⁾, éste debe comprobar si la causa alegada es subsumible en el párrafo 3.º del artículo en examen⁽⁴⁴⁾, bien que interpretados los conceptos de “pérdida” y “privación ilegal” en el sentido antes expuesto. Lo que no es exigible, claro está, es que verifique la causa alegada⁽⁴⁵⁾. Por tanto, si el banco denegara el pago por una revocación injustificada, podría verse obligado a responder frente al tenedor *ex* artículo 108, párrafo 2.º, y si, por el contrario, hiciera caso omiso de una revocación fundada, estaría expuesto a una demanda de responsabilidad civil por los daños causados al librador. Así, el SRBE estima contrario a las buenas prácticas bancarias, vulnerando el artículo 138, que un banco reciba una orden de revocación dentro del plazo de presentación y devuelva el cheque presentado al pago diciendo simple-

párrafo 1.º, del Decreto-Ley de 30 de octubre de 1935, y sobre el particular, por todos, *vid.* CABRILLAC, *El cheque y la transferencia*, 4.ª ed., trad. A. Reverte, Madrid, 1969, núm. 92, con cita de doctrina y jurisprudencia), al interpretarse los casos en que se admitía excepcionalmente en la versión originaria del citado Decreto-Ley de 1935 (artículo 32, párrafo 2.º) la “oposición” del librador y, aun partiendo de su carácter tasado, el término “pérdida” del cheque se consideraba que incluía el de robo (*vid.* CABRILLAC, *ib.*, núm. 93) y había algún autor (así, P. SAFA, “Remarques sur la revendication du chèque et sur l’opposition a son paiement”, *Rev. Trim., Dr. Com.*, 1966, pp. 1-8, frente a la mayoría de la doctrina, según apuntan VASSEUR/MARIN, *Le Chèque*, II, Paris, 1969, p. 216, nota 3) que proponía que se entendieran incluidos también los casos de estafa y los de abuso de confianza, entre otros argumentos, por el fundamental de darse en ellos también (como en la pérdida y el robo del cheque) una desposesión involuntaria del tenedor, entendiéndose que hay que considerar la “oposición” como una institución complementaria de la reivindicación, debiendo admitirse en todos los casos en que se admitía ésta. Pues bien, esta posición fue consagrada legalmente mediante la reforma operada por Ley núm. 91-1382, de 30 de diciembre, que acogió expresamente como supuestos de oposición el robo y la utilización fraudulenta de cheques, y así se mantiene actualmente en el Código Monetario y Financiero, artículo L. 131-35, 2.º párrafo, junto con otros casos en que también se admite la “oposición”.

(43) Sobre la diligencia profesional del banco en relación con el artículo 108, *vid.* VÉRGEZ, “La responsabilidad...”, *op. cit.*, pp. 2732-2733.

(44) Así, en cuanto a la conclusión, también RAMOS, *El pago...*, 360-361; *idem*, “La revocación...”, *op. cit.*, p. 1163.

(45) En este sentido, CARLÓN, “El cheque (cont.)...”, *op. cit.*, pp. 818-819, y DÍAZ MORENO, “El pago...”, *op. cit.*, p. 164. En la práctica suiza, partiendo de la premisa contraria, de que es al banco a quien incumbe en caso de revocación comprobar si existe causa justificada o no (el artículo 1119.3 *OR* —recordemos— admite sólo la pérdida), señalan MEIER-HAYOZ y VON DER CRONE (*Wertpapierrecht*, *op. cit.*, p. 223) que como tal verificación es muy costosa generalmente los bancos atienden toda revocación. A la vez, esta actuación bancaria sólo se explica estimando que el artículo 1103.2 *OR*, al imponer al banco la obligación del pago parcial en caso de provisión insuficiente, no reconoce obligación alguna del librado frente al tenedor, ni cambiaria (lo que está claro por el artículo 1104 *OR*) ni extracambiaria, sino sólo frente al librador (sobre esta interpretación doctrinal del artículo 1103 *OR*, *vid.*, entre nosotros, EIZAGUIRRE, *M., Derecho...*, *op. cit.*, pp. 343-344, y MUÑOZ MARTÍN, N., en “La irrevocabilidad...”, *op. cit.*, p. 1103, nota 33).

mente que actúa por orden del titular de la cuenta, sin invocar ni acreditar las excepciones que el propio precepto legal establece⁽⁴⁶⁾.

6. Forma de la revocación

Realizada la revocación antes de vencer el plazo de presentación, cabe preguntar si ha de hacerse de una *forma* determinada. La Ley no impone forma alguna, por lo que, en principio, valdría cualquiera, sea una simple comunicación verbal (por teléfono o presentándose personalmente el librador en la oficina bancaria), o por escrito (por carta ordinaria o certificada, fax, telegrama, correo electrónico, etc.)⁽⁴⁷⁾. Ahora bien, aunque la revocación debe ser atendida con independencia de la forma elegida para su comunicación, *a efectos de prueba* es aconsejable para el propio librador que utilice la forma escrita, mejor si se hace por carta certificada con acuse de recibo o sellando una copia el banco librado⁽⁴⁸⁾, para que quede acreditado tanto el *hecho* de la revocación como la *causa* a que responde, extremo este último de singular importancia en la revocación efectuada durante la vigencia del plazo de presentación⁽⁴⁹⁾. No obstante, para ganar tiempo y evitar un pago indeseado, es recomendable una previa comunica-

(46) Vid. la Resolución núm. 588/1999 (*Memoria 1999*, p. 76). En otras se limita a afirmar la irrevocabilidad del cheque, sin entrar en si concurren causas de revocación o no (vid., así, las núm. 491/1995 —*Memoria 1995*, p. 80—, 709/1992 —*Memoria 1993*, p. 89— y 508/2002 —*Memoria 2002*, p. 74—; en la núm. 491/1995 consideró contrario a las buenas prácticas bancarias que, ante una revocación durante el plazo de presentación, el banco al que el tenedor había entregado el cheque para que gestionase el cobro admitiera su devolución, sin defender los intereses de su cliente). En la Resolución núm. 1890/1999 (*Memoria 2000*, p. 75) también estimó incorrecta la actuación de una entidad que, primero, no atendió una revocación hecha por el librador por el extravío del cheque por el beneficiario, que abonó a un tercero, y segundo, tras abonar voluntariamente el importe del cheque al librador, más de dos años después, volvió a cargarlo en su cuenta, sin previo aviso ni justificación. Vid. también la STS de 31 de julio de 1995 (RJ 1995/5924 y RDP, noviembre de 1996, 849-851), condenando al banco que devolvió al librador el cheque ya ingresado en la cuenta corriente del tenedor, en cuyo debe lo carga, antes de haber expirado el plazo de presentación y sin demostrar que era incorriente.

(47) Vid., en este sentido, CALAVIA, en CALAVIA y BALDÓ, *El cheque...*, *op. cit.*, p. 154; DÍAZ MORENO, “El pago del cheque...”, *op. cit.*, pp. 166-167, RAMOS, *El pago...*, *op. cit.*, p. 357, e *idem*, “La revocación...”, *op. cit.*, p. 1161.

(48) En este sentido, CALAVIA, en CALAVIA y BALDÓ, *El cheque...*, *op. cit.*, 154; MOXICA ROMÁN, J., *Ley Cambiaria y del Cheque. Análisis de doctrina y de jurisprudencia*, 6.ª ed., Pamplona, 2002, p. 927, y RAMOS, *El pago...*, *op. cit.*, p. 359; MUÑOZ MARTÍN (vid. “La irrevocabilidad...”, *op. cit.*, pp. 1316-1317), por su parte, al distinguir entre “oposición” y “revocación”, lo que aquí negamos, considera necesaria la forma escrita sólo para la primera.

(49) En otros ordenamientos se ha introducido una previsión legal al respecto. Así, en Derecho francés, aunque en la versión originaria del Decreto-Ley de 30 de octubre de 1935 nada se decía sobre la forma de la revocación, por la citada Ley de reforma núm. 91-1382, de 30 de diciembre, se añadió al entonces artículo 32, 2.º párrafo (hoy artículo L 131-35, 2.º párrafo del Código Monetario y Financiero), y a continuación de las causas de “oposición”, la exigencia de que el librador debe “confirmar” la “oposición” inmediatamente por escrito, cualquiera que sea el soporte de este escrito. En Italia, no exigiéndose legalmente forma alguna, la doctrina admite cualquier medio, incluso la simple comunicación verbal, por ejemplo, telefónica (vid., en este sentido, PELIZZI/PARTESOTTI, *Commentario breve...*, *cit.*, artículo 35, I.4, p. 367, y ahí más referencias).

ción verbal al banco librado⁽⁵⁰⁾ y⁽⁵¹⁾. En la práctica anterior a la vigente Ley era usual, al menos en Madrid, que en casos de urgencia, como el de pérdida o sustracción, los bancos librados admitiesen la contraorden de pago por simple comunicación telefónica, mientras para el resto de supuestos, con objeto de salvar su eventual responsabilidad, para suspender el pago exigían contraorden por escrito debidamente firmada por el librador⁽⁵²⁾, lo que hoy es exigencia generalizada⁽⁵³⁾. En todo caso, es necesario que se efectúe una declaración de voluntad dirigida al banco, y así, en sede jurisprudencial, se ha estimado⁽⁵⁴⁾ que no surte los efectos de la revocación un pacto entre librador y tenedor novatorio del débito originario que no trasciende del plano interno de sus relaciones.

7. Acreditación de la causa revocatoria

El banco, en cuanto sea notificado de la oposición al pago del cheque que le formula el librador, debe atenderla en el acto y suspender dicho pago sin entrar por sí a comprobar si la causa aducida para ello por el librador se ha producido o no realmente. Pero, el banco ¿puede y, más aún, debe exigir al librador que presente copia de la denuncia hecha al comunicar la oposición o que va a ser interpuesta inmediatamente después por el hecho determinante de ésta? El hacer depender la eficacia de la oposición al pago de su sola comunicación al banco sin mayor acreditación de la causa motivadora supone facilitar que se realicen revocaciones arbitrarias con infracción del principio de irrevocabilidad que la Ley sanciona. Por eso, para dificultar esta posibilidad, algunos autores, durante la preparación de la Ley —tanto en la fase de Antepro-

(50) Así, RAMOS, *El pago...*, *op. cit.*, p. 359; *idem*, “La revocación...”, *op. cit.*, p. 1162.

(51) En cuanto al contenido de la declaración, hay autores, como ZIMMERMANN, *Kommentar*, *cit.*, p. 304, en la doctrina suiza, que estiman que la simple comunicación al banco efectuada por el librador de que el cheque se ha perdido (única causa de revocación, repetimos, cuya eficacia se admite en ese ordenamiento para el período de vigencia de los plazos de presentación) no vale como revocación, por no suponer una declaración de voluntad, sino de ciencia, mientras, en la alemana, JACOBI, *Wechsel- und Scheckrecht*, *op. cit.*, p. 382, con un criterio no rigorista y, a mi juicio, más acertado, considera que tal comunicación supone revocación. Hay que entender, creo yo, salvo que de otras circunstancias se deduzca lo contrario, que si el librador comunica al banco tal hecho no es para hacerle simple sabedor de éste sino para que proceda en consecuencia, negándose al pago del cheque perdido.

(52) *Vid.* AA.VV., *Recopilación de usos, costumbres y prácticas mercantiles seguidas en España*, Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 1964, p. 504.

(53) Reconociendo que los bancos exigen, con carácter general, de su clientela que las órdenes se cursen por escrito, el SRBE (*vid. Memoria 1994*, p. 80) ha declarado que este formalismo de la contratación bancaria debe verse matizado por la buena fe recíproca de las partes, de modo que si el banco ha admitido una instrucción verbal de un cliente ha de ejecutarla en sus exactos términos. Ello no obsta para que, en un caso más reciente (Resolución núm. 2488/2000, *Memoria 2001*, p. 72), haya considerado contraria a los usos y buenas prácticas bancarios la actitud del banco que atendió una orden de revocación verbal, pero no requirió al cliente la oportuna formalización por escrito.

(54) *Vid.* SAP de Segovia de 4 de diciembre de 1995 (AC 1995/2294).

yecto⁽⁵⁵⁾ como de Proyecto⁽⁵⁶⁾— y aun conscientes de que el riesgo aludido no puede evitarse totalmente, sugerían la oportunidad de añadir al texto previsto que la pérdida o sustracción debían estar denunciadas previamente y que sólo cuando se acreditara tal denuncia se admitiría la eficacia de la oposición. O bien, en evitación de dilaciones que puedan ser inoportunas, establecer una sanción penal a quien denunciase falsamente frente al librado un cheque como sustraído o extraviado cuando estas alegaciones resultasen inciertas. Propuesta esta última que fue asumida por vía de enmienda (número 65, Grupo Popular) presentada sin éxito en el Congreso durante la tramitación parlamentaria de la Ley⁽⁵⁷⁾.

El silencio que mantiene la Ley sobre esta cuestión no ha sido bien recibido por nuestra doctrina, dentro de la cual se pone de relieve cómo la ausencia de mecanismos de control para el ejercicio de la facultad de oposición puede convertir a esta última en un recurso fácil para esquivar las restricciones a que está sometida la revocación. Por ello mismo, y para evitar que pueda quedar sin contenido la irrevocabilidad del cheque, se ha reafirmado ante el texto vigente la propuesta antes referida de que debería exigirse al librador copia de la denuncia presentada⁽⁵⁸⁾. Postura aplicada también por el SRBE cuando consideró, en cierto caso⁽⁵⁹⁾, que la entidad librada no había tenido en cuenta la irrevocabilidad del cheque, al devolverlo sin exigir al librador, para aceptar su oposición, la presentación de la denuncia que debía haber interpuesto por la sustracción de varios talonarios de cheques que se había producido en sus oficinas un mes antes. Criterio que compartimos porque, en principio, nada cabe objetar a que se acredite la realidad de los hechos que se aleguen como causa de la oposición, cuya denuncia, por otro lado, es un trámite sencillo cuya realización sólo puede temer quien conoce las consecuencias de una falsa denuncia (artículos 456 y 457 del CP).

Mas, para que el banco tenga que atender la oposición al pago del librador, ¿basta con que se formule debidamente y se acredite la denuncia del hecho que la motive o es menester algo más? Bajo la preocupación ya referida de que las causas legales de oposición puedan ser utilizadas como pretexto para revocaciones indebidas y con una

(55) Vid. BROSETA, M., “Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley cambiaria y del Cheque” (inédito), Valencia, 8 de noviembre de 1983, pp. 121-122.

(56) Vid. ZURITA, J., “El régimen del cheque en el Proyecto de Ley cambiaria y del cheque”, *RDBB*, 16 (1984), pp. 717-736, en particular 731.

(57) Vid. *Documentación...*, *op. cit.*, p. 366.

(58) Así, GALÁN CORONA, “Notas...”, *op. cit.*, p. 2240, y MUÑOZ MARTÍN, “La irrevocabilidad...”, *op. cit.*, p. 1137.

(59) Vid. Resolución núm. 1942/1996 (*Memoria 1997*, p. 79). En sentido similar, en un caso más reciente (Resolución núm. 4170/2005, *Memoria*, 2006, p. 194), también resolvió en contra de una Caja de Ahorros que, ante la orden de revocación de un cheque dada por el librador alegando que había extraviado el título, había atendido dicha orden negándose al pago del cheque a su presentación, sin haberse acreditado ni que el librador hubiese interpuesto una denuncia referida al extravío, ni que hubiera instado procedimiento judicial alguno por tal motivo, ni que la entidad le hubiera informado de la necesidad de actuar en tal sentido.

interpretación sistemática y finalista —se dice— de la Ley, se ha sostenido⁽⁶⁰⁾ que también el librador desposeído —y no sólo el tenedor a quien la Ley se refiere— está legitimado para instar el procedimiento de amortización, de modo que “sólo el mandamiento judicial de retención del pago del cheque, en procedimiento instado por el librador, permite actuar a éste la facultad que le reconoce el artículo 138.3.º de la LCCH de oponerse al pago”. Por lo que si no hay oposición “de forma eficaz por vía judicial (...) el cheque es regular y debe ser pagado por el banco”.

Aun comprendiendo las razones que animan este punto de vista, sin embargo, a nuestro juicio, supeditar la eficacia de la oposición a que el librador siga el procedimiento de amortización supone poner a su cargo un trámite complicado y gravoso que nada añade, sino todo lo contrario, al objetivo que se pretende de impedir el pago del título al poseedor ilegítimo, pues, dada la brevedad de los plazos y siendo pagadero a la vista, no es fácil que llegue a tiempo al librado la orden del juez de que retenga el pago. Por eso, a mi juicio, el banco debe atender la oposición al pago en cuanto se le comunique en forma, acreditando también la denuncia del hecho que la ha motivado, sin otro requisito adicional. Será luego el librador quien habrá de hacer frente a las responsabilidades civiles y/o penales de una actuación fraudulenta suya.

IV. REVOCACIÓN TRAS VENCER EL PLAZO DE PRESENTACIÓN

Una vez transcurrido el plazo de presentación, el cheque es libremente revocable por el librador, lo que supone que el tenedor negligente que deja pasar el plazo se expone a su impago por el librado. Basta, pues, el hecho *objetivo* de la no presentación dentro de plazo, con independencia de sus causas y de la falta de diligencia o no del tenedor, salvo que la presentación haya sido impedida por causa de fuerza mayor.

A partir de ese momento, el librador puede revocar el cheque *por cualquier causa*, o sin causa, *ad libitum*, incluso por motivos fundados en la relación causal⁽⁶¹⁾. Además, adquiere eficacia la revocación que pueda haber hecho sin justa causa durante el plazo de presentación y que haya sido desatendida por el banco librado por tal razón⁽⁶²⁾.

Si durante el plazo de presentación el banco no asume responsabilidad alguna frente al librador por desatender una revocación injustificada por su parte, por estar obligado al pago frente al tenedor en virtud del artículo 108, párrafo 2.º, su situación cambia radicalmente una vez vencido el plazo legal, pues si, mantenida la revocación

(60) Vid. VICENT CHULIÁ, *Compendio...*, *op. cit.*, II, pp. 798-800.

(61) Vid. VILLAR PALASÍ/J. MUÑOZ CAMPOS, J.L., “Ensayo sobre la naturaleza jurídica del cheque”, *RDM*, 32 (1951), pp. 7-65, en particular 32, y RAMOS, en *El pago...*, *op. cit.*, p. 371, y “La revocación...”, *op. cit.*, p. 1175.

(62) Así, también, BOTANA AGRA, “Líneas básicas del régimen del cheque en la Ley cambiaria y del cheque”, *AC*, 1986, pp. 2077-2101, en particular 2084, y ÁVILA DE LA TORRE, “Revocación...”, *op. cit.*, p. 853.

o efectuándose de nuevo, paga el cheque tardíamente, esto es, después de transcurrir el plazo de presentación, entonces sí debe responder frente al librador por haber desatendido la revocación de su mandato. En este caso, el banco no tiene frente al librador la obligación de pagar, sino la contraria, la de no pagar, al haber decaído el mandato por virtud de la revocación. Si actúa así, el banco librado deberá responder frente al librador por los daños y perjuicios que él le haya producido a consecuencia de ese pago indebido. Así, el SRBE ha considerado⁽⁶³⁾ contrario a las buenas prácticas bancarias que, habiendo revocado el librador el cheque durante el plazo de presentación, no sólo no se le informase de la imposibilidad legal de cumplir su orden dentro de ese plazo, sino que, presentado al pago el cheque tiempo después del vencimiento de aquél, el banco librado procediese a su pago sin más, alegando que los datos relativos al documento facilitados por su cliente eran erróneos.

La cuestión de la forma de revocar pierde importancia efectuándose ésta tras expirar el plazo de presentación, pues bastará con que quede constancia del hecho de la revocación y no de su causa, al no requerirse causa alguna que la justifique.

V. POSICIÓN DEL BANCO LIBRADO A TENOR DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 108, PÁRRAFO 2.º

Vencido el plazo de presentación, si no hay revocación, la *obligación* del librado de pagar se transforma por virtud del párrafo 2.º del artículo que estudiamos en *facultad*: el banco “puede” —dice la Ley— pagar. Esta norma enlaza perfectamente con la contenida en el artículo 108, párrafo 2.º, en la que, como vimos, cabe fundamentar una obligación extracambiaria del librado frente al tenedor, pues uno de sus presupuestos es precisamente que el cheque se presente en plazo, luego, finalizado éste sin que esto se haya producido, ya no persiste tal obligación, ésta decae y lo que permanece es tan sólo una facultad del librado⁽⁶⁴⁾.

Ahora bien, si decae su obligación de pago frente al tenedor, eso no significa que el banco sea perfectamente *libre* de hacer, en función de las circunstancias, lo que considere más conveniente: proceder al pago, con o sin consulta al librador, o negarse a ello⁽⁶⁵⁾. A mi juicio, el banco deberá regirse en su actuación, procediendo al pago o rehusándolo, por lo que resulte de sus relaciones con el librador, en el marco del

(63) Vid. Resolución núm. 688/1995 (*Memoria 1995*, p. 82).

(64) No cabe, pues, aquí, sostener, como hace un sector de la doctrina italiana (así, ASQUINI, MOLLE y PELLIZZI), que, al vencimiento del plazo de presentación, si no hay revocación, permanece inalterada la obligación de pago a cargo del banco (*vid.* esa postura, ampliamente, en PELLIZZI/PARTE-SOTTI, *Commentario breve...*, *op. cit.*, artículo 35, II, pp. 367-368 y también, en la doctrina más reciente, SECRETO/CARRATO, *L'assegno*, 2.ª ed., Milano, 2001, p. 293, que igualmente la siguen).

(65) Postura que mantienen, entre nosotros, CARLÓN, “El cheque (cont.)”, *op. cit.*, p. 817; MUÑOZ MARTÍN, “La irrevocabilidad...”, *op. cit.*, pp. 1314-1315 y VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Ley Cambiaria y del cheque. Comentarios al Código de comercio y legislación mercantil especial* (dir. M. Motos y M. Albaladejo), tomo XIX, Madrid, 1985, p. 551; también NAVARRO PÉREZ, J.L., *La Ley cambiaria y del cheque*, Granada, 1991, p. 285, aunque sin plena convicción.

contrato de cheque⁽⁶⁶⁾. No cabe entender la expresión legal “puede” como la atribución al banco de una facultad ilimitada de la que pueda hacer uso libremente, incluso contra los intereses del librador, cuando aquél no pueda o deba desconocerlos⁽⁶⁷⁾. Por otra parte, el hecho de que haya provisión suficiente podrá ser un indicio de la voluntad de pago del librador, en ausencia de revocación, pero tampoco hay que darle un valor definitivo, cuando de otros hechos pueda deducirse la voluntad contraria al pago del mismo (bien puede el librador tener fondos en su cuenta para otros fines). En esta línea, se pronunció el SRBE en un caso⁽⁶⁸⁾ en que la entidad bancaria librada cargó un cheque en la cuenta de su cliente, que éste había emitido dos años atrás, y que había sido devuelto por incorriente, en su día, cuando fue presentado al cobro. Habiendo indicios de la voluntad contraria al pago del librador y teniendo en cuenta lo prolongado del tiempo transcurrido desde la emisión, era exigible que el banco solicitara instrucciones de su cliente en lugar de proceder directamente al pago⁽⁶⁹⁾.

(66) Habiendo decaído la obligación de pago del librado y siendo eficaz una eventual revocación sin necesidad de que esté fundada en causa alguna, librador y librado podrían pactar válidamente, a diferencia del período anterior al vencimiento de los plazos de presentación, en que tal pacto —como hemos sostenido— sería nulo, que el banco no pague cheques librados por aquél que se presenten una vez vencidos tales plazos. A estos pactos se refiere VIVANTE, en *Trattato...*, 5.ª ed., *op. cit.*, III, p. 484, nota 45.

(67) Si no se estimara limitada la facultad de pago del banco, vencido el plazo de presentación, bien puede producirse, por ejemplo, el riesgo, que ya señalara en su día VIVANTE (*cf. Trattato...*, 5.ª ed., *op. cit.*, III, p. 484, nota 46), de que el librador, ignorando el pago inesperado de un cheque emitido tiempo atrás, libre nuevos cheques contra su cuenta sin contar con los fondos suficientes.

(68) *Vid.* Resolución núm. 1711/1995 (*Memoria 1995*, p. 82). La misma postura mantuvo en otro caso (núm. 1295/1994 —*Memoria 1994*, p. 91—) en el que la entidad pagó en descubierto con cargo a la cuenta de su cliente dos cheques emitidos por este último casi cuatro años antes de la fecha de presentación. El Servicio entendió que una actuación mínimamente diligente, por parte de la entidad, en defensa de los más elementales intereses de su cliente habría exigido que, al menos, intentara establecer contacto con el interesado antes de realizar el pago discutido o, en caso de imposibilidad para ello, rechazar sin más el pago de los documentos que le fueron presentados.

(69) Una posición similar a la que aquí mantenemos es la que sostiene en la doctrina alemana CANARIS, en *Bankvertragsrecht*, 3.ª ed., I, Berlin, 1988, p. 494, Rn. 692, seguido por BÜLOW, en *Heidelberger Kommentar zum Wechselgesetz/Scheckgesetz und zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 3.ª ed., Heidelberg, 2000, ScheckG, artículo 32, p. 532, Rn. 13, aunque sus conclusiones sólo sean trasladables a nuestro ordenamiento para la relación librador-librado, y no para la de librado-tenedor, por la ausencia de un precepto en la *Scheckgesetz* de 1933 similar al artículo 108.2 de la LCCH. En realidad, la solución es más coherente en nuestro sistema que en el alemán, precisamente porque aquí podemos justificar que la conversión *ex lege* de la obligación de pago del librado en facultad se refiera a la que tiene frente al tenedor (allí no reconocida legalmente) y no se extienda sin más a la surgida frente al librador en virtud del contrato de cheque (única que aquella Ley contempla).

LAS REFORMAS ESTATUTARIAS EN MATERIA DE ORDENACIÓN DEL CRÉDITO: ANÁLISIS DE SU CONSTITUCIONALIDAD

ÓSCAR MELÉNDEZ HUELIN (*)

Letrado-Asesor del Banco de España

RESUMEN

El artículo tiene por objeto analizar la constitucionalidad de las recientes reformas estatutarias en materia de ordenación del crédito, en vísperas de la próxima resolución por parte del Tribunal Constitucional de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra algunas de esas reformas.

En concreto, se analiza la nueva clasificación de competencias (i.e. exclusivas, compartidas y ejecutivas) y las facultades asumidas por los nuevos Estatutos de Autonomía en materia de cajas de ahorro y otras entidades de crédito, con especial atención al Estatuto de Autonomía de Cataluña.

Asimismo, y con carácter previo a la exposición, análisis y valoración de las referidas reformas estatutarias, se realiza una breve exposición del régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas resultante de la Constitución y de la doctrina del Tribunal Constitucional.

Palabras clave: *Estatutos de Autonomía, ordenación del crédito, Tribunal Constitucional, bases, competencias exclusivas, competencias compartidas, competencias ejecutivas, entidades de crédito, cajas de ahorro.*

ABSTRACT

Prior to the coming decision of the Spanish Constitutional Court, this paper deals with the constitutionality of the recent recasting of some of the Autonomous Statutes (the so called "Estatutos de Autonomía") in those aspects related to the legal framework on credit institutions.

More specifically, the paper analyses the new competences (i.e. exclusive, shared and executive competences) assumed by some of the Spanish Autonomous Regions on saving banks and other credit institutions, with special attention to the Catalanian Autonomous Statute.

Furthermore, and prior to the exposition, analysis and assessment of the aforementioned recasting, the paper explains the competence distribution scheme between the State and the Spanish Autonomous Regions, based on the Spanish Constitution and the Spanish Constitutional Court precedent.

Key words: *Autonomous Statutes, Constitutional Court, exclusive competences, shared competences, executive competences, credit institutions, saving banks.*

(*) El autor es Responsable de la Unidad Consultiva del Departamento Jurídico del Banco de España. Las opiniones expresadas en este artículo son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan necesariamente el criterio de esa Administración.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: CLASIFICACIÓN DE LAS REFORMAS ESTATUTARIAS.
 - II. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: SÍNTESIS DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.
 - 1. **Artículos 148 y 149 de la Constitución.**
 - 2. **Alcance de la exclusividad de las competencias del Estado: carácter equívoco del artículo 149.1 de la Constitución.**
 - 3. **Distribución de competencias en materia de ordenación del crédito.**
 - 4. **Síntesis de la doctrina del Tribunal Constitucional.**
 - III. ANÁLISIS Y VALORACIÓN DE LA REFORMA DEL ESTATUTO CATALÁN.
 - 1. **Principales novedades de la reforma.**
 - 2. **Valoración de la reforma: dudas de constitucionalidad.**
 - IV. ANÁLISIS Y VALORACIÓN DE LAS RESTANTES REFORMAS ESTATUTARIAS.
 - V. CONCLUSIONES.
 - VI. BIBLIOGRAFÍA
-

I. INTRODUCCIÓN: CLASIFICACIÓN DE LAS REFORMAS ESTATUTARIAS

El presente artículo tiene por objeto analizar, desde el punto de vista de su conformidad con la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (en adelante, la “Constitución” o “Carta Magna”), las recientes reformas estatutarias tramitadas y en tramitación en las Cortes Generales. En concreto, en los aspectos relacionados con la ordenación del crédito y la banca. Y ello, en vísperas de la próxima resolución por parte del Tribunal Constitucional (en adelante, el “TC”) de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra algunas de esas reformas.

A este respecto, se ha de comenzar destacando que, en la actualidad, y dejando al margen la reforma del Estatuto de Autonomía del País Vasco⁽¹⁾ —rechazada por el Congreso de los Diputados el 4 de febrero de 2005⁽²⁾—, se han aprobado seis reformas

(1) BOCG. Congreso de los Diputados, núm. B-149-1, de 21 de enero de 2005.

(2) BOCG. Congreso de los Diputados, núm. B-149-3, de 4 de febrero de 2005.

estatutarias (*i.e.* Comunidad Valenciana⁽³⁾, Cataluña⁽⁴⁾, Baleares⁽⁵⁾, Andalucía⁽⁶⁾, Aragón⁽⁷⁾ y Castilla y León⁽⁸⁾), hallándose actualmente en tramitación la reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha⁽⁹⁾. Por su parte, el proyecto de reforma del Estatuto de Canarias, presentado durante la legislatura anterior⁽¹⁰⁾, fue retirado a principios de 2008⁽¹¹⁾.

Estas ocho reformas estatutarias pueden clasificarse en dos grandes grupos:

- (i) Por una parte, se encuentran las *reformas que mantienen la clasificación y el alcance tradicional de las competencias autonómicas*, distinguiendo entre competencias exclusivas, competencias de desarrollo legislativo y ejecución, y competencias ejecutivas. En este grupo se incluyen las reformas estatutarias de la Comunidad Valenciana, Baleares y Castilla y León.
- (ii) El segundo grupo comprende las *reformas estatutarias que establecen una nueva clasificación de las competencias autonómicas, delimitando el contenido y alcance de esas competencias*. En este grupo destaca esencialmente la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que ha servido de modelo para la reforma de los Estatutos de Andalucía, Aragón y Castilla-La Mancha⁽¹²⁾, si bien estas últimas reformas introducen algunas modificaciones que tratan de paliar las dudas de constitucionalidad que el nuevo Estatuto catalán plantea.

Las reformas estatutarias que mantienen la clasificación tradicional de competencias, al ajustarse al esquema competencial resultante de nuestra Carta

⁽³⁾ Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. BOE núm. 86, de 11 de abril de 2006.

⁽⁴⁾ Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. BOE núm. 172, de 20 de julio de 2006.

⁽⁵⁾ Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears. BOE núm. 52, de 1 de marzo de 2007. Corrección de errores: BOE núm. 77, de 30 de marzo de 2007 y BOE núm. 173, de 20 de julio de 2007.

⁽⁶⁾ Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. BOE núm. 68, de 20 de marzo de 2007.

⁽⁷⁾ Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón. BOE núm. 97, de 23 de abril de 2007. Corrección de errores: BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2007.

⁽⁸⁾ Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León. BOE núm. 288, de 1 de diciembre de 2007.

⁽⁹⁾ BOCG. Congreso de los Diputados, núm. B-18-1, de 11 abril de 2008.

⁽¹⁰⁾ BOCG. Congreso de los Diputados, núm. B-261-1, de 22 de septiembre de 2006.

⁽¹¹⁾ BOCG. Congreso de los Diputados, núm. B-261-17, de 15 de enero de 2008.

⁽¹²⁾ En materia de ordenación del crédito, el proyecto presentado por el Parlamento de Canarias era una copia prácticamente literal del nuevo Estatuto catalán.

Magna —tal y como ésta ha sido interpretada por el TC—, no parecen plantear dudas de constitucionalidad, al menos en los aspectos relativos a la ordenación del crédito y la banca, que, como se ha señalado más arriba, son los que constituyen el objeto de este artículo.

Por esa razón, el análisis que se realiza a continuación se centra exclusivamente en las reformas estatutarias incluidas en el segundo de los grupos mencionados con anterioridad. Esto es, en las reformas que establecen una nueva clasificación, contenido y alcance de las competencias autonómicas. En concreto, se analiza con detenimiento la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña —habida cuenta de que es el proyecto que ha servido de modelo al resto de las reformas de este segundo bloque—, para exponer posteriormente y con mayor brevedad las principales modificaciones y avances que respecto de ese Estatuto se han introducido en las restantes reformas estatutarias.

En cualquier caso, se incorpora a este artículo, como anexo, un cuadro comparativo en el que se resume el contenido, en materia de ordenación del crédito, de todas las reformas estatutarias tramitadas y en tramitación, tanto de las que mantienen la clasificación tradicional de competencias, como de las que establecen una nueva clasificación.

No obstante, con carácter previo a la exposición, análisis y valoración de las referidas reformas, se hace necesario comenzar exponiendo brevemente el régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (en adelante, las “CC.AA.”) resultante de la Constitución y de la doctrina del TC.

II. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: SÍNTESIS DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Artículos 148 y 149 de la Constitución

En nuestro ordenamiento jurídico, la distribución de competencias entre el Estado y las CC.AA. tiene su origen en las previsiones contenidas en los artículos 148 y 149 de la Constitución. El primero de esos preceptos contiene una lista de materias sobre las que las CC.AA. podían asumir competencias en virtud de sus respectivos Estatutos, mientras que el artículo 149 establece en su apartado primero una lista de materias sobre las que se atribuyen al Estado competencias exclusivas.

Como destaca MARTÍN REBOLLO, L.⁽¹³⁾, la importancia de este último precepto reside en que en él se explicita el único ámbito competencial prefijado de forma imperativa. Ese ámbito —que, como se ha señalado, se refiere a las competencias estatales— se configura asimismo como un límite a las competencias autonómicas, para las que la Constitución no impone un listado competencial sino que se limita a establecer un marco basado en el principio dispositivo.

⁽¹³⁾ MARTÍN REBOLLO, L., *Leyes administrativas*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 186 y 187.

En efecto, dentro de las materias señaladas en el artículo 148 de la Constitución, las CC.AA. podían elegir aquellas sobre las que deseaban asumir competencias, así como el tipo de competencias que deseaban asumir, pudiendo incluso atribuirse competencias exclusivas, siempre y cuando respetasen los títulos competenciales del Estado previstos en el artículo 149.1 del texto constitucional.

2. Alcance de la exclusividad de las competencias del Estado: carácter equívoco del artículo 149.1 de la Constitución

No obstante, la primera dificultad que se pone de manifiesto a la hora de explicar el régimen de distribución de competencias entre el Estado y las CC.AA. reside en el carácter equívoco de la cláusula de exclusividad establecida en el artículo 149.1 de la Constitución⁽¹⁴⁾. Y ello, por cuanto, contrariamente al tenor literal del precepto, el Estado no tiene sobre todas las materias que en él se recogen una competencia exclusiva en el sentido de una competencia plena que excluya la de las CC.AA. En efecto, en la lista del artículo 149.1 de la Constitución existen competencias exclusivas o plenas del Estado, en las que no cabe participación competencial de las CC.AA. (v. gr. nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo, relaciones internacionales, defensa y fuerzas armadas, régimen aduanero y arancelario, comercio exterior, sanidad exterior, autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum, etc.), y competencias sobre materias en las que sí se admite esa participación. Participación autonómica que se posibilita y articula básicamente bajo dos fórmulas diferentes, previstas en el citado precepto⁽¹⁵⁾:

- (i) Materias sobre las que se atribuye al Estado la competencia para dictar “*leyes básicas*”, “*bases*” o “*normativa básica*” que las CC.AA. pueden desarrollar a través de su propia legislación (v. gr. régimen minero y energético, régimen de las Administraciones públicas y de su sistema de responsabilidad, protección del medio ambiente, montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias, contratos y concesiones administrativas, etc.).
- (ii) Materias sobre las que el Estado ostenta la competencia legislativa, pudiendo las CC.AA. asumir únicamente competencias de aplicación y ejecución de la legislación estatal (v. gr. legislación mercantil, penal y penitenciaria, legislación sobre propiedad intelectual e industrial, etc.).

3. Distribución de competencias en materia de ordenación del crédito

La distribución de competencias entre el Estado y las CC.AA. en la materia que ahora nos ocupa deriva esencialmente de lo dispuesto en el artículo 149.1.11.^a de la

(14) Este carácter equívoco ha sido reconocido por el propio TC (vid. Sentencia 5/1982, de 8 de febrero y Sentencia 37/1981, de 16 de noviembre, entre otras).

(15) Vid. MARTÍN REBOLLO, L., *op. cit.* p. 187.

Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva para dictar las “bases” de la ordenación del crédito, banca y seguros. De especial importancia resulta, asimismo, el artículo 149.1.13.^a de nuestro texto constitucional, que atribuye también al Estado competencia exclusiva en materia de “bases” y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

Por su parte, el artículo 148.1.13.^a de la Constitución facultaba a las CC.AA. para asumir competencias en materia de fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional, mientras que el artículo 149.3 del citado texto legal les permitía asumir competencias sobre aquellas materias que la Constitución no atribuye expresamente al Estado.

Al amparo de estas previsiones constitucionales, la mayoría de los Estatutos de Autonomía asumieron dos niveles de competencias en materia de ordenación del crédito⁽¹⁶⁾:

- (i) Competencias exclusivas sobre cajas de ahorro e instituciones de crédito corporativo público y territorial, de acuerdo con las “bases” dictadas por el Estado, la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria.
- (ii) Competencias de desarrollo y ejecución de la “legislación básica” del Estado (o sólo competencias ejecutivas)⁽¹⁷⁾ en materia de ordenación del crédito, banca y seguros⁽¹⁸⁾.

Sin embargo, ni la Constitución ni los Estatutos de Autonomía definían directamente el alcance de cada una de esas competencias —tanto estatales como

(16) En concreto, las cuatro CC.AA. que podían acceder directamente al máximo techo competencial permitido por la Constitución (*i.e.* Cataluña, País Vasco, Galicia y Andalucía) asumieron inicialmente y de forma expresa las siguientes competencias: (i) en materia de instituciones de crédito corporativo público y territorial y cajas de ahorro: competencias exclusivas en el marco de las “bases” que sobre la ordenación del crédito y la banca dictase el Estado y de la política monetaria general (*i.e.* País Vasco, Cataluña y Galicia) o, en el caso de Andalucía, competencias de desarrollo legislativo y ejecución; (ii) en materia de ordenación del crédito, banca y seguros: el desarrollo legislativo y la ejecución dentro de su territorio de las “bases” estatales, en los términos que éstas señalasen (Andalucía, País Vasco y Cataluña). En el caso de Galicia, las competencias de desarrollo y ejecución monetarias y bancarias se transfirieron por Ley Orgánica 6/1999, de 6 de abril, ya que su Estatuto no recoge expresamente dicha asunción competencial. Por su parte, los Estatutos de la Comunidad Valenciana, Navarra y Canarias asumieron (i) competencias exclusivas sobre cajas de ahorro y (ii) competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de ordenación del crédito, banca y seguros. En el caso de Cantabria, Asturias, La Rioja, Castilla-La Mancha, Aragón, Madrid, Castilla y León, Extremadura y Baleares, se asumieron (i) competencias exclusivas sobre cajas de ahorro e instituciones de crédito cooperativo público y territorial, en el marco de la ordenación general de la economía y de acuerdo con las disposiciones que en uso de sus facultades dictase el Estado, y (ii) la función ejecutiva en materia de crédito, banca y seguros, de acuerdo con las previsiones de las reglas 6, 11 y 13 del apartado 1 del art. 149 de la Constitución.

(17) En concreto, Cantabria, Asturias, La Rioja, Castilla-La Mancha, Aragón, Madrid, Castilla y León, Extremadura y Baleares.

(18) Es decir, sobre entidades de crédito distintas de las cajas de ahorro y cooperativas de crédito.

autonómicas—, por lo que ha sido el TC, como supremo intérprete de la Constitución, el que ha venido realizando esa labor de concreción, al tiempo que perfilaba los límites entre las “bases” y el “desarrollo-ejecución” de éstas.

4. Síntesis de la doctrina del Tribunal Constitucional

Entre los pronunciamientos doctrinales del TC a través de los cuales se ha ido delimitando el alcance del esquema competencial “bases”/“desarrollo-ejecución” en el que, como se ha señalado, descansa el régimen de distribución de competencias entre el Estado y las CC.AA. en materia de ordenación del crédito, pueden destacarse, a los efectos que ahora interesan, los siguientes.

A) Fundamento de las competencias estatales: unidad del orden económico

Las competencias que la Constitución atribuye al Estado y que, como se ha señalado con anterioridad, constituyen un límite a las competencias autonómicas, tienen su fundamento en la necesidad de mantener la unidad del orden económico nacional. Así se desprende, entre otras, de la Sentencia del TC (en adelante, “STC”, en plural, “SSTC”) 1/1982, de 28 de enero, en cuyo Fundamento Jurídico 1 se señala expresamente:

“La unicidad del orden económico nacional es un presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materias económicas no conduzca a resultados disfuncionales y desintegradores. Por ello, la Constitución retiene en poder del Estado, como exclusivas en su integridad, aquellas competencias que atañen a determinados aspectos del orden económico y de su unidad, como sucede entre otros preceptos, con el artículo 149.1.10 de la CE⁽¹⁹⁾, y en otros supuestos retiene en poder del Estado, también con carácter exclusivo, la competencia para fijar solamente las ‘bases’, como ocurre con los indicados en el artículo 149.1.11 y 13 de la CE”.

B) Concepto de “bases” y competencia para su establecimiento

De acuerdo con el artículo 149.1 de la Constitución, la competencia para el establecimiento de las “bases” de una materia corresponde al Estado. Así lo ha declarado el TC en reiteradas ocasiones⁽²⁰⁾. Sin embargo, eso no significa que todo aquello a lo que el Estado atribuya carácter “básico” tenga efectivamente ese carácter. Y ello, por cuanto, como ha señalado también el TC, el concepto de “bases” es un concepto esencialmente material, lo cual supone que las “bases” no tienen ese carácter por el simple hecho de que hayan sido calificadas como tales por el Estado, sino única y exclusivamente en atención a su contenido.

(19) Ese apartado se refiere a las competencias del Estado en materia de régimen aduanero y arancelario, y comercio exterior.

(20) Vid. SSTC 1/1982 (FJ 1), 48/1988 (FJ 3) y 96/1996 (FJ 20).

Especialmente significativa es, a este respecto, la STC 1/1982 anteriormente citada, en cuyo Fundamento Jurídico 1 puede leerse:

“La noción de bases (...) o de normas básicas ha de ser entendida como noción material, y, en consecuencia, esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente. De esta noción material de bases se infiere que unas normas no son básicas por el mero hecho de estar contenidas en una ley y ser en ella calificadas como tales (lo cual sería consecuencia lógica de una noción formal de bases), sino que lo esencial del concepto de bases es su contenido. Por eso, este Tribunal ha declarado también que, aunque ‘las Cortes deberán establecer qué es lo que haya de entenderse por básico, en caso necesario será este Tribunal el competente para decidirlo en su calidad de intérprete supremo de la Constitución’.”⁽²¹⁾

C) Contenido

De acuerdo con la doctrina del TC, el contenido de las “bases” es el necesario para asegurar un tratamiento común uniforme en todo el territorio del Estado. En este sentido, señala la STC 1/1982 (FJ 1):

“Lo que la Constitución persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de la ordenación de una materia determinada (en nuestro caso, las de los números 11 y 13) es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación, con lo cual se asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia”.⁽²²⁾

No obstante lo anterior, la identificación de las “bases” con el mínimo común normativo de una materia no supone que éstas deban limitarse a meros principios generales, pudiendo comprender también regulaciones detalladas de aspectos concretos. Así lo ha reconocido expresamente el TC, entre otras, en su Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, en cuyo Fundamento Jurídico 29 puede leerse:

“las bases (...) son, en principio, las normas cuya aplicación es necesaria para asegurar la vigencia de un mínimo denominador común normativo, aunque ex-

⁽²¹⁾ En análogos términos se pronuncian las SSTC 48/1988 (FJ 3), 49/1988 (FJ 32) y 235/1999 (FJ 15).

⁽²²⁾ En análogos términos se pronuncian las SSTC 48/1988 (FJ 3) y 49/1988 (FJ 16).

cepcionalmente también pueden comprender una regulación más detallada de aspectos concretos e incluso actos de ejecución”.⁽²³⁾

En cuanto al contenido de las “bases” en materia de ordenación del crédito, resulta especialmente significativo el Fundamento Jurídico 3 de la STC 1/1982, a cuyo tenor:

“(…) las bases de ordenación del crédito (...) deben contener tanto las normas reguladoras de la estructura, organización interna y funciones de los diferentes intermediarios financieros, como aquellas otras que regulan aspectos fundamentales de la actividad de tales intermediarios, entre los cuales se insertan legalmente las Cajas de Ahorro”.⁽²⁴⁾

D) Forma

Con carácter general, las “bases” deben contenerse en normas con rango de ley. No obstante, el TC ha admitido también en reiteradas ocasiones, aunque con carácter excepcional, que las “bases” puedan manifestarse a través de normas reglamentarias e incluso de actos ejecutivos (v. gr. autorizaciones, inspecciones, sanciones, etc.), cuando ello sea preciso, entre otras razones, para preservar un tratamiento uniforme en todo el territorio nacional. Especialmente significativas son, a este respecto, las SSTC 48/1988, de 22 de marzo, y 235/1999, de 16 de diciembre. De acuerdo con la primera de ellas (FJ 3):

“(…) aun cuando, por su carácter estable y no coyuntural, las bases han de establecerse en leyes, especialmente tras la entrada en vigor de la Constitución, excepcionalmente pueden considerarse básicas algunas regulaciones no contenidas en normas con rango legal e incluso ciertos actos de ejecución cuando, por la naturaleza de la materia, resultan complemento necesario para garantizar la consecución de la finalidad objetiva a que responde la competencia estatal sobre las bases”.⁽²⁵⁾

Por su parte, la STC 235/1999 señala en expresivos términos (FJ 3):

“Posteriores pronunciamientos han insistido en la posibilidad de que las bases de la ordenación del crédito sean establecidas por vías distintas a la normativa, pudiendo alcanzar y englobar aspectos puramente ejecutivos, ‘ya lo sea porque se encuentren afectados directamente intereses supraautonómicos, o porque se trate de decisiones y actuaciones que trascienden del caso particular y de las

⁽²³⁾ En análogos términos se pronuncian las SSTC 178/1992 (FJ 2) y 235/1999 (FJ 15).

⁽²⁴⁾ En análogos términos se pronuncian las SSTC 135/1992 (FJ 1), 96/1996 (FJ 19) y 235/1999 (FJ 3).

⁽²⁵⁾ En análogos términos se pronuncian las SSTC 49/1988 (FJ 32), 135/1992 (FFJJ 2, 3 y 5) y 235/1999 (FFJJ 3, 5 y 15).

situaciones concretas afectadas dada la interdependencia de éstas en todo el territorio nacional o, en fin, cuando el acto de ejecución comporte, por necesidad intrínseca de la materia, márgenes tan amplios de discrecionalidad que sólo puedan ser adoptados por instancias que no tengan a su cuidado intereses peculiares distintos a los puramente generales”.⁽²⁶⁾

En materia de ordenación del crédito, la doctrina constitucional, al amparo de esa interpretación, ha venido a considerar incluidas en el concepto de “bases” tanto la actividad reglamentaria como buena parte de las facultades ejecutivas del Ministerio de Economía y Hacienda y del Banco de España, en la medida en que tienen por objeto garantizar la estabilidad y buen funcionamiento del sistema financiero, la solvencia de las entidades de crédito y/o la efectividad de la política financiera del Estado⁽²⁷⁾. Y ello, por cuanto se considera que esos aspectos merecen, por su trascendencia, un tratamiento uniforme en todo el territorio nacional. En este sentido, cabe destacar nuevamente el Fundamento Jurídico 3 de la STC 48/1988, en el que el supremo intérprete de la Constitución declara expresamente:

“(…) en materia de ordenación del crédito cabe asignar (...) carácter básico a algunas normas reglamentarias, a pesar de su rango, así como a ciertas funciones ejecutivas del Banco de España en la medida en que son precisas para asegurar el adecuado funcionamiento de las Entidades de crédito o la efectividad de la política financiera del Estado”.⁽²⁸⁾

E) Límites: vaciamiento de las competencias autonómicas

Finalmente, se ha de tener en cuenta también que la competencia del Estado para fijar las “bases” de una materia y, por ende, el contenido de éstas, no tiene carácter ilimitado, debiendo en todo caso dejarse a las CC.AA. un margen de actuación que les permita ejercer sus propias competencias sobre la materia. Así lo ha declarado el TC,

⁽²⁶⁾ En análogos términos se pronuncia la STC 178/1992 (FJ 3).

⁽²⁷⁾ En concreto, tienen este carácter las competencias de desarrollo reglamentario y las actuaciones ejecutivas (v. gr. autorización, supervisión y sanción) que la legislación estatal atribuye al Estado y, más específicamente, al Banco de España, en aspectos tales como la creación de entidades, normativa de recursos propios, contabilidad de estados individuales y consolidados, conglomerados financieros, límites de riesgos, límites al volumen de operaciones activas o pasivas, régimen de participaciones significativas, apertura de filiales o sucursales en el exterior, control de la liquidez y adecuación de la normativa nacional de sucursales de entidades comunitarias, coordinación con el resto de supervisores internacionales y comunitarios, intervención y sustitución de administradores, aprobación de planes de saneamiento o llevanza de la Central de Información de Riesgos, entre otros.

⁽²⁸⁾ Vid. también SSTC 1/1982 (FJ 12), 48/1988 (FFJJ 3, 7 y 11), 96/1996 (FJ 28), 178/1992 (FFJJ 2 y 3) y 235/1999 (FFJJ 5, 6 y 7). Por otro lado, son asimismo importantes los pronunciamientos doctrinales en los que el TC reconoce carácter “básico” a funciones ejecutivas del Banco de España en atención a la especialización técnica de esta Administración, cuando el ejercicio de esas funciones requiere la valoración (juicio técnico) de aspectos concretos en los que existe un cierto margen de discrecionalidad (v. gr. idoneidad de los adquirentes de participaciones significativas en entidades de crédito). En este sentido, vid. SSTC 235/1999 (FFJJ 5 y 7), 35/1992 (FJ 3) y 178/1992 (FJ 2).

entre otras, en su Sentencia 96/1996, de 30 de mayo, en cuyo Fundamento Jurídico 20 se señala expresamente:

“(...) cuando una Comunidad Autónoma ha asumido el desarrollo legislativo de las bases de la ordenación del crédito y la banca, cuya fijación es competencia del Estado, ‘es necesario tener en cuenta que el establecimiento por parte del Estado de las bases de la ordenación no puede llegar a tal grado de desarrollo que deje vacía de contenido la correlativa competencia de la Comunidad’”.⁽²⁹⁾

III. ANÁLISIS Y VALORACIÓN DE LA REFORMA DEL ESTATUTO CATALÁN

1. Principales novedades de la reforma

Como principales aspectos de la reforma del Estatuto de Cataluña en materia de ordenación del crédito, pueden destacarse los siguientes:

A) Clasificación de las competencias autonómicas

El Estatuto establece una nueva clasificación y definición de las competencias de la Comunidad Autónoma, distinguiéndose al respecto las siguientes:

(i) Competencias exclusivas (artículo 110). Comprenden en su integridad la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva. Además, el artículo 110 del Estatuto prevé expresamente que, en el ámbito de las competencias exclusivas de la Comunidad, corresponde “únicamente” a la Generalidad el ejercicio de las potestades y funciones mencionadas, mediante las cuales podrá establecer políticas propias.

Por su parte, el apartado 2 del precepto declara la preferencia del derecho catalán sobre cualquier otro en las materias en las que el Estatuto atribuye a la Generalidad competencias exclusivas.

(ii) Competencias compartidas (artículo 111). Comprenden la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva en el marco de las “bases” que fije el Estado como principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el Estatuto. En el ejercicio de estas competencias la Generalidad puede establecer políticas propias. El Parlamento catalán deberá desarrollar y concretar a través de una ley las previsiones “básicas” del Estado.

(iii) Competencias ejecutivas (artículo 112). Comprenden la potestad reglamentaria —en la que se incluye expresamente la facultad de aprobar disposicio-

⁽²⁹⁾ En análogos términos se pronuncian las SSTC 1/1982 (FJ 1), 48/1988 (FJ 10) y 49/1988 (FJ 16).

nes para la ejecución de la normativa del Estado—, la función ejecutiva —que incluye, en todo caso, la potestad de organización de su propia administración— y, en general, todas las funciones y actividades que el ordenamiento atribuye a la Administración pública.

B) Cajas de ahorro domiciliadas en Cataluña

En relación con las cajas de ahorro domiciliadas en Cataluña, se atribuyen a la Generalidad dos tipos de competencias:

(i) Competencias *exclusivas* en materia de organización, respetando lo establecido por el Estado en el ejercicio de las competencias que le atribuyen los artículos 149.1.11.^a y 149.1.13.^a de la CE (artículo 120.1). Esta competencia incluye, en todo caso:

- La determinación de sus órganos rectores y de la forma en que los distintos intereses sociales deben estar representados.
- El estatuto jurídico de los miembros de los órganos rectores y de los demás cargos de las cajas de ahorro.
- El régimen jurídico de la creación, la fusión, la liquidación y el registro.
- El ejercicio de las potestades administrativas con relación a las fundaciones que creen.
- La regulación de las agrupaciones de cajas de ahorros con sede social en Cataluña.

(ii) Competencias *compartidas* sobre las siguientes materias:

- Actividad financiera, de acuerdo con los principios, reglas y estándares mínimos que establezcan las “bases” estatales. Esta competencia incluye, en todo caso, la regulación de la distribución de los excedentes de la obra social de las cajas y el seguimiento del proceso de emisión y distribución de las cuotas participativas, exceptuándose los aspectos relativos al régimen de ofertas públicas de venta o suscripción de valores y admisión a negociación, a la estabilidad financiera y a la solvencia (artículo 120.2).
- Disciplina, inspección y sanción de las cajas. Esta competencia incluye, en todo caso, el establecimiento de infracciones y sanciones adicionales en materias que sean competencia de la Generalidad (artículo 120.3).
- Colaboración, de acuerdo con lo establecido en la legislación estatal, en las actividades de inspección y sanción del Ministerio de Economía y Hacienda y del Bando de España (artículo 120.4).

C) Entidades de crédito distintas de las cajas de ahorro

En relación con las entidades de crédito distintas de las cajas de ahorro, se atribuyen a la Generalidad competencias *compartidas* sobre las siguientes materias:

- (i) Estructura, organización y funcionamiento, de acuerdo con los principios, reglas y estándares mínimos fijados en las “bases” estatales (artículo 126.2).
- (ii) Actividad. Esta competencia incluye los actos de ejecución reglados que le atribuya la legislación estatal (artículo 126.3).
- (iii) Disciplina, inspección y sanción (artículo 126.4).

2. Valoración de la reforma: dudas de constitucionalidad

A) Competencias exclusivas (artículo 110)

a) *Carácter excluyente*

Como se ha señalado en el apartado anterior, el artículo 110.1 del Estatuto catalán define el alcance de las competencias exclusivas de la Generalidad atribuyendo a esta última, de manera “*íntegra*”, la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva. Se suprime, por tanto, en la redacción final del precepto, el adjetivo “*excluyente*” que el texto aprobado por el Parlamento catalán empleaba para referirse a ese tipo de competencias⁽³⁰⁾. Ello no obstante, la supresión del referido adjetivo no es óbice para que el precepto siga planteando serias dudas de constitucionalidad.

En efecto, a pesar de la supresión del mencionado adjetivo, *la atribución de competencias que el artículo 110 realiza parece tener carácter “excluyente”*. Y ello, por cuanto en el inciso segundo del citado precepto se señala expresamente que el ejercicio de las potestades y funciones que en él se enuncian corresponde “*únicamente*” a la Generalidad, sin contemplar excepción alguna (*v. gr.* respeto y sumisión a las “bases” aprobadas por el Estado).

La atribución que el artículo 110 realiza parece, por tanto, privar al Estado de toda competencia sobre las materias respecto de las que el Estatuto otorga a la Generalidad competencias exclusivas. Desde este punto de vista, la referida atribución resultaría contraria a la doctrina del TC, la cual ha reconocido al Estado, en determinados supuestos, competencia para ejercer alguna de las citadas potestades o funciones (*i.e.* legislativa, reglamentaria o ejecutiva) incluso en materias sobre las que los Estatutos de Autonomía asumen competencias exclusivas.

⁽³⁰⁾ En el proyecto remitido al Congreso de los Diputados por el Parlamento catalán, la atribución a la Generalidad de las potestades legislativa, reglamentaria y ejecutiva en el ámbito de sus competencias exclusivas se realizaba de manera “*íntegra y excluyente*” (*vid.* BOCG. Congreso de los Diputados, núm. B-210-1, de 21 de octubre de 2005).

Así ocurre, por ejemplo, en todos aquellos supuestos en los que nuestro texto constitucional reconoce al Estado la competencia exclusiva para establecer las “bases” de una materia (v. gr. ordenación del crédito, banca y seguros). “Bases” que, en todo caso, deben ser respetadas por las CC.AA. y que, de acuerdo con la doctrina del TC anteriormente expuesta⁽³¹⁾, pueden establecerse no sólo por medio de leyes (*i.e.* potestad legislativa), sino también a través de reglamentos (*i.e.* potestad reglamentaria), pudiendo incluso alcanzar a actuaciones ejecutivas concretas (*i.e.* función ejecutiva), como sucede, por ejemplo, en materia de crédito y banca, en los aspectos relacionados con la estabilidad del sistema financiero y la solvencia de las entidades de crédito, en los que el carácter “básico” alcanza a las disposiciones estatales de carácter reglamentario y a las actuaciones ejecutivas de autorización, inspección y sanción, entre otras.

En consecuencia, el silencio del artículo 110 del Estatuto catalán respecto de la subordinación de las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma a lo dispuesto en la ordenación “básica” del Estado parece no cohonstar con la citada doctrina del TC y, por ende, con nuestro texto constitucional. Y ello, no tanto por el hecho de que se omita toda referencia a las “bases” estatales⁽³²⁾, como por la forma en que está redactado el precepto, el cual, al mantener el adverbio “únicamente”, parece evidenciar la intención del Estatuto⁽³³⁾ de evitar que las competencias exclusivas de la Generalidad queden sujetas a cualquier tipo de limitación, salvo en los supuestos concretos que el propio Estatuto prevé de manera expresa (v. gr. artículo 120).

Corroborra esta conclusión el hecho de que la única diferencia que el Estatuto establece entre las competencias exclusivas (artículo 110) y las competencias compartidas de la Generalidad (artículo 111) se encuentre, no tanto en el tipo de potestades que cada una de esas competencias comprenden (ambas incluyen la potestad legislativa, la reglamentaria y la función ejecutiva), como en la limitación que el artículo 111 impone a la Generalidad en el ejercicio de sus competencias compartidas. Limitación que consiste en la obligación de respetar las “bases” estatales y que, sin embargo, no se establece respecto de las competencias exclusivas. Ello induce, cuando menos, a pensar que el artículo 110 del Estatuto pretende evitar la imposición de cualquier tipo de límite al ejercicio de las competencias exclusivas de la

(31) Vid. SSTC 48/1988 (FFJJ 3 y 6) y 49/1988 (FFJJ 16 y 29), entre otras.

(32) A la vista de la doctrina del TC, podría tratar de sostenerse que no es necesario que la normativa autonómica se someta expresamente a las “bases”, siempre que la forma en que esté redactado el precepto autonómico en cuestión no suponga un desplazamiento de la “legislación básica” del Estado (*vid.* STC 61/1993, FJ 8). Sin embargo, esto es, precisamente, lo que parece ocurrir con el artículo 110 del Estatuto catalán, como consecuencia del mantenimiento del adverbio temporal “únicamente”.

(33) Intención que, ha de reconocerse, se reflejaba con mayor claridad en el proyecto remitido a las Cortes Generales por el Parlamento catalán que, como se ha señalado, realizaba en esta materia, de manera expresa, una atribución íntegra y “excluyente” en favor de la Generalidad.

Comunidad Autónoma⁽³⁴⁾, lo que, como se ha expuesto, suscita dudas respecto de la constitucionalidad del referido precepto.

b) *Preferencia del Derecho catalán*

Análogas consideraciones podrían realizarse respecto de la preferencia del Derecho catalán declarada en el artículo 110.2. Y ello, por cuanto, de acuerdo con la doctrina del TC, las disposiciones estatales “básicas” (tanto legislativas como reglamentarias) no sólo son de aplicación preferente a las disposiciones que las CC.AA. puedan dictar sobre las referidas materias, sino que, además, estas últimas deben respetar en todo caso lo dispuesto en las “bases”, sin que ninguna norma autonómica pueda contener regulación alguna que las contradiga.

c) *Problemas de interpretación de otros preceptos*

Finalmente, y como se desarrollará con posterioridad, la falta de subordinación de este precepto a las “bases” estatales y la forma en que está redactado podrían originar problemas de interpretación a la hora de definir el alcance de las competencias autonómicas sobre cajas de ahorro previstas en el artículo 120 del Estatuto, lo que, contrariamente a lo que podría pensarse en un principio⁽³⁵⁾, revela la trascendencia del artículo 110 en materia de ordenación del crédito.

(34) Especialmente significativo resulta, a este respecto, el artículo que, bajo el título “*La reforma de l'Estatut d'Autonomia i les competències de la Generalitat*” publicaron en enero de 2005 la Jefa del Área de Desarrollo Autonómico de l'Institut d'Estudis Autònoms —Dña. Mercè Corretja i Torrens— y el Director de ese Instituto —D. Carles Viver i Pi-Sunyer— (Activitat Parlamentària, núm. 7, pp. 17 a 33 - http://www10.gencat.cat/drep/binaris/article_reforma_tcm112-22966.pdf). En la página 29 de ese artículo se señala expresamente que “[e]l rediseño competencial ha de tener en cuenta también la tipología de las competencias, es decir, su dimensión funcional. Los objetivos a lograr son básicamente tres: recuperar la noción de exclusividad, por lo que se refiere a las competencias autonómicas, una lectura principal —parece que se refiere a “reducida a meros principios”— de las bases estatales que permita un margen de actuación normativa autonómica en las competencias compartidas, y recuperar y completar el concepto de ejecución con capacidad normativa. La recuperación de la exclusividad se habría de llevar a término, por una parte, redefiniendo el concepto de competencia exclusiva en el Estatuto y atribuyendo a esta competencia un ámbito específico de funciones: capacidad para establecer políticas públicas, capacidad legislativa autonómica de forma exclusiva y excluyente, capacidad ejecutiva (registros, inspección, sanción) y toda la acción de fomento, con la correspondiente transferencia de fondos estatales (...). En las materias en las que la competencia de la Generalidad fuera exclusiva, no sería posible ninguna intervención estatal por ningún título competencial”. Como puede observarse, la intención declarada en este artículo respecto de la configuración de las competencias exclusivas de la Generalidad no es otra que la de evitar cualquier tipo de intervención del Estado en ese ámbito, cualquiera que sea el título competencial que éste pudiera invocar (v. gr. competencia para establecer las “bases” de una materia). Este artículo es especialmente significativo, por cuanto el Institut d'Estudis Autònoms fue el órgano que elaboró la Memoria explicativa del proyecto de reforma del Estatuto catalán en materia de competencias, lo que resulta revelador de la intención con la que se redactó el citado proyecto.

(35) El artículo 120 del Estatuto atribuye a la Generalidad competencias exclusivas en materia de cajas de ahorro domiciliadas en Cataluña, respetando expresamente lo establecido por el Estado en el ejercicio de las competencias que le atribuyen los artículos 149.1.11.³ y 149.1.13.³ de la Constitución (i.e. “bases” de ordenación del crédito, banca y seguros y de la planificación general de la actividad económica). En consecuencia, podría pensarse que, al ser el artículo 120 una norma especial y recoger expresa-

B) Competencias compartidas (artículo 111)

El artículo 111 del Estatuto determina el alcance de las competencias de la Generalidad en aquellas materias en las que el citado texto legal le atribuye competencias compartidas con el Estado, confiriendo a la Comunidad Autónoma en esas materias la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, en el marco de las “bases” que fije el Estado como principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el Estatuto⁽³⁶⁾.

En relación con este precepto, son dos las cuestiones que suscitan dudas de constitucionalidad. Se está haciendo referencia, en concreto, a las limitaciones que el artículo 111 del Estatuto parece imponer al contenido y al alcance o forma que pueden adoptar las “bases” estatales.

a) Limitaciones al contenido de las “bases”

En relación con la primera de esas cuestiones, se ha de comenzar reconociendo que el texto finalmente aprobado por las Cortes Generales supone un cierto avance respecto del texto remitido inicialmente por el Parlamento catalán. Y ello, por cuanto este último texto limitaba las “bases” a meros “principios, objetivos y estándares mínimos”⁽³⁷⁾ y ⁽³⁸⁾, lo cual parecía no coherer con la doctrina del TC anteriormente

mente la sumisión a las “bases” estatales, el artículo 110 del Estatuto carece de trascendencia en materia de ordenación del crédito. Sin embargo, lo cierto es que la falta de sumisión expresa a las “bases” en este último precepto y la forma en que está redactado podrían originar problemas de interpretación a la hora de definir el alcance de las competencias autonómicas sobre cajas de ahorro previstas en el artículo 120 del Estatuto, como se expone con posterioridad en este artículo.

⁽³⁶⁾ En concreto, la redacción literal del precepto es la siguiente: “[e]n las materias que el Estatuto atribuye a la Generalidad de forma compartida con el Estado, corresponden a la Generalidad la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, en el marco de las bases que fije el Estado como principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto. En el ejercicio de estas competencias, la Generalidad puede establecer políticas propias. El Parlamento debe desarrollar y concretar a través de una ley aquellas previsiones básicas”.

⁽³⁷⁾ La redacción original del citado precepto señalaba expresamente que “[e]n las materias que el Estatuto atribuye a la Generalidad de forma compartida con el Estado, corresponden a la Generalidad la potestad legislativa y la integridad de la potestad reglamentaria y de la función ejecutiva, en el marco de los principios, los objetivos o los estándares mínimos que fije el Estado en normas con rango de ley, salvo en los casos que establecen expresamente la Constitución y el presente Estatuto. En el ejercicio de estas competencias, la Generalidad puede establecer políticas propias. El Parlamento debe concretar a través de una ley la efectividad normativa y el desarrollo de estas disposiciones estatales”.

⁽³⁸⁾ La finalidad perseguida en el proyecto de reforma presentado a las Cortes Generales por el Parlamento catalán parecía ser, precisamente, la de reducir las “bases” estatales a meros “principios”. Así parece desprenderse del artículo de los responsables del Institut d’Estudis Autònoms anteriormente citado. En ese artículo, se parte de la premisa de que, desde la promulgación de la Constitución, se ha

expuesta, que permite que las “bases” estatales comprendan no sólo meros estándares o principios generales sino también regulaciones detalladas de aspectos concretos ⁽³⁹⁾.

Sin embargo, lo cierto es que el avance al que se ha hecho referencia no sólo resulta insuficiente ⁽⁴⁰⁾ sino que, además, aparece contradicho por las previsiones contenidas en otros preceptos estatutarios (v. gr. artículos 120 y 126), que parecen reducir el contenido de las “bases” estatales a “principios, reglas o estándares mínimos” ⁽⁴¹⁾, generando, cuando menos, importantes antinomias y cierta inseguridad jurídica, ya que la oscuridad y consiguiente confusión derivadas de la técnica legislativa empleada para la redacción del Estatuto podrían dar lugar interpretaciones contrarias a nuestro texto constitucional.

b) *Limitaciones al alcance o forma de las “bases”*

Por otra parte, el artículo 111 del Estatuto catalán parece limitar también el alcance de las “bases” estatales. Y ello, por cuanto parece admitir exclusivamente las establecidas en normas con rango de ley.

Cierto es, a este respecto, que el artículo contempla una excepción para aquellos “*supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el Estatuto*”, pero no lo es menos que la ambigüedad con que está redactado el precepto dificulta en gran medida su comprensión, y podría dar lugar a interpretaciones interesadas contrarias a la Constitución, tal y como ésta ha sido interpretada por el TC. Y ello, por cuanto la citada excepción puede entenderse referida a dos cuestiones diferentes. En efecto, dos son las posibles lecturas que podrían hacerse del artículo 111 del Estatuto catalán:

producido una importante ampliación de las competencias estatales y se destaca, como uno de los mecanismos principales de esa ampliación, la interpretación que de las “bases” estatales se ha venido realizando. En este sentido, se señala que “[l]os mecanismos utilizados para extender las competencias estatales han sido diversos, pudiéndose destacar los siguientes: a) uno de los más importantes ha sido la interpretación expansiva que se ha hecho de las ‘bases’ estatales, a las que se ha atribuido un gran ámbito funcional y material. Si bien del texto constitucional se podría desprender que las ‘bases’ se podrían configurar como ‘principios’ a fijar por el legislador estatal, la aplicación del concepto ha dado lugar a una regulación muy detallada y casuística, contenida tanto en leyes formales como en reglamentos e incluso actos ejecutivos, que ha anulado prácticamente el margen normativo que teóricamente correspondía al legislador autonómico”. Por ello, al tratar sobre los objetivos de la reforma, se señala en expresivos términos: “[t]ambién hará falta redefinir las competencias compartidas. En esta línea se propone recuperar la noción de bases como ‘principios’ que ha de establecer el legislador estatal en las materias en las que tenga reservada esta función (...)” (vid. CORRETTJA I TORRENS, M. y VIVER I PI-SUNYER, C., *op. cit.*, pp. 25 y 29).

⁽³⁹⁾ Vid., entre otras, SSTC 49/1988 (FFJJ 16 y 29) y 178/1992 (FJ 2).

⁽⁴⁰⁾ A pesar de que la redacción final del artículo 111 identifica las bases con el “mínimo común normativo” al que alude la doctrina del TC, continúa refiriéndose a ellas también como meros “principios”.

⁽⁴¹⁾ A diferencia de lo que ocurre en el artículo 111, en esos preceptos no se alude a las “bases” estatales como el “mínimo común normativo” a que se refiere la doctrina del TC.

- (i) Por una parte, podría entenderse que lo que el citado precepto quiere decir es que, en las materias en las que el Estatuto atribuye a la Generalidad competencias compartidas con el Estado, corresponden a ese órgano autonómico la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, excepto en los “*supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el Estatuto*”. Esta es la lectura que parece más ajustada a su tenor literal.

Pues bien, bajo esta interpretación, la excepción contemplada se entendería referida no tanto al alcance de las “bases” estatales como a las concretas potestades (*i.e.* legislativas, reglamentarias y ejecutivas) que corresponderían a la Generalidad de Cataluña. En consecuencia, el precepto estaría limitando las “bases” a las establecidas exclusivamente en normas con rango de ley⁽⁴²⁾, lo cual iría en contra de la doctrina del TC que, como se ha expuesto con anterioridad, permite que dichas “bases” se contengan no sólo en disposiciones normativas de rango legal sino también en disposiciones reglamentarias, pudiendo incluso alcanzar a actuaciones ejecutivas concretas (*v. gr.* autorizaciones, inspecciones, requerimientos, sanciones, etc.)⁽⁴³⁾.

- (ii) En segundo lugar, podría entenderse que lo que el artículo 111 quiere decir es que las “bases” que la Generalidad de Cataluña ha de respetar en el ejercicio de las potestades que el Estatuto le atribuye han de establecerse en normas con rango de ley, salvo en los “*supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el Estatuto*”. Bajo esta interpretación, se admitiría, por tanto, que las “bases” pudieran contenerse —siquiera excepcionalmente— en disposiciones de carácter reglamentario e incluso alcanzar a actos de naturaleza ejecutiva, lo cual resultaría conforme con la doctrina del TC.

Para sostener esta posible lectura, podría recurrirse a una interpretación conjunta del artículo 111 del Estatuto con otros preceptos estatutarios que parecen reconocer implícitamente el carácter “básico” de determinados actos de ejecución. Así ocurre, por ejemplo, con las competencias de inspección y sanción que sobre las cajas domiciliadas en Cataluña ostentan el Ministerio de Economía y Hacienda y el Banco de España y que el artículo 120.4 del Estatuto reconoce expresamente al facultar a la Generalidad para “colaborar” en esas competencias.

(42) En este sentido, pueden traerse a colación nuevamente las declaraciones de los responsables del Institut d’Estudis Autònoms que, en el artículo citado con anterioridad, señalan expresamente: “[t]ambién hará falta redefinir las competencias compartidas. En esta línea se propone (...) reforzar la exigencia del rango formal de la norma que establezca estas bases (...)” (*vid.* CORRETJA I TORRENS, M. y VIVER I PI-SUNYER, C., *op. cit.*, p. 29). Parece, por tanto, que una de las finalidades perseguidas con la reforma del Estatuto catalán era, precisamente, la de reducir las “bases” estatales a disposiciones normativas con rango de ley.

(43) *Vid.* SSTC 48/1988 (FFJJ 3 y 6), 49/1988 (FJ 32), 135/1992 (FFJJ 2, 3 y 5), 178/1992 (FJ 3) y 235/1999 (FFJJ 3, 5 y 15).

Por otro lado, el artículo 126.3, al especificar que la competencia compartida de la Generalidad sobre la actividad de las entidades de crédito distintas de las cajas de ahorro “*incluye los actos de ejecución reglados que le atribuya la legislación estatal*” admite implícitamente que el Estado puede reservarse determinadas actuaciones ejecutivas y que la Generalidad sólo podrá ejercer aquellas competencias ejecutivas que le atribuya el legislador estatal y que tengan carácter reglado.

A todos estos supuestos previstos en otros preceptos estatutarios son a los que, a efectos de despejar las dudas que respecto de la constitucionalidad del artículo 111 se suscitan, podría entenderse referido el citado precepto cuando alude a las “*excepciones —a la regla general que exige que las ‘bases’ estatales se contengan en normas de rango legal— que se determinen de acuerdo con la Constitución y el Estatuto*”. No obstante, esa interpretación no dejaría de ser un tanto forzada, ya que no se trataría de excepciones “*determinadas de acuerdo con el Estatuto*” (como indica el precepto) sino “*en el propio Estatuto de Autonomía*”.

Por último, otra de las dudas que suscita la excepción a la que se ha venido haciendo referencia en los párrafos anteriores es la relativa al órgano al que se refiere el artículo 111 cuando alude a los “*supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el Estatuto*”. ¿Quién, de acuerdo con ese precepto, ostenta la facultad de determinar los supuestos excepcionales que en él se contemplan? La oscuridad del precepto permitiría, desde posiciones interesadas, sostener que esa facultad corresponde a los órganos de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Sin embargo, para que la segunda de las interpretaciones anteriormente expuestas y, por ende, el precepto al que se viene haciendo referencia puedan considerarse plenamente conformes con la Constitución, debería entenderse que el órgano al que se refiere el artículo 111 del Estatuto no es otro que el TC. Lo contrario supondría dejar en manos de los órganos autonómicos la determinación del alcance de las “bases” estatales⁽⁴⁴⁾, lo cual sería manifiestamente inconstitucional.

(44) Ésta parece ser, precisamente, una de las finalidades directamente perseguidas con la reforma del Estatuto catalán: establecer un nuevo (y más limitado) concepto de “bases” —contrario al consagrado en la Constitución, tal y como ésta ha sido interpretada por el TC— para, de esa manera, limitar la interpretación que el supremo (y único) intérprete de nuestra Carta Magna puede realizar de ese concepto. Especialmente significativo resulta, a este respecto, el artículo de los responsables del Institut d’Estudis Autònoms anteriormente citado. En ese artículo, se parte de la premisa de que “[d]ado que la propia Constitución no define el significado ni el contenido de las tipologías competenciales, no especifica el concepto de competencia exclusiva o de ‘bases’, y tiene en cuenta el principio dispositivo y la legitimidad del Estatuto para completar el régimen autonómico y el nivel de autonomía de cada Comunidad, esta definición y concreción se puede llevar a cabo a través del texto estatutario”. Por ello, al tratar sobre los objetivos de la reforma, se señala expresamente: “[t]ambién hará falta redefinir las competencias compartidas. En esta línea se propone recuperar la noción de bases como ‘principios’ que ha de establecer el legislador estatal en las materias en las que tenga reservada esta función, reforzar la exigencia del rango formal de la norma que establezca estas bases y, en todo caso, reservar un ámbito material de desarrollo legislativo autonómico. Esta formulación permite indirectamente, delimitar las

En efecto, bajo esa perspectiva —o si la interpretación que se diera al artículo 111 fuera la primera de las expuestas anteriormente—, el Estatuto no sólo determinaría el alcance de las competencias de la Generalidad sino que, indirectamente, redefiniría el alcance de las competencias del Estado (alcance, que, como se ha expuesto, se encuentra perfectamente delimitado por la doctrina del TC), arrogándose funciones que sólo al poder constituyente o al TC —por vía interpretativa— corresponden, lo cual determinaría la inconstitucionalidad del citado precepto.

Parece necesario recordar, a este respecto, que la Constitución es la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico y que, como tal, debe ser respetada por todas las disposiciones normativas, incluidos los Estatutos de Autonomía. Y debe ser respetada en los exactos términos en que ha sido interpretada por el TC, único órgano al que nuestra Carta Magna habilita para establecer el alcance de sus preceptos.

En consecuencia, la determinación por parte de los Estatutos de las competencias de cada Comunidad Autónoma debe realizarse dentro del marco establecido por la Constitución, tal y como ésta ha sido interpretada por el TC. La doctrina de ese Tribunal respecto del alcance de los preceptos constitucionales puede variar (motivadamente), pero dicha variación no puede venir impuesta por los Estatutos de Autonomía por el simple hecho de que éstos formen parte del denominado “bloque de constitucionalidad”. De lo contrario, se llegaría al absurdo de que, salvo en los supuestos verdaderamente excepcionales —y difícilmente imaginables en la práctica— de vulneración frontal del tenor literal de la Constitución, ningún Estatuto de Autonomía podría ser declarado inconstitucional, precisamente por formar parte del “bloque de constitucionalidad” que el TC debe aplicar en el ejercicio de las funciones que nuestra Carta Magna le encomienda. Se ataría, de esa manera, al TC⁽⁴⁵⁾, impidiéndole desempeñar una de las funciones esenciales que la Constitución le encomienda en exclusiva. Es más, por esa vía, el Estatuto vendría a actuar como intérprete de la Constitución, cuando no como auténtico poder constituyente, arrogándose una función que en modo alguno le corresponde.

En definitiva, los Estatutos de Autonomía carecen de toda habilitación constitucional para la determinación de las competencias estatales o la definición o limitación de su alcance, lo que, en función de cuál sea la interpretación que se dé al artículo 111 del Estatuto catalán, podría suponer su inconstitucionalidad.

bases estatales a partir del texto estatutario” (vid. CORRETJA I TORRENS, M. y VIVER I PI-SUNYER, C., op. cit., pp. 29 y 30). Como se ha señalado con anterioridad, el Institut d’Estudis Autònoms fue el órgano que elaboró la Memoria explicativa del proyecto de reforma del Estatuto catalán en materia de competencias, por lo que las ideas manifestadas en ese artículo y, en particular, la recogida en la última frase del párrafo transcrito, resultan reveladoras de la intención con la que se elaboró el proyecto. A la vista de esa última frase, parece que la reforma del Estatuto catalán parte de la consideración de que los Estatutos de Autonomía pueden delimitar (y, por tanto, limitar) el concepto de “bases” definido —al menos hasta ahora— por el TC como supremo (y único) intérprete de la Constitución.

(45) Ésta parece ser otra de las finalidades directamente perseguidas con la reforma del Estatuto catalán. Al menos, así parece desprenderse del artículo de los responsables del Institut d’Estudis Autònoms anteriormente citado, que en relación con esta cuestión señalan expresamente: “[s]e puede afirmar también que la jurisprudencia constitucional no constituye un límite a la reforma estatutaria ya que interpreta las normas según la redacción que tengan en cada momento, de manera que si el Estatuto

Se hace necesario, por tanto, un pronunciamiento expreso del TC que aclare la interpretación que ha de darse a ese artículo para, con ello, evitar que puedan adquirir carta de naturaleza eventuales actuaciones autonómicas que limiten las competencias exclusivas del Estado para la configuración de las “bases”.

C) Competencias ejecutivas (artículo 112)

El artículo 112 del Estatuto determina el alcance de las competencias de la Generalidad en aquellas materias en las que el Estatuto le atribuye competencias ejecutivas. En concreto, le encomienda (i) la potestad reglamentaria, que comprende la aprobación de “disposiciones” para la ejecución de la normativa del Estado, así como (ii) la función ejecutiva, que, en todo caso, incluye la potestad de organización de su propia administración y, en general, todas aquellas funciones y actividades que el ordenamiento atribuye a la Administración pública.

También en relación con este precepto se suscitan dudas de constitucionalidad. En concreto, en relación con el alcance que en él se atribuye a las competencias ejecutivas de la Comunidad Autónoma, al incluir la potestad reglamentaria en ese tipo de competencias ⁽⁴⁶⁾.

da una nueva redacción a las competencias de la Generalidad que garantice realmente la exclusividad o determine y precise el ámbito material de competencia de la Generalidad, el Tribunal Constitucional quedaría vinculado por el nuevo texto en su interpretación, y no a la inversa” (vid. CORRETJA I TORRENS, M. y VIVER I PI-SUNYER, C., op. cit., p. 28). Bajo esa argumentación —unida a las ideas reflejadas en los párrafos transcritos en notas anteriores a pie de página de este artículo—, podría esconderse el intento de limitar, a través del Estatuto, la interpretación que el TC puede realizar, entre otros, del concepto de “bases” establecido en la Constitución. Así, al socaire de que el citado Tribunal debe tener en cuenta el denominado “bloque de constitucionalidad” a la hora de establecer su doctrina y que dicho “bloque” se encuentra integrado, entre otros elementos, por los Estatutos de Autonomía, parece pretenderse la consagración en el Estatuto de una nueva definición de competencias que, alterando el concepto actual de “bases”, vincule al TC. De esa manera, y a través del Estatuto, se lograría reducir las “bases” estatales a meros “principios” establecidos exclusivamente en “normas con rango de ley”, privando, por tanto, al Estado de la posibilidad de recoger en las “bases” regulaciones detalladas de aspectos concretos de una materia y de establecer esas “bases” en disposiciones normativas de carácter reglamentario o en actos de naturaleza ejecutiva. Finalidades todas ellas que, como se ha señalado anteriormente, parecen constituir —a la vista de las declaraciones de los responsables del Institut d’Estudis Autònoms— algunas de las motivaciones principales de la reforma del Estatuto catalán. Por otro lado, siguiendo el razonamiento que en este punto parece inspirar dicha reforma, podría ocurrir que cada Estatuto de Autonomía definiese de manera diferente el concepto, contenido y alcance de cada una de sus competencias (v. gr. exclusivas, compartidas, ejecutivas, etc.), lo que daría lugar a que el concepto de “bases”, entre otros, pudiera resultar diferente según el ámbito territorial en el que nos encontrásemos, lo cual no parece, cuando menos, razonable desde un punto de vista constitucional.

⁽⁴⁶⁾ Inclusión que, a la vista de las declaraciones de los responsables del Institut d’Estudis Autònoms, parece realizarse de manera consciente y deliberada. En este sentido, señalan esos autores que “*[e]l rediseño competencial ha de tener en cuenta también la tipología de las competencias, es decir, su dimensión funcional. Los objetivos a lograr son básicamente tres: (...) recuperar y completar el concepto de ejecución con capacidad normativa” (vid. CORRETJA I TORRENS, M. y VIVER I PI-SUNYER, C., op. cit., p. 29).*

En nuestro ordenamiento jurídico, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva responden a dos conceptos totalmente diferentes. Así lo ha declarado el TC en reiteradas ocasiones, pudiendo citarse, por todas, su Sentencia 103/1999, de 3 de junio, en cuyo Fundamento Jurídico 4 se señala expresamente:

“Nuestra doctrina general en torno al deslinde entre ‘legislación’ y ‘ejecución’ (SSTC 33/1981, fundamento jurídico 4.º; 18/1982, fundamento jurídico 3.º; 35/1982, fundamento jurídico 2.º; 7/1985, fundamento jurídico 4.º; 24/1988, fundamento jurídico 2.º; 100/1991, fundamento jurídico 2.º y 360/1993, fundamento jurídico 4.º) puede resumirse diciendo que la competencia de ‘legislación’ ha de entenderse en sentido material, refiriéndose, por tanto, no sólo a la ley en sentido formal, sino también a los Reglamentos ejecutivos e, incluso, a las Circulares, si tienen naturaleza normativa (STC 249/1988, fundamento jurídico 2.º). Por su parte, la competencia de ‘ejecución’ se extiende generalmente a todos los actos aplicativos, esto es, a la potestad de administrar que comporta, junto a las facultades de mera gestión, ‘la de dictar Reglamentos internos de organización de los servicios correspondientes en la medida en que éstos sean necesarios para la mera estructuración interna de la organización administrativa’ (SSTC 18/1982, fundamento jurídico 3.º; 35/1982, fundamento jurídico 2.º y 39/1982, fundamento jurídico 8.º)”.

A lo que añade la STC 360/1993, de 3 de diciembre que (FJ 4):

“[l]a posibilidad de que esa distinción entre legislación y ejecución (competencias, respectivamente, del Estado y la Comunidad) permitiera atribuir a la Comunidad Vasca la competencia reglamentaria, no ha sido admitida por este Tribunal”.

Pues bien, el artículo 112 del Estatuto, al incluir la potestad reglamentaria entre las competencias ejecutivas, habilita a la Generalidad para dictar normas de desarrollo⁽⁴⁷⁾ en aquellas materias en las que la Constitución limita las competencias autonómicas a la ejecución de la legislación estatal (entendido el término “*legislación*” —según la interpretación del TC— en sentido material, comprensivo tanto de las disposiciones normativas con rango de ley como de las disposiciones generales de carácter reglamentario dictadas por el Estado).

Esa “extensión” de la función ejecutiva podría suponer una extralimitación competencial de la Comunidad Autónoma en detrimento de las competencias atribuidas al Estado en nuestra Carta Magna. Asimismo, podría tener una repercusión directa en materia de ordenación del crédito —materia, sobre la que la Constitución atribuye al Estado competencia exclusiva para fijar las “bases”— si finalmente se entendiera, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 111 del Estatuto, que las “bases” estatales han de contenerse exclusivamente en disposiciones normativas con rango de ley.

(47) El término “*disposiciones*” empleado por el artículo 112 parece hacer referencia a disposiciones de carácter general, es decir, a normas jurídicas.

D) Competencias sobre cajas de ahorro (artículo 120)

En materia de cajas de ahorro, el artículo 120 del Estatuto atribuye a la Generalidad dos tipos de competencias: exclusivas y compartidas.

a) *Competencias exclusivas*

La competencia exclusiva se proyecta sobre la regulación de la organización de las cajas de ahorro domiciliadas en Cataluña, “respetando lo establecido por el Estado en el ejercicio de las competencias que le atribuyen los artículos 149.1.11.^ª y 149.1.13.^ª de la Constitución”.

El precepto transcrito parece imponer a la Generalidad la obligación de respetar las “bases” estatales en materia de ordenación del crédito y planificación general de la actividad económica (*i.e.* artículo 149.1.11.^ª y 13.^ª de la Constitución). Sin embargo, el alcance de la sumisión a dichas “bases” no es todo lo técnicamente claro que sería deseable. Y ello, por el juego de los artículos 110 y 120.1 del Estatuto, ya que ambos preceptos mantienen redacciones difícilmente conciliables entre sí en lo que respecta a la definición de las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma. El peligro interpretativo consistiría en entender que la expresión contenida en el artículo 120.1 no comporta una sumisión a las “bases” estatales en el sentido actual del término. Lo cual podría tratar de fundamentarse en el siguiente razonamiento.

El artículo 110 atribuye a la Comunidad Autónoma, de manera íntegra y excluyente (recuérdese que el precepto señala expresamente que el ejercicio de las potestades que en él se enuncian corresponde “únicamente” a la Generalidad), la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, sin limitación alguna y sin que se contemplen excepciones a esa regla. Ello supone, en principio, que, de acuerdo con el Estatuto, el Estado carece de toda competencia (incluso para dictar las “bases”) en materias sobre las que el citado texto legal atribuye competencias exclusivas a la Generalidad. Sin embargo, en el ámbito de la organización de las cajas de ahorro, el artículo 120.1 parece imponer como límite al ejercicio de esas competencias, precisamente, el respeto a las “bases” estatales.

Sin perjuicio de la confusión y falta de seguridad jurídica que esa diferente regulación podría producir, se suscita una cuestión de indudable trascendencia práctica: ¿cuál es el alcance que debe otorgarse a las “bases” a que se refiere el artículo 120.1 del Estatuto?

Como se ha expuesto, el artículo 110 del Estatuto (cláusula general de las competencias exclusivas de la Generalidad) ni siquiera contempla la sumisión a las “bases” estatales, lo que de por sí podría invocarse desde posiciones interesadas para defender una interpretación restrictiva del alcance de las “bases” a que se refiere el artículo 120.1. Pero es que, además, el artículo 111 del texto estatutario, al regular las competencias compartidas de la Generalidad, parece limitar el concepto de “bases” a las que el Estado establezca en normas con rango de ley, por lo que podría alegarse también, desde esas posiciones interesadas, que las “bases” a las que se refiere el artículo 120.1 del Estatuto sólo pueden establecerse en disposiciones normativas de

rango legal. Y ello, por cuanto no parecería lógico reconocer a las “bases” estatales un alcance superior en materias sobre las que la Generalidad ostenta competencias exclusivas (por ejemplo, las del artículo 120.1), que en aquellas sobre las que se le atribuyen competencias compartidas con el Estado. En definitiva, no sería lógico que las competencias exclusivas de la Generalidad estuviesen más limitadas que las compartidas.

Pues bien, bajo esa interpretación, se privaría al Estado de la posibilidad de dictar normas reglamentarias de carácter “básico” y de atribuir ese carácter a actuaciones ejecutivas concretas, lo cual resultaría contrario a la doctrina del TC y podría suponer, entre otras cuestiones, la inaplicabilidad en Cataluña del Real Decreto 798/1986, de 21 de marzo, de desarrollo de la Ley 31/1985, de 2 de agosto, sobre normas básicas de órganos rectores de cajas de ahorro.

b) Competencias compartidas

Por su parte, las competencias compartidas se reconocen a la Generalidad sobre las siguientes materias:

- (i) *Actividad financiera de las cajas de ahorro domiciliadas en Cataluña*, de acuerdo con los principios, reglas y estándares mínimos que establezcan las “bases” estatales. Esta competencia incluye, en todo caso, la regulación de la distribución de excedentes y de la obra social de las cajas (artículo 120.2). En relación con este apartado, se ha de tener en cuenta que, de acuerdo con la doctrina del TC, las competencias de las CC.AA. sobre la actividad de las cajas de ahorro se rigen, con independencia de cuál sea su domicilio, por el principio de territorialidad⁽⁴⁸⁾. Por ello, el hecho de que el artículo 120.2 no limite la competencia de la Generalidad a la actividad desarrollada en Cataluña por las cajas de ahorro, con independencia de su domicilio social, podría suscitar dudas sobre la constitucionalidad de ese precepto⁽⁴⁹⁾.

Con independencia de lo anterior, la lectura conjunta de los artículos 111 y 120.2 del Estatuto podría impedir que se conceptuaran como “básicas” las competencias ejecutivas de autorización atribuidas al Banco de España (*v. gr.* autorización para la distribución de excedentes de libre disposición en supuestos de déficit de recursos propios) y consideradas actualmente como “bases” por el TC al encontrarse vinculadas con la estabilidad, solvencia y

⁽⁴⁸⁾ *Vid.*, entre otras, SSTC 48/1988 (FJ 4) y 49/1988 (FJ 30).

⁽⁴⁹⁾ Frente a ello, podría alegarse que la interpretación de ese artículo, al igual que la de los restantes preceptos contenidos en el Título IV del Estatuto —relativo a las competencias de la Comunidad—, debe realizarse en conexión con el artículo 115 del texto estatutario, que determina el alcance territorial de las competencias autonómicas. De acuerdo con este último precepto, el ámbito material de las competencias de la Generalidad se circunscribe al territorio de Cataluña, excepto en los supuestos

transparencia contable de las entidades de crédito⁽⁵⁰⁾. Y ello, salvo que se incluyese expresamente el ámbito ejecutivo entre aquellos aspectos que pueden integrar las “bases”, junto a los ya mencionados “*principios, reglas y estándares mínimos*”⁽⁵¹⁾.

- (ii) *Seguimiento del proceso de emisión y distribución de cuotas participativas*, exceptuando los aspectos relativos al régimen de ofertas públicas de venta o suscripción de valores y admisión a negociación, a la estabilidad financiera y a la solvencia (artículo 120.2, párrafo 2.º). Se atribuye, por tanto, a la Generalidad la competencia (parece que compartida⁽⁵²⁾) para el “seguimiento” de dichos procesos, con excepción de aquellos aspectos cuya vigilancia corresponden a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y al Banco de España, respectivamente. No obstante, la ambigüedad del término “seguimiento” impide conocer con exactitud el alcance de las competencias de la Comunidad Autónoma en esta materia⁽⁵³⁾.

expresamente previstos en el propio Estatuto y en otras disposiciones legales que establecen la eficacia jurídica extraterritorial de las disposiciones y actos de la Generalidad. La excepción a esa previsión debe establecerse, por tanto, de manera expresa, cosa que no ocurre con el artículo 120.2 del Estatuto. Esta circunstancia permitiría sostener que el citado precepto no infringe el principio de territorialidad. Máxime teniendo en cuenta que el apartado segundo del artículo 115 de la norma estatutaria prevé expresamente que en los casos en los que el objeto de la competencia autonómica tenga un alcance superior al territorio de Cataluña, la Generalidad ejercerá sus competencias exclusivamente sobre la parte de ese objeto situada en su territorio, sin perjuicio, claro está, de los instrumentos de colaboración que puedan establecerse al respecto entre los entes territoriales afectados. No obstante, esta argumentación tampoco resulta totalmente concluyente. Y ello, por cuanto, si bien es cierto que el artículo 120.2 del Estatuto no prevé la extraterritorialidad de las competencias de la Generalidad, podría ocurrir que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 115 del Estatuto, sí lo previera una disposición legal dictada por la Comunidad Autónoma, lo que plantearía dudas sobre su constitucionalidad. Sería conveniente, por tanto, también en este punto, un pronunciamiento expreso del TC.

(50) *Vid.*, a este respecto, SSTC 1/1982 (FJ 12), 48/1988 (FFJJ 7 y 11) y 178/1992 (FFJJ 2 y 3).

(51) La posibilidad de que, en los supuestos a que se refiere el artículo 120.2 del Estatuto, las “bases” estatales pudieran contenerse en disposiciones normativas de carácter reglamentario podría tratar de justificarse con fundamento en la sumisión expresa que ese precepto realiza a las “reglas” que establezcan dichas “bases”, por lo que las dudas de constitucionalidad se plantearían esencialmente respecto de la posibilidad de considerar “básicas” actuaciones ejecutivas concretas. Si el término “reglas” no se refiriese a “disposiciones de carácter normativo”, las dudas de constitucionalidad se extenderían también a la posible limitación de la potestad del Estado para establecer las “bases” en normas de carácter reglamentario.

(52) El artículo 120.2, párrafo 2.º no califica esa competencia, limitándose a señalar que la Generalidad efectuará el seguimiento del proceso de emisión y distribución de cuotas participativas. Sin embargo, el párrafo primero de ese artículo se refiere a “competencias compartidas”.

(53) Se ha de reconocer que, en este aspecto concreto, el texto finalmente aprobado por las Cortes Generales supone un avance respecto del proyecto presentado por el Parlamento catalán, el cual atribuía a la Generalidad la “competencia exclusiva” para la “supervisión” del proceso de emisión y distribución de las cuotas participativas. En cualquier caso, se ha de tener en cuenta que las cuotas participativas forman parte de los fondos propios de las cajas de ahorro y que, como tales, se integran dentro de los aspectos relacionados con la solvencia de las entidades de crédito, los cuales tienen carácter “básico” de acuerdo con la doctrina del TC (*vid.* SSTC 1/1982 —FJ 12—, 48/1988 —FJ 7 y 11—, 178/1992 —FJ 2 y 3— y 235/1999 —FJ 5, 6 y 7—).

Por otro lado, resulta extraño que la referencia a la estabilidad financiera y a la solvencia —que podría haber servido para dar cobertura a todas las facultades ejecutivas del Banco de España reconocidas como “básicas” por la doctrina del TC (v. gr. inspección y sanción, entre otras)— se enuncie sólo en un punto tan específico como es el de la emisión de cuotas participativas. La referencia a dichos aspectos en esta concreta materia y su omisión en otros apartados y preceptos del Estatuto podría utilizarse para sostener la atribución de competencias a la Generalidad para supervisar (inspeccionar) aspectos relacionados con la solvencia de las cajas de ahorro y otras entidades de crédito, con los evidentes conflictos de intereses que esa circunstancia podría conllevar habida cuenta de la estructura organizativa de las cajas. Y ello, bajo el argumento de que, cuando el Estatuto desea excepcionar de las competencias autonómicas los aspectos relacionados con la solvencia de las entidades de crédito, lo indica expresamente.

- (iii) *Disciplina, inspección y sanción de las cajas de ahorro domiciliadas en Cataluña*. Esta competencia incluye, en todo caso, el establecimiento de infracciones y sanciones adicionales (a las establecidas por el Estado, se entiende, aunque el texto no lo indica expresamente) en materias de su competencia (artículo 120.3). La atribución a la Generalidad de la competencia compartida en materia de disciplina, inspección y sanción, tal y como dicha competencia aparece definida en el artículo 111 del Estatuto, podría colisionar, como ya se apuntado anteriormente, con las competencias del Estado para atribuir carácter “básico” a actuaciones ejecutivas concretas, como ocurre actualmente con las competencias de inspección y sanción atribuidas al Banco de España en aspectos relacionados con la solvencia y estabilidad de las entidades de crédito. Actuaciones que, según el TC, tienen carácter “básico”⁽⁵⁴⁾.

No obstante, en este supuesto concreto, las dudas de constitucionalidad podrían quedar despejadas si se tiene en cuenta el reconocimiento, siquiera implícito, que de esas competencias estatales de inspección y sanción se realiza en el apartado 4 del propio artículo 120, al facultar a la Generalidad para “colaborar” en su ejercicio.

- (iv) *Competencia para colaborar, de acuerdo con lo establecido en la legislación estatal, en las actividades de inspección y sanción que el Ministerio de Economía y Hacienda y el Banco de España ejercen sobre las cajas de ahorro domiciliadas en Cataluña (artículo 120.4)*. A pesar de que la colaboración de la Generalidad en las mencionadas actividades parece limitarse a lo que establezca la legislación estatal, la ambigüedad con que está redactado el precepto y la ausencia de competencias materiales o territoriales para exigir dicha colaboración hacen que la referida previsión

⁽⁵⁴⁾ Vid. SSTC 1/1982 (FJ 12), 48/1988 (FFJJ 7 y 11), 178/1992 (FJ 2 y 3) y 235/1999 (FFJJ 5, 6 y 7).

resulte, cuando menos, reprochable e injustificable, pudiendo incluso plantear, según cuál sea la interpretación que se dé a ese precepto, serias dudas de constitucionalidad.

A este respecto, se ha de tener en cuenta que el artículo 120.4 del Estatuto se encuentra redactado en términos imperativos. No prevé que la Generalidad “podrá colaborar” en las actividades estatales de inspección y sanción en los términos que establezca la normativa del Estado, sino que dispone expresamente que la Generalidad “colabora” en esas actividades de acuerdo con lo establecido en la legislación estatal. Parece, por tanto —o al menos así podría tratar de sostenerse desde posiciones interesadas—, que el artículo 120.4 impone al Estado la obligación de permitir y prever expresamente la colaboración de la Generalidad en las referidas actividades de inspección y sanción, sin perjuicio de que sea el legislador estatal el que determine la forma en que ha de producirse esa (necesaria) colaboración.

Pues bien, bajo esta interpretación, el artículo 120.4 del Estatuto sería inconstitucional, al menos a juicio de este autor. Y ello, por cuanto las actividades a las que se refiere ese precepto son competencia exclusiva del Estado⁽⁵⁵⁾, al cual no cabe imponer de manera unilateral la colaboración que en él se prevé. Dicha colaboración puede producirse, en su caso y previa decisión discrecional del Estado, a través de los mecanismos contemplados en nuestro ordenamiento jurídico actual, sin necesidad de que se recoja expresamente en el Estatuto de Autonomía una previsión como la contenida en el artículo 120.4. Previsión que, a pesar de remitirse a lo que disponga la legislación estatal, no hace sino transmitir, cuando menos, una cierta sensación de intromisión en las competencias del Estado. Máxime teniendo en cuenta que, curiosamente, no existe en el Estatuto disposición normativa similar que reconozca el derecho o la facultad del Estado de colaborar en las actividades de inspección y sanción que la Generalidad desarrolle en el ámbito de sus competencias.

Se hace necesario, por tanto, también en este punto, un pronunciamiento expreso del TC que evite que en el futuro puedan sostenerse posiciones contrarias al reparto competencial resultante de nuestra Constitución, tal y como ésta ha sido interpretada por el citado Tribunal.

E) Competencias sobre entidades de crédito distintas de las cajas de ahorro (artículo 126)

En relación con las entidades de crédito distintas de las cajas de ahorro, el artículo 126 del Estatuto atribuye a la Generalidad competencias compartidas sobre las siguientes materias: (i) estructura, organización y funcionamiento, de acuerdo con los

⁽⁵⁵⁾ Se trata de competencias de inspección y sanción sobre aspectos relacionados, entre otras cuestiones, con la solvencia de las cajas de ahorro. Aspectos que, de acuerdo con la doctrina del TC, tienen carácter “básico”.

principios, reglas y estándares mínimos fijados en las “bases” estatales; (ii) actividad; y (iii) disciplina, inspección y sanción.

a) *Extensión de las competencias*

La primera de las críticas que se puede realizar al citado precepto se refiere a la extensión de las competencias que en él se atribuyen a la Comunidad Autónoma. A este respecto, se ha de tener en cuenta que, si bien es cierto que el TC ha reconocido la necesidad de permitir a las CC.AA. la asunción de competencias respecto de las entidades de crédito que no sean cajas de ahorro ni cooperativas de crédito, no lo es menos que también ha declarado expresamente que *“la competencia estatal sobre esas entidades es más intensa, no pudiendo pretenderse una asimilación mecánica o automática, desde la perspectiva competencial, entre cajas de ahorro y cooperativas de crédito, por una parte, y los bancos y otras entidades del sector financiero, por otra, de modo que el ámbito competencial estatutariamente asumido por las Comunidades Autónomas haya de ser, por imperativo constitucional, idéntico en ambos casos”*.

No puede aceptarse, por tanto, según ha declarado el supremo intérprete de la Constitución, que todas las potestades reconocidas a las CC.AA., bien en materia de creación y organización de cajas de ahorro y cooperativas de crédito, bien en lo relativo a su control, disciplina e intervención, hayan de extenderse igualmente a las restantes entidades del sector del crédito⁽⁵⁶⁾. Además, *“es al Estado al que, en todo caso, corresponde determinar cuál ha de ser la regulación básica respecto de las entidades crediticias que no sean ni cajas ni cooperativas de crédito”*.

Esta doctrina del TC tiene especial trascendencia en el caso que nos ocupa, ya que el artículo 126 del Estatuto parece pretender una equiparación prácticamente total entre las competencias de la Generalidad sobre cajas de ahorro y cooperativas de crédito y sus competencias sobre el resto de las entidades de crédito, lo que suscita dudas respecto de su constitucionalidad.

Por otro lado, el artículo 126 del Estatuto podría suponer una reducción inconstitucional de las competencias que la Carta Magna atribuye en exclusiva al Estado en materia de “bases” de ordenación del crédito. Y ello, por cuanto, interpretado en conexión con el artículo 111, podría reducir la competencia estatal al ejercicio compartido de la potestad legislativa, privando al Estado de la posibilidad de establecer en disposiciones de carácter reglamentario las “bases” de las materias a que se refiere el artículo 126, así como de la posibilidad de atribuir carácter “básico” a actuaciones ejecutivas concretas.

A este respecto, se ha de tener en cuenta, de acuerdo con la doctrina del TC anteriormente expuesta, que *“en materia de ordenación del crédito son básicas algunas normas reglamentarias, así como ciertas funciones ejecutivas del Banco de España, en la medida en que son precisas para asegurar el adecuado funcionamiento*

(56) Vid. STC 96/1996 (FJ 21).

de las entidades de crédito o la efectividad de la política financiera del Estado”⁽⁵⁷⁾. Y que, “las bases de ordenación del crédito comprenden la regulación de la estructura, organización interna y funciones de los diferentes intermediarios financieros, así como los aspectos fundamentales de su actividad”⁽⁵⁸⁾.

b) *Estructura, organización y funcionamiento*

En tercer lugar, resulta asimismo cuestionable la atribución de competencias que el referido precepto realiza a la Generalidad respecto de la estructura, organización y funcionamiento de las entidades de crédito distintas de las cajas de ahorro. Y ello, por dos razones.

Por una parte, porque las competencias de la Comunidad Autónoma no se ciñen a las entidades domiciliadas en Cataluña. Y, por otra, porque la atribución realizada en ese precepto contradice frontalmente la competencia exclusiva del Estado sobre legislación mercantil (artículo 149.1.6.ª de la Constitución), que es la aplicable a la estructura, organización interna y funcionamiento de los bancos y establecimientos financieros de crédito, al tener éstos la condición de sociedades anónimas.

c) *Principio de territorialidad*

Por último, la atribución de competencias que el apartado 3 del artículo 126 del Estatuto realiza a la Generalidad respecto de la actividad de las entidades de crédito distintas de las cajas de ahorro, podría infringir el principio de territorialidad por no quedar circunscrita de manera expresa al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Cataluña⁽⁵⁹⁾.

IV. ANÁLISIS Y VALORACIÓN DE LAS RESTANTES REFORMAS ESTATUTARIAS

Realizado el análisis y valoración de la reforma del Estatuto catalán, interesa exponer brevemente a continuación las principales modificaciones y avances que respecto de ese Estatuto se han introducido en las restantes reformas estatutarias que, siguiendo el modelo marcado por el Estatuto catalán, establecen una nueva clasificación, contenido y alcance de las competencias autonómicas. Y ello, por cuanto, como se anticipó en la introducción de este artículo, algunas de esas reformas introducen importantes modificaciones que tratan de paliar las dudas de constitucionalidad que el Estatuto catalán suscita. Dudas que han quedado expuestas en el apartado III anterior, al que se hace remisión expresa.

⁽⁵⁷⁾ Vid. STC 48/1988 (FJ 6).

⁽⁵⁸⁾ Vid. SSTC 96/1996 (FJ 19) y 48/1988 (FJ 3).

⁽⁵⁹⁾ Resulta de aplicación, a este respecto, cuanto se ha señalado con anterioridad respecto del artículo 120.2 del Estatuto catalán.

En concreto, las reformas estatutarias de Andalucía, Aragón y Castilla-La Mancha⁽⁶⁰⁾ —esta última todavía en tramitación en las Cortes Generales— siguen la pauta del Estatuto catalán, pero mejorándolo desde un punto de vista constitucional. Especialmente, en los siguientes aspectos:

- (i) En el ámbito de las *competencias exclusivas*, las referidas reformas estatutarias dejan a salvo, de manera expresa, las competencias del Estado.
- (ii) En el ámbito de las *competencias compartidas*, se ha de destacar especialmente el proyecto estatutario de Castilla-La Mancha, que, contrariamente a lo que ocurre con el resto de los Estatutos, no parece limitar las “bases” estatales a normas con rango de ley.
- (iii) En el ámbito de las *competencias ejecutivas*, se observan también importantes modificaciones, entre las que pueden destacarse las siguientes:
 - Se introducen matizaciones respecto de la inclusión de la potestad reglamentaria en el ámbito de esas competencias. Especialmente significativa es, a este respecto, la previsión contenida en el Estatuto aragonés que, siguiendo la doctrina del TC, circunscribe esa potestad exclusivamente al ámbito de la organización administrativa interna.
 - El Estatuto andaluz parece respetar las competencias estatales de inspección y sanción sobre entidades distintas de las cajas de ahorro y cooperativas de crédito, al condicionar las competencias autonómicas a lo que se acuerde con el Estado a través del oportuno convenio.

V. CONCLUSIONES

A la vista de las consideraciones anteriores, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- (i) Las reformas estatutarias tramitadas y en tramitación pueden clasificarse en dos grandes grupos, según mantengan la clasificación y el alcance tradicional de las competencias autonómicas —distinguiendo entre

⁽⁶⁰⁾ Como se ha señalado con anterioridad, el retirado proyecto de reforma del Estatuto de Canarias era una copia prácticamente literal del Estatuto catalán, por lo que su constitucionalidad suscitaba las mismas dudas que este último texto estatutario. No obstante, y como particularidad, el artículo 101 del proyecto canario atribuía a la Comunidad Autónoma competencias compartidas, de acuerdo con los principios, reglas y estándares mínimos fijados en las “bases” estatales, sobre la estructura, organización y funcionamiento de las cajas de ahorro con establecimientos permanentes en Canarias pero que tuvieran su sede social fuera de las islas. Sin embargo, todas esas materias forman parte del denominado “estatuto personal” de las entidades de crédito, debiendo, en consecuencia y de acuerdo con la doctrina del TC, regirse por el criterio del domicilio (*vid.* STC 48/1988, FJ 4). Ello supone que las competencias sobre esos aspectos deberían corresponder, en su caso, a las CC.AA. en cuyo territorio se encuentren domiciliadas las cajas de ahorro, lo que planteaba dudas respecto de la constitucionalidad de esa previsión del proyecto canario.

competencias exclusivas, competencias de desarrollo legislativo y ejecución, y competencias ejecutivas— (*i.e.* Comunidad Valenciana, Islas Baleares y Castilla y León) o establezcan una nueva clasificación, contenido y alcance de esas competencias (*i.e.* Cataluña, Andalucía, Aragón y Castilla-La Mancha).

- (ii) Las reformas incluidas en el primer grupo se ajustan a la doctrina del TC, por lo que su constitucionalidad no parece plantear duda alguna, al menos en lo que a la ordenación del crédito se refiere.
- (iii) Las reformas incluidas en el segundo grupo se apartan en algunos aspectos de la doctrina del TC. Como principales dudas de constitucionalidad suscitadas en relación con esas reformas pueden destacarse las siguientes:
 - Con carácter general, parece que la reforma del Estatuto catalán pretende establecer un *nuevo concepto de “bases”*, distinto (y contrario) al consagrado en la Constitución —tal y como ésta ha sido interpretada por el TC—, para, indirectamente, limitar la interpretación que el citado Tribunal puede realizar del referido concepto.
 - Alcance de las *competencias exclusivas*. El Estatuto de Cataluña parece atribuir esas competencias a la Generalidad con carácter “excluyente”. Y ello, a pesar de la depuración que del proyecto presentado por el Parlamento catalán se realizó durante su tramitación en las Cortes Generales.
 - Alcance de las *competencias compartidas* de las CC.AA. El alcance que en esas reformas (excepto en el proyecto de Castilla-La Mancha) se atribuye a las competencias compartidas de las CC.AA. podría suponer una limitación del concepto de “bases”, tal y como éste ha sido definido por el TC, en su condición de supremo intérprete de la Constitución. Esta limitación podría poner en cuestión, especialmente, las facultades ejecutivas del Estado (*v. gr.* autorizaciones, inspecciones y sanciones), con el consiguiente riesgo de fragmentación del sistema financiero y la correspondiente inestabilidad e inseguridad jurídica y económica.
 - Indebida inclusión de la *potestad reglamentaria* en la función ejecutiva. De acuerdo con la doctrina del TC, el ejercicio de la potestad reglamentaria en ese ámbito sólo es posible para regular la organización interna de la Administración. En ningún caso para el desarrollo de la legislación estatal, como parecen pretender gran parte de los nuevos textos estatutarios aprobados y en tramitación.
 - Posible extralimitación autonómica en la asunción de competencias sobre entidades de crédito distintas de las cajas de ahorro y de las cooperativas de crédito. De acuerdo con la doctrina del TC, las CC.AA. no pueden pretender una equiparación entre las competencias que ostentan sobre ese tipo de entidades y el resto de las entidades de crédi-

to. Además, es al Estado al que corresponde determinar cuál ha de ser la regulación “básica” respecto de las entidades crediticias que no sean cajas ni cooperativas de crédito.

Por otro lado, las competencias asumidas por algunos Estatutos de Autonomía en materia de estructura, organización y funcionamiento de los bancos y establecimientos financieros de crédito podrían no respetar la competencia exclusiva del Estado sobre legislación mercantil (artículo 149.1.6.^a de la Constitución).

- Posible extralimitación de algunas reformas estatutarias al atribuir a los órganos autonómicos competencias de *colaboración* en las actividades de inspección y sanción del Ministerio de Economía y Hacienda y del Banco de España en materia de cajas. La previsión contenida en esas reformas no debería entenderse como un mandato al legislador estatal para que prevea, de manera obligatoria, la referida colaboración. Lo contrario resultaría inconstitucional.

VI. BIBLIOGRAFÍA

— ARAGÓN REYES, M., GARCÍA VILLAVERDE, R. y SANTAMARÍA PASTOR, A., *El régimen jurídico de las cajas de ahorro*, Caja de Madrid, 1991.

— CORRETTJA I TORRENS, M. y VIVER I PI-SUNYER, C., *La reforma de l'Estatut d'Autonomia i les competències de la Generalitat*, Activitat Parlamentària, núm. 7, 2005 (http://www10.gencat.cat/drep/binaris/article_reforma_tcm112-22966.pdf).

— JIMÉNEZ ASENSIO, R., *La ley autonómica en el sistema constitucional de fuentes del derecho*, Marcial Pons, 2001.

— LLOPIS, G. y CRESPO, M., *Jurisprudencia constitucional sobre cajas de ahorro*, Perspectivas del sistema financiero, núm. 71, Fundación de las Cajas de Ahorros Confederadas, 2001.

— MARTÍN REBOLLO, L., *Leyes administrativas*, Thomson-Aranzadi, 2006.

— PAREJO, J.A., CUERVO, A., CALVO, A. y RODRÍGUEZ, L., *Manual de sistema financiero español*, Ariel Economía, 2004.

— PRIEGO PÉREZ, F.J. y SÁNCHEZ-MORENO, J.L., *Comentarios a las sentencias del Tribunal Constitucional de 22 de marzo de 1988*, Banco de España, 1988.

— PULIDO QUECEDO, M., *La constitución española. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, 2001.

— ROS PÉREZ, F., *Las cajas de ahorro en España: evolución y régimen jurídico*, Caja Murcia, 1996.

— SELVA MASOLIVER, M., *La propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Género, Constitución y Estatutos de Autonomía, Ministerio de Administraciones Públicas-Instituto Nacional de Administración Pública, 2005.

— VIVER I PI-SUNYER, C., *En defensa de los Estatutos de Autonomía como normas jurídicas delimitadoras de competencias. Contribución a una polémica jurídico constitucional*, El Estado autonómico: actas de las XI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

— ZUNZUNEGUI, F., *Derecho del mercado financiero*, Marcial Pons, 2000.

ANEXO

ESTATUTOS DE AUTONOMÍA: CUADRO-RESUMEN DE LAS REFORMAS ESTATUTARIAS

I. BLOQUE I: Estatutos con nueva clasificación de competencias

	Cataluña (BOE 20/07/2006) (61)	Andalucía (BOE 20/03/2007) (62)	Canarias (BOCG 22/09/2006) (63)	Aragón (BOE 23/04/2007) (64)	Castilla-La Mancha (BOCG 11/04/2008) (65)
Clasificación competencias	<p>Artículos 110 a 112</p> <p><i>Exclusivas:</i> potestad legislativa, potestad reglamentaria y función ejecutiva, en su integridad.</p> <p><i>Compartidas:</i> potestad legislativa, potestad reglamentaria y función ejecutiva en el marco de las bases que fije el Estado como principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución ("CE") y el Estatuto.</p> <p><i>Ejecutivas:</i> potestad reglamentaria, función ejecutiva y, en general, todas las funciones y actividades que el ordenamiento atribuye a la Administración pública.</p>	<p>Artículo 42</p> <p><i>Exclusivas:</i> vid. Cataluña (artículo 110). Diferencia: se dejan a salvo las competencias atribuidas al Estado por la CE.</p> <p><i>Compartidas:</i> vid. Cataluña (artículo 111). Excepción: sólo en supuestos que se determinen de acuerdo con la CE (no hay referencia al Estatuto).</p> <p><i>Ejecutivas:</i> función ejecutiva (potestad de organización) y, cuando proceda, potestad reglamentaria para la ejecución de las normas del Estado).</p>	<p>Artículos 64 a 66</p> <p>Vid. <i>Cataluña (artículos 110 a 112)</i></p>	<p>Artículos 70 a 77</p> <p><i>Exclusivas:</i> potestad legislativa, reglamentaria y ejecutiva, respetando artículo 149.1 CE.</p> <p><i>Compartidas</i> = desarrollo legislativo y ejecución de legislación básica contenida en normas con rango de ley, excepto en los casos que se determinen de acuerdo con CE.</p> <p><i>Ejecutivas:</i> potestad reglamentaria para organización interna.</p>	<p>Artículos 90 y 91</p> <p><i>Exclusivas:</i> potestad legislativa, reglamentaria y función ejecutiva, sin perjuicio de títulos concurrentes del Estado.</p> <p><i>Compartidas</i> (supuestos en que CE atribuye al Estado competencia para establecer las bases): potestad legislativa, reglamentaria y función ejecutiva.</p> <p><i>Ejecutivas</i> (supuestos en que CE atribuye al Estado la legislación de una materia); potestad reglamentaria para ejecución de normas estatales y organización interna.</p>

(61) Aprobado por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio.

(62) Aprobado por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo.

(63) Retirado. BOCG. Congreso de los Diputados, núm. B-261-17, de 15 de enero de 2008.

(64) Aprobado por la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril.

(65) Texto presentado al Congreso. Estado actual de la tramitación: Pleno del Congreso. Debate de totalidad.

LAS REFORMAS ESTATUTARIAS EN MATERIA DE ORDENACIÓN DEL CRÉDITO

	Cataluña (BOE 20/07/2006) (61)	Andalucía (BOE 20/03/2007) (62)	Canarias (BOCG 22/09/2006) (63)	Aragón (BOE 23/04/2007) (64)	Castilla-La Mancha (BOCG 11/04/2008) (65)
Cajas de ahorro	<p>Artículo 120</p> <p>Competencias exclusivas en materia de organización de cajas de ahorro domiciliadas en Cataluña, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.11.ª y 13.ª de la CE.</p> <p>Competencias compartidas en materia de:</p> <ul style="list-style-type: none"> — Actividad financiera, de acuerdo con los principios, reglas y estándares mínimos que establezcan las bases estatales. — Seguimiento del proceso de emisión y distribución de cuotas participativas, exceptuando los aspectos relativos al régimen de ofertas públicas de venta o suscripción de valores y admisión a negociación, a la estabilidad financiera y a la solvencia. — Disciplina, inspección y sanción. — Colaboración, de acuerdo con lo establecido en la legislación estatal, en las actividades de inspección y sanción del Ministerio de Economía y Hacienda y del Banco de España sobre cajas de ahorro domiciliadas en Cataluña. 	<p>Artículo 75 (apartados 1 a 4) <i>Vid.</i> Cataluña (artículo 120)</p> <p><i>Nota:</i> régimen aplicable también a cooperativas de crédito.</p>	<p>Artículo 100 <i>Vid.</i> Cataluña (artículo 120)</p> <p>Artículo 101</p> <p>Competencia compartida: estructura, organización y funcionamiento de cajas con establecimientos permanentes en Canarias pero que no tengan su sede social en las islas, de acuerdo con los principios, reglas y estándares mínimos fijados en las bases estatales.</p>	<p>Artículo 71.33.ª</p> <p>Competencias exclusivas, en el marco de la ordenación general de la economía.</p> <p><i>Nota:</i> régimen aplicable también a instituciones de crédito cooperativo, público y territorial.</p>	<p>Artículo 119 (apartados 1 a 4) Copia literal artículo 75.1 a 4 Estatuto andaluz <i>Vid.</i> Cataluña (artículo 120)</p> <p><i>Nota:</i> régimen aplicable también a cooperativas de crédito.</p>

Resto entidades de crédito	<p>Cataluña (BOE 20/07/2006)</p> <p>Artículo 126</p> <p><i>Competencias compartidas en materia de:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> — Estructura, organización y funcionamiento de las entidades de crédito distintas de las cajas de ahorro (se incluye expresamente a las cooperativas de crédito), de acuerdo con los principios, reglas y estándares mínimos fijados en las bases estatales. — Actividad financiera (incluyendo los actos de ejecución reglados que le atribuya la legislación estatal). — Disciplina, inspección y sanción de estas entidades. 	<p>Andalucía (BOE 20/03/2007)</p> <p>Artículo 75.5 y 7</p> <p>Desarrollo legislativo y ejecución (?) en materia de ordenación del crédito, banca y seguros, en el marco de las bases del Estado.</p> <p>Competencia <i>compartida</i> sobre estructura, organización, funcionamiento y actividad de entidades de crédito distintas de las cajas de ahorros y cooperativas de crédito.</p>	<p>Canarias (BOCG 22/09/2006)</p> <p>Artículo 101</p> <p>Vid. Cataluña (artículo 126)</p>	<p>Aragón (BOE 23/04/2007)</p> <p>Artículo 75.9.^a</p> <p>Competencias <i>compartidas</i></p>	<p>Castilla-La Mancha (BOCG 11/04/2008)</p> <p>Artículo 119.5 y 7</p> <p>Copia literal artículo 75.5 y 7</p> <p>Estatuto andaluz</p>
Otros	<p>-----</p>	<p>Artículo 42.1 y 4</p> <p>El ejercicio de las competencias exclusivas, compartidas y ejecutivas de la Comunidad Autónoma se realizará respetando lo dispuesto en la CE y en el Estatuto.</p> <p>La Comunidad podrá ejercer competencias de inspección y sanción en materias de competencia estatal, en los términos que se establezcan en convenio con el Estado.</p>	<p>-----</p>	<p>Artículo 70</p> <p>El ejercicio de las competencias exclusivas, compartidas y ejecutivas de la Comunidad Autónoma se realizará respetando lo dispuesto en la CE y en el Estatuto.</p>	<p>Artículo 96</p> <p>Materias y ámbito competencial de la Comunidad Autónoma deben entenderse asumidas en la máxima extensión posible dentro de los límites derivados de la jurisprudencia del TC que resulte de la interpretación del bloque de constitucionalidad.</p>

II. BLOQUE II: Estatutos con clasificación tradicional de competencias

	Valencia (BOE 11/04/2006) ⁽⁶⁶⁾	Baleares (BOE 01/03/2007) ⁽⁶⁷⁾	Castilla y León (BOE 01/12/2007) ⁽⁶⁸⁾
Clasificación competencias	Sin artículo específico Articulado distingue entre: (i) <i>exclusivas</i> , (ii) <i>de desarrollo</i> y <i>ejecución</i> , y (iii) <i>ejecutivas</i> . Nota: el Estatuto no define el alcance de cada una de esas competencias. Ese alcance se encuentra definido por el TC.	Artículos 84 y 85 Exclusivas: potestad legislativa, sin perjuicio de competencias del Estado, y función ejecutiva, incluidas potestad reglamentaria, inspección y fomento. Desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado. Ejecutivas: incluye potestad reglamentaria, cuando sea necesaria para ejecución de la legislación del Estado.	Artículos 70, 71 y 76 Exclusivas: potestad legislativa, reglamentaria y función ejecutiva, incluida inspección. Desarrollo legislativo y ejecución: comprenden, salvo norma en contrario, potestad reglamentaria, gestión y función ejecutiva, incluida inspección. Ejecutivas: sin alcance definido.
Cajas de ahorro	Artículo 49.34. ^a Competencias <i>exclusivas</i> , de acuerdo con lo dispuesto en la legislación básica del Estado. Nota: régimen aplicable también a instituciones de crédito cooperativo, público y territorial.	Artículo 30.41. ^a Competencias <i>exclusivas</i> , respetando lo dispuesto por el Estado en el ejercicio de las competencias que le atribuyen los artículos 149.1.11 y 149.1.13 CE. Nota: régimen aplicable también a instituciones de crédito cooperativo, público y territorial.	Artículo 70 Competencias <i>exclusivas</i> , en el marco de la ordenación general de la economía y de acuerdo con las disposiciones que en uso de sus facultades dicte el Estado. Todo ello, sin perjuicio de las competencias que pudieran corresponder al Estado en virtud de otros títulos previstos por la Constitución. Nota: régimen aplicable también a instituciones de crédito cooperativo, público y territorial.

⁽⁶⁶⁾ Aprobado por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril.

⁽⁶⁷⁾ Aprobado por la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero.

⁽⁶⁸⁾ Aprobado por la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre.

	<p>Valencia (BOE 11/04/2006) ⁽⁶⁶⁾</p> <p>Artículo 50.4.^a</p> <p>Competencias de <i>desarrollo legislativo</i> y <i>ejecución</i>, en el marco de la legislación básica del Estado.</p>	<p>Baleares (BOE 01/03/2007) ⁽⁶⁷⁾</p> <p>Artículo 32.13.^a</p> <p>Competencias <i>ejecutivas</i>, en los términos que establezcan las leyes y normas reglamentarias que, en desarrollo de su legislación, dicte el Estado.</p>	<p>Castilla y León (BOE 01/12/2007) ⁽⁶⁸⁾</p> <p>Artículo 71</p> <p>Competencias de <i>desarrollo legislativo</i> y <i>ejecución</i>, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que ésta establezca.</p>
<p>Resto entidades de crédito</p>	<p>DA 2.^a 1</p> <p>Cualquier modificación de la legislación del Estado que, con carácter general y en el ámbito nacional, implique una ampliación de las competencias de las CC.AA. será aplicable a la Comunidad Valenciana, considerándose ampliadas en esos mismos términos sus competencias.</p>	<p>Artículo 37 y DA 3.^a 3</p> <p>El ejercicio de todas las competencias de la Comunidad Autónoma se realizará de acuerdo con los términos que dispone la CE. Se faculta al Parlamento autonómico para crear instituciones de crédito propias, como instrumentos de colaboración en la política económica de la Comunidad autónoma.</p>	<p>Artículo 79.3</p> <p>Obligación de las Cortes y de la Junta de Castilla y León de velar por que el nivel de autogobierno establecido en el Estatuto sea actualizado en términos de igualdad respecto de las demás CC.AA.</p> <p>Artículo 80</p> <p>Competencias autonómicas sobre instituciones de crédito y ahorro, EFC y resto de entidades e instituciones del sistema financiero autonómico, deberá realizarse en coordinación con las políticas del Estado (...).</p>
<p>Otros</p>			

JURISPRUDENCIA

INADMISIÓN DE LA IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO DE FUSIÓN POR ABSORCIÓN DE TERRA POR TELEFÓNICA, POR INCUMPLIMIENTO DEL REAL DECRETO 1197/1991, SOBRE OPA

(SAP Barcelona 127/2008, de 7 de abril) ⁽¹⁾

DRA. MARÍA ROSA TAPIA SÁNCHEZ

*Profesora Titular I. de Derecho Mercantil
Universidad Rey Juan Carlos*

RESUMEN

El trabajo aborda si, además de los requisitos señalados en la LSA para la validez de un acuerdo de fusión por absorción de sociedades anónimas, es necesaria la formulación de una OPA con carácter previo a la fusión. El punto de partida se encuentra en la posible equiparación legal del acuerdo de fusión con el acuerdo de modificación de estatutos sociales, a los efectos de extender la obligación de efectuar la OPA que regula el artículo 5 del citado Real Decreto 1197/1991 de OPA al supuesto de fusión. El estudio pretende no sólo aportar un criterio valorativo sobre la correcta aplicación del marco legal de la OPA al supuesto de hecho planteado en la demanda, sino que además nos lleva a cuestionar si, desde un plano más teórico o de justicia legal, la sociedad que pretende fusionarse se encuentra en una situación equivalente, respecto de sus accionistas, a las que dan lugar al régimen de carga de formular la OPA, como ocurre en el caso de la OPA de modificación de estatutos.

Palabras clave: *fusión por absorción, modificación de estatutos sociales, extinción de la sociedad, obligación de formular OPA, impugnación de acuerdos sociales, fraude de ley.*

ABSTRACT

The paper addresses whether, in addition to the requirements outlined in the LSA for the validity of an agreement of merger by absorption of corporations, it is necessary to formulate a takeover bid prior to the merger. The starting point is at the possible legal equality of the merger agreement with the agreement to amend articles of association for the purpose of extending the obligation to make the bid, which regulates the artículo 5 of Real Decreto 1197/1991 takeover of the purported merger. The study aims to provide not only a value on the correct application of the legal framework of the alleged takeover of fact raised in the complaint, but it also leads us to question whether, from a more theoretical or legal justice, the society seeks to merge is in a similar position, with respect to its shareholders, which give rise to the system of burden of making the takeover bid, as in the case of the tender offer to amend statutes.

Key words: *Merger by absorption, modification of Articles of Association; extinction of society, to make takeover bid, challenge of corporate, fraud law.*

⁽¹⁾ Ponente: Excmo. Sr. D. Jordi-Lluís Forgas I Folch.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

La sentencia de primera instancia que desestimó la demanda deducida por Asociación Mundial de Accionistas de Terra Networks SA y Julián de Fabián López en la que se impugnaba el acuerdo quinto adoptado por la junta general de Terra Networks SA (Terra), celebrada el día 2 de junio de 2005, por el que se aprobó por un 99% de los accionistas la fusión por absorción de la citada sociedad Terra por Telefónica, SA, es recurrido en esta alzada por las citadas demandantes. Según los actores el acuerdo de aprobación de la fusión adoptado por la citada junta de Terra sería nulo por contravenir directamente los artículos 60 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores y 5 del Real Decreto 1197/1991 sobre Régimen Jurídico de las Ofertas de Adquisición de Acciones.

En su escrito de demanda señalaron los actores que la fusión de dos sociedades equivaldría a la modificación de los estatutos de la sociedad absorbida. En este sentido manifestaron que la fusión modifica todos y cada uno de los artículos de los estatutos de la sociedad absorbida por sustitución de los de la sociedad absorbente. Es por ello que resultarían de aplicación los citados artículos que regulan la obligación de formular una OPA en casos de modificación de estatutos de una sociedad cotizada. Así al no haber emitido Telefónica una OPA por el 100% de las acciones de Terra con carácter previo a la fusión es por lo que, tal omisión supondría un incumplimiento de lo establecido en el artículo 60 de la LMV y 5 del citado Reglamento. Es de remarcar que la sociedad Terra Networks SA empezó a cotizar en Bolsa en el año 1999 por lo que le resultaría de aplicación los dichos preceptos.

El recurso de apelación debe ser rechazado. Efectivamente no cabe equiparar el acuerdo de fusión con otro de modificación de estatutos sociales. No sólo desde una perspectiva sistemática (el TRLSA trata cada una de dicha figuras jurídicas en capítulos diferentes pues, de un lado, la modificación estatutaria se aborda en el Capítulo VI mientras que las operaciones de transformación, escisión y de fusión se regulan en el Capítulo VIII, siendo de remarcar que en la regulación de la fusión no se establece especialidad alguna en cuanto al supuesto de sociedades cotizadas en Bolsa), ni formal (pues las formalidades para cada una de esas operaciones jurídicas establecidas en unos y otros preceptos del TRLSA son distintas y obedecen a las diferentes finalidades que cada una de ellas persigue por separado) no se desprende aquella equiparación sino que, y lo que es más importante, desde un punto de vista material tampoco cabe establecer la interrelación entre ambas que pretende la parte apelante. La fusión por absorción resulta ser un supuesto específico de reestructuración que conlleva la extinción de una de las sociedades implicadas en la operación. Diversamente, la modificación de los estatutos sociales afecta y se prevé necesariamente para el caso de una sociedad en funcionamiento. Además la modificación estatutaria se produciría, en su caso y contrariamente a lo que sostienen los apelantes, en la sociedad absorbente. En la sociedad absorbida no se contempla modificación estatutaria alguna pues el efecto de la fusión lleva a su extinción y el consiguiente reflejo registral de la cancelación de asientos (artículo 233 del RRM).

Amén de no haber querido el legislador extender la obligación de efectuar la OPA que regula el artículo 5 del citado Reglamento a otros supuestos que los que se contem-

plan en el mismo (como es de ver en la falta de modificación del precepto tras la reciente reforma operada del citado reglamento por el Real Decreto 432/2003, de 11 de abril), y de no poderse extender los efectos del artículo a otros supuestos que los que en el mismo se contemplan al vincularse a determinada obligación legal, vedándose así cualquier interpretación analógica del mismo, lo cierto es que la modalidad de OPA obligatoria que establece el citado artículo 5 implica que la modificación estatutaria debe producirse en la propia sociedad cuyas acciones serán objeto de una previa OPA e inexorablemente ello supone que esta sociedad pervivirá al acuerdo, lo que indefectiblemente no ocurre en el supuesto de autos de fusión por absorción. Por ello no puede acogerse la fundamentación de los actores sobre la que descansa ineludiblemente su pretensión.

No debe olvidarse tampoco que la Comisión Nacional de Valores, en su papel de tutela como órgano regulador, entendió no aplicable el citado artículo 5 del Real Decreto 1197/1991 a la fusión llevada a cabo entre Terra y Telefónica. Del mismo modo, en nuestra sentencia de 2 de junio de 2004 ya señalamos, *obiter dicta*, la no necesidad de realización de una OPA en un supuesto de fusión por absorción de sociedades cotizadas en Bolsa, innecesariedad que ya había sido puesta de manifiesto por la propia CNMV en el expediente seguido por la misma en aquella operación.

Es por todo ello que debe rechazarse no sólo las alegaciones que sustentaban en la demanda la referida impugnación sino también (y no sólo por extemporáneas —*pendente appellatione nihil innovetur*—) las alegaciones de la recurrente esgrimidas por primera vez en su recurso de apelación, tales como: *la salida a Bolsa de Terra en el año 1999 como supuesta causa de la impugnación; la OPA de Telefónica sobre Terra en el año 2003 como hecho perjudicial para ésta; las graves incoherencias legales e irregularidades en relación a la junta impugnada* y, por último, *fraude de ley que supone la operación de fusión* invocado en el recurso de apelación. Las dos primeras han de ser desestimadas por cuanto no se ha acreditado que las mismas guarden relación directa alguna con la pretensión esgrimida, y por lo que hace a la tercera también merece ser desestimada, pues aparte de su falta de especificidad (f. 506), la misma no guarda relación con lo expuesto en el escrito de la demanda. Deteniéndonos en el fraude de ley, éste lo articuló la parte apelante señalando que por medio de la operación de fusión se acudía a un mecanismo (norma de amparo) para, eludiendo la vía de la Oferta Pública de Adquisición de acciones (norma defraudada representada en este caso por el citado artículo 5 del Real Decreto 1197/1991, de 26 de julio) se excluía de la negociación en Bolsa de los títulos, lo que supondría un resultado no querido por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, y tal y como ya hemos dejado indicado, esa alegación no merece ser tenida en consideración pues, como hemos señalado, no resulta de aplicación la norma defraudada que alega la recurrente por lo que ningún fraude de ley puede esgrimirse al respecto. Todo lo anterior lleva al rechazo del recurso interpuesto.

Se imponen a la parte apelante las costas devengadas en esta alzada (artículo 398 de la LEC).

SUMARIO

- I. RELEVANCIA DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA NÚM. 127/2008, DE 7 DE ABRIL.
 - II VALIDEZ O NULIDAD DEL ACUERDO DE FUSIÓN POR ABSORCIÓN.
 - III. LA FALTA DE EQUIVALENCIA LEGAL ENTRE EL SUPUESTO DE FUSIÓN Y EL DE MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS.
 - IV. EL PAPEL DE LA CNMV EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FUSIÓN POR ABSORCIÓN.
 - V. PERSPECTIVA DEL SUPUESTO DE HECHO DESDE EL DERECHO VIGENTE A PARTIR DE 2007: EL REAL DECRETO 1066/2007 SOBRE OPAS.
 - VI. REFLEXIÓN FINAL.
-

- I. RELEVANCIA DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA NÚM. 127/2008, DE 7 DE ABRIL

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona núm. 127/2008, de 7 de abril, resuelve un recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado Mercantil número Uno de Barcelona, de 14 de julio de 2006, desestimando la demanda. A través de dicha demanda se impugnaba el acuerdo quinto adoptado por la junta general de TERRA NETWORKS SA, por el que se aprobó la fusión por absorción de la citada sociedad TERRA, SA por TELEFÓNICA, SA, por contravenir directamente los artículos 60 de la LMV y artículo 5 del Real Decreto 1197/1991 sobre OPA. Los fundamentos jurídicos en los que se apoya dicha sentencia se basan, principalmente, en la imposibilidad de equiparación legal del acuerdo de fusión con el acuerdo de modificación de estatutos sociales, a los efectos de extender la obligación de efectuar la OPA que regula el artículo 5 del citado Real Decreto 1197/1991 al supuesto de fusión de sociedades (Fundamentos de derecho tercero y cuarto).

El presente comentario jurisprudencial persigue un doble objetivo. Por un lado, el de aportar un criterio valorativo sobre la correcta aplicación del marco legal (artículo 60 de la LMV y Real Decreto 1197/1991 sobre OPA) al supuesto de hecho planteado en la demanda. En este sentido, hemos de adelantar que la sentencia acierta, tanto en su decisión desestimatoria de la demanda, como en los fundamentos jurídicos que la apoyan, ajustándose a dicho marco legal. De otro lado, el supuesto de hecho que trata la sentencia nos lleva a cuestionarnos si, quizá en un plano más teórico y al margen del concreto marco legal en el que se desenvuelve el supuesto, la sociedad que pretende fusionarse se encuentra en una situación equivalente, respecto de sus accionistas, a las que dan lugar al régimen de carga de formular la OPA, como es el caso de la OPA de modificación de estatutos. Este régimen de carga de formulación de la OPA con oca-

sión de la fusión de dos sociedades vendría motivado por un hipotético derecho de separación, del cual el inversor demandante sería merecedor, al igual que ocurre en los supuestos de modificación de estatutos.

No obstante, ha de tenerse en cuenta también la potestad atribuida a la CNMV de poder eximir del deber de formular la OPA en determinados supuestos; por lo que desde el punto de vista de su comentario doctrinal, el examen necesitaría más información acerca de los hechos enunciados en el Fundamento de Derecho quinto, principalmente respecto de la opinión de la CNMV sobre la inaplicabilidad del artículo 5, expresada en el expediente seguido por ésta en aquella operación ⁽²⁾. De aquí el marco limitado del comentario, que sobre este punto se realiza seguidamente.

II. VALIDEZ O NULIDAD DEL ACUERDO DE FUSIÓN POR ABSORCIÓN

De los hechos expuestos en el Fundamento primero se deduce que el objeto de la demanda interpuesta por los demandantes —Asociación Mundial de Accionistas de TERRA NETWORKS SA y Julián de Fabián López— fue la impugnación del acuerdo quinto adoptado por la junta general de TERRA NETWORKS SA (TERRA), celebrada el día 2 de junio de 2005, por el que se aprobó por un 99% de los accionistas la fusión por absorción de la citada sociedad TERRA por TELEFÓNICA, SA. Según los demandantes, el acuerdo de aprobación de la fusión adoptado por la junta de TERRA sería nulo, por incumplir directamente los artículos 60 de la Ley del Mercado de Valores y 5 del Real Decreto 1997/1991 sobre OPA. Dichos preceptos obligan a la presentación de una OPA con carácter previo a la adquisición de un volumen de acciones admitidas a negociación en una Bolsa que represente más del 50% de votos de la sociedad emisora, cuando la adquisición vaya a ser realizada con la finalidad de modificar los estatutos de dicha sociedad. Con ello, están argumentando los demandantes que la presentación de una OPA previa constituye, en el supuesto de fusión referido, un requisito de validez del propio acuerdo de fusión por absorción, conforme a la normativa vigente en el momento de adoptarse por la junta general de TERRA, cuestión que resulta fundamental a los efectos de la valoración jurisprudencial del supuesto planteado.

Sin embargo, el problema que encuentran los demandantes para fundamentar su pretensión es que la ley (artículos 60 de la LMV y 5 del Real Decreto 1997/1991 sobre OPA) no determina expresamente que exista obligación de formular una OPA con carácter previo a la adopción del acuerdo de fusión, conectando únicamente dicha obligación al supuesto de modificación de estatutos. Por lo tanto, para entender que la obligación de formular OPA es también exigible en los procedimientos de fusión, se requiere de una extensión analógica de la norma que permita atribuir al procedimiento de fusión la consideración legal de modificación estatutaria, lo que permitiría extender la obligación de formular una OPA, prevista en el artículo 5 del Real Decreto 1997/1991, al procedimiento de fusión. Veamos si ello es posible conforme al marco legal vigente en el momento de adoptarse el acuerdo de fusión de TELEFÓNICA y TERRA.

(2) Expediente no accesible a través de la web de la CNMV.

Debemos comenzar nuestro análisis teniendo en cuenta que, tanto la fusión como la OPA son mecanismos de concentración empresarial y de integración de patrimonios, pero que persiguen intereses distintos, teniendo cada uno de ellos su propia finalidad y unos instrumentos propios para alcanzar este fin. Por este motivo, consideramos que, el hecho de que se siga uno de estos procedimientos de concentración empresarial —en este caso la fusión por absorción— no excluye que también se pueda reclamar la aplicación del otro —obligación de formular OPA— cuando confluyan intereses que así lo justifiquen. Cuando se procede a la agrupación de empresas a través de la fusión, no resultaría, por lo tanto, redundante el exigir el régimen de la OPA obligatoria, ya que ambos procedimientos protegen distintos intereses con distintos instrumentos⁽³⁾.

Por lo que se refiere al procedimiento de fusión de sociedades, éste se caracteriza por ser un *acto de naturaleza corporativa o social*, cuya finalidad es la de facilitar los fenómenos de concentración empresarial⁽⁴⁾. De ahí que todo el régimen jurídico de la fusión, contenido en el Derecho de Sociedades, vaya encaminado a garantizar a los accionistas el ofrecimiento de la información suficiente y necesaria en el momento en que éstos deben decidir sobre la fusión en junta general. La LSA reviste al procedimiento de fusión de una serie de garantías informativas que describen los artículos 233 y siguientes (proyecto de fusión, informe de los administradores, informe de expertos independientes, publicidad de la convocatoria de la junta y del acuerdo...) con el objeto de tutelar el interés de los accionistas de obtener toda la información necesaria para decidir en la junta; a la vez que intenta garantizar la igualdad en la continuidad del valor patrimonial para cada accionista por medio de la relación de canje establecida⁽⁵⁾. En cumplimiento de estas garantías, el 23 de febrero de 2005, los miembros de los Consejos de administración de TELEFÓNICA y TERRA suscriben un “proyecto de

(3) No obstante, la doctrina no es unánime en este sentido. A favor de esta consideración se muestra GARCÍA DE ENTERRÍA, *La opa obligatoria*, Madrid, 1996, pp. 152 y ss. TAPIA HERMIDA, A.J., *Fusiones y OPAs transfronterizas*, Navarra, 2007, pp. 23 y ss. También anteriormente GARCÍA PITA Y LASTRES, “Oferta pública de adquisición y procesos de fusión de sociedades en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *RDBB*, núm. 41, 1991, pp. 147 y ss. En contra, la doctrina citada por SALA I ANDRÉS, A.M., quien considera que “cuando se procede a la unión de empresas a través de la fusión es redundante exigir el régimen de la OPA obligatoria, ya que ambos procedimientos protegen los mismos intereses por medio de los mismos medios”, *Las OPAs obligatorias y ordinarias*, Barcelona, 2000, pp. 232 y ss.

(4) Y sólo si se configura la fusión como un acto corporativo cobra sentido el cúmulo de complejos efectos que desencadena (disolución, traspaso en bloque de los patrimonios, reasociación de los accionistas...). Para GARCÍA-PITA Y LASTRES, no obstante, la fusión es una institución jurídica que puede ser considerada —cuando menos— desde una doble óptica. Por una parte, desde el punto de vista del Derecho de las concentraciones empresariales y los grupos de sociedades. Por otra, desde la óptica del régimen de las modificaciones estatutarias y los procesos de extinción de las sociedades. Por este motivo, se hace preciso delimitar la noción de la fusión, dentro de esos dos ámbitos jurídicos, donde convive con instituciones jurídicas diferentes. “Oferta pública...” *op. cit.*, pp. 156 y ss.

(5) Sobre el análisis y caracterización del proyecto de fusión y demás informes exigidos en el procedimiento de fusión puede verse, LARGO GIL, R., *La fusión de sociedades mercantiles. Fase preliminar, proyecto de fusión e informes*, Madrid, 2000, pp. 261 y ss.

fusión”, a los efectos de lo previsto en los artículos 234, 235 y concordantes de la LSA. Dicho “proyecto” es aprobado por las juntas generales de ambas sociedades participantes en la fusión el día 2 de junio de 2004; es decir, dentro del plazo, que establece la ley, de los seis meses siguientes a la fecha en que fue suscrito.

Por lo que se refiere al contenido del “proyecto de fusión”⁽⁶⁾, éste se ajusta a las exigencias y menciones mínimas que determina el artículo 235 de la LSA y artículo 228 del RRM. No obstante, entre las alegaciones de la recurrente en primera instancia figuraban las que ésta calificó como graves incoherencias legales e irregularidades en relación a la junta impugnada, que fueron desestimadas por el Tribunal por cuanto no se pudo acreditar que guardasen relación directa alguna con la pretensión esgrimida. Así pues, tanto la sociedad TERRA como TELEFÓNICA cumplieron los requisitos de garantía de la información ofrecida a los accionistas de ambas sociedades, poniendo a su disposición a través de las webs de las respectivas sociedades y la web de la CNMV un conjunto de documentos, además del mencionado “proyecto de fusión”, a saber, el Informe de los administradores de TELEFÓNICA SA (aprobado por su Consejo de Administración el 14 de abril de 2005); el Informe de los administradores de TERRA, SA (aprobado por su Consejo de Administración el 12 de abril de 2005) y el Informe de 12 de abril de 2005 del experto independiente “KPMG Auditores, SL” nombrado por el Registro Mercantil de Madrid el 3 de marzo de 2005. También pudieron consultar los socios las cuentas anuales y el informe de gestión de los tres últimos ejercicios, con el correspondiente informe de los auditores de cuentas, las modificaciones de los estatutos de la sociedad absorbente, los estatutos vigentes de las sociedades que participan en la fusión, así como la identidad de los administradores de las sociedades que se fusionan (artículo 238 de la LSA).

Por otro lado, de acuerdo con lo establecido en la normativa de valores estadounidense, y al encontrarse los valores de TELEFÓNICA, SA y TERRA NETWORKS, SA admitidos a negociación en dicho mercado, TELEFÓNICA, SA, en su condición de sociedad absorbente, presentó con fecha 7 de marzo de 2005 ante la *Securities and Exchange Commission* (SEC) un formulario de registro F-4 en relación con la anunciada operación de fusión por absorción, que se ha sometido a la revisión de este

⁽⁶⁾ Al “Proyecto de fusión de TELEFÓNICA SA y TERRA NETWORKS, SA”, suscrito el 23 de febrero en Madrid por los Consejos de Administración de ambas sociedades, puede accederse a través de la web de la CNMV, mediante la consulta del Hecho Relevante núm. 55725 comunicado a la CNMV el 23 de febrero de 2005. El contenido del mencionado “Proyecto de fusión” se distribuye entre los siguientes apartados, dando cuenta sobrada de lo exigido por el art. 235 de la LSA: 1. Introducción. 1.1. Razones de la fusión. 1.2. Estructura de la operación. 2. Identificación de las entidades participantes en la fusión. 2.1. Telefónica (Sociedad Absorbente). 2.2. Terra (Sociedad Absorbida). 3. Tipo de canje de la fusión. 4. Balances de fusión. 5. Procedimiento de Canje de las acciones. 6. Ampliación de capital en Telefónica. 7. Fecha a partir de la cual las acciones entregadas en canje dan derecho a participar en las ganancias sociales. 8. Dividendos. 9. Fecha de efectos contables de la fusión. 10. Derechos especiales. 11. Ventajas atribuidas a los administradores y expertos independientes. 12. Régimen fiscal. 13. Modificaciones estatutarias. 14. Nombramiento de experto independiente. 15. Autorizaciones administrativas.

organismo⁽⁷⁾. En definitiva, según se desprende de los documentos examinados y las alegaciones de las partes, ambas sociedades dieron estricto cumplimiento de los requisitos informativos exigidos por la LSA (artículos 233 y ss.) y la normativa estadounidense del mercado de valores en los procedimientos de fusión, permitiendo a los accionistas acceder a una amplia información en cuanto al tipo de canje y demás contenido del proyecto de fusión, con la posibilidad de decidir, por medio de junta, sobre su realización.

Sin embargo, nuestra Ley de Sociedades Anónimas de 1989 ha optado por *no reconocer un derecho de separación* de los accionistas en caso de fusión⁽⁸⁾, considerando suficiente garantía para los socios el cumplimiento de las obligaciones informativas⁽⁹⁾. En los supuestos en los que se admite un derecho de separación del socio, lo que se protege es el interés del accionista a no seguir siéndolo, después de que se haya modificado profundamente el contenido del contrato fundacional, cuando dicho socio no estuviera de acuerdo con la modificación realizada. Posiblemente, el legislador de la LSA de 1989 consideró que tal derecho de separación hubiese otorgado una prevalencia a los intereses individuales del socio en contra de los intereses de la sociedad, y por este motivo era preferible suprimirlo. En concreto, el derecho de separación hubiera ido en detrimento del interés de mantener la integridad patrimonial de la sociedad a través de la no restitución de sus aportaciones a los accionistas. Por este motivo, el derecho de separación se contempla en la Sociedad Anónima como una institución de aplicación excepcional, en favor de otras técnicas que también posibilitan el abandono de la sociedad por el socio, como es la enajenación de las acciones representativas de

(7) El Formulario F-4 presentado, de acuerdo con los requisitos establecidos en la normativa del mercado de valores en los Estados Unidos, tiene establecido el siguiente índice de apartados: a) Factores de riesgo específicos en relación a la fusión. b) Descripción de la fusión (tratamiento contable de la operación, descripción de las relaciones entre TELEFÓNICA y TERRA, comparativa de precio de las acciones, etc...). c) Información sobre las juntas generales de accionistas de ambas sociedades y el derecho de voto. d) Derechos de los accionistas; e) Información de carácter financiero sobre TELEFÓNICA. f) Información de carácter financiero sobre TERRA. g) Información adicional para los accionistas. Puede consultarse en la web.

(8) Por el contrario, la LSA de 1951 sí que reconocía al socio disidente un “derecho de separación” de la sociedad, que constituía una clara excepción en el régimen jurídico de un tipo social —el de la Sociedad Anónima— en el que no se admitían fácilmente supuestos de disolución parcial, al contrario de lo previsto para las sociedades personalistas. Como consecuencia de aquella excepción, —arts. 135 y 144 de la LSA de 1951—, los accionistas disidentes y no asistentes a la junta gozarían de la facultad de abandonar discrecionalmente la sociedad, por considerarse la fusión una modificación importante de los estatutos originarios. En la LSA de 1989 desaparece el derecho de separación de los accionistas en caso de fusión, si bien en el Anteproyecto de Ley de reforma de la LSA se mantenía este derecho con una serie de limitaciones. En el Derecho comparado y en el ámbito de la normativa comunitaria tampoco ha sido reconocido el derecho de separación. Para un mayor detalle, GARCÍA-PITA Y LASTRES, “Oferta pública...”, *op. cit.*, pp. 178 y ss.

(9) Para LARGO GIL, R., la eliminación del derecho de separación del socio en los procedimientos de fusión, sustituyéndolo por un sistema de adecuada información, es el propio de los sistemas más avanzados sobre la fusión de sociedades. En “La información de los accionistas en la fusión de sociedades”, *RDBB*, 1990, núm. 38, p. 285.

la participación social, sin recurrir a la separación y, por lo tanto, sin afectar a la estabilidad del patrimonio social.

Pese al carácter excepcional que tiene el derecho de separación en la LSA, sí que se reconoce este derecho a favor del socio disconforme, en determinados supuestos de modificación de estatutos. Uno de ellos es el cambio de objeto social. Lo que nos lleva a cuestionar si, entre dichos supuestos, podría incluirse el cambio de objeto social que tiene lugar con motivo o consecuencia de un proceso de fusión entre sociedades⁽¹⁰⁾. En este sentido, la sociedad absorbida TERRA SA ha visto modificado su objeto social, que antes de la absorción era la provisión de servicios de Internet, —o más propiamente— lo ha visto ampliado por la fusión con TELEFÓNICA SA por el objeto social de esta última, dedicada al negocio de las telecomunicaciones. Tampoco para estos casos de fusión que implique modificación del objeto social permite la LSA un derecho de separación del socio disidente, por lo que, conforme al carácter restrictivo y excepcional con que se concibe la institución del derecho de separación en nuestro ordenamiento, no nos parece posible su aplicación dentro del marco vigente en 2005.

Ahora bien, el hecho de que nuestro Derecho de Sociedades no haya reconocido un derecho de separación al accionista, en los supuestos de fusión, no significa que no pueda aplicarse el régimen de la OPA obligatoria en el caso de que eventualmente concurren las circunstancias precisas que reclamen su aplicación, pues, como ya hemos anticipado, dicho régimen sirve para dar satisfacción a intereses distintos. A través del régimen de OPAs obligatorias, contenido en la normativa del Mercado de Valores, no se protegen intereses corporativos —como ocurre en la fusión—, sino que lo que se pretende proteger es el buen funcionamiento del Mercado de Valores, asegurando para ello que todos los inversores puedan decidir sobre un cambio de control y vender sus valores en igualdad de condiciones. El régimen jurídico de OPAs obligatorias otorga a los inversores la posibilidad de decidir de forma individual la venta de sus acciones en condiciones de igualdad. De esta manera, el hecho de que, en una sociedad que se pretende fusionar, se haya garantizado el principio de igualdad informativa entre los socios a través del Derecho de Sociedades, no basta para excluir la protección de otros intereses extrasocietarios mediante el instrumento de la OPA⁽¹¹⁾.

El inconveniente que nos encontramos para aplicar este régimen jurídico es que el Real Decreto 1197/1991 no reclama expresamente la obligación de formular OPA para todos los supuestos de fusión de sociedades. El artículo 3 del Real Decreto 1197/1991 conecta la obligación de formular una OPA sólo a los supuestos de adquisición indirecta de una participación significativa por medio de una fusión. Sería el supuesto en que se produce la fusión de una sociedad con otra que tiene una participación significativa, directa o indirecta, en el capital social de una tercera cuyas acciones están admitidas a negociación y, como efecto de esta fusión, la sociedad resultante pasa a controlar esa tercera sociedad. Se trata, por lo tanto, de una adquisición onerosa indirecta de acciones de una Sociedad cotizada. Es necesario además que, como consecuencia de la

(10) GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., “Oferta pública...”, *op. cit.*, p. 180.

(11) SALA I ANDRÉS, *op. cit.* pp. 231 y ss.

fusión o toma de control, se vayan a alcanzar o superar los límites previstos en el artículo 1 del Real Decreto⁽¹²⁾.

Sólo si se considerase que el procedimiento de fusión se realiza, no con el ánimo de fusionar dos sociedades, sino con el deseo de defraudar, intentando evitar el régimen sobre OPAs obligatorias, debería considerarse que es una toma de control intencionada y obligarse a formular una OPA de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 del Real Decreto 1197/1991. No parece que en el supuesto de hecho contemplado por la sentencia pueda apreciarse la existencia de fraude de ley, si se tienen por ciertas las “razones de la fusión” de tipo industrial o empresarial, presentadas en el “proyecto de fusión” de TELEFÓNICA SA y TERRA SA⁽¹³⁾. Es posible que éste sea el motivo que haya llevado a la Audiencia Provincial —ya que no se especifica en la sentencia, en su Fundamento de Derecho quinto— a rechazar las alegaciones de la recurrente esgrimidas por primera vez en su recurso de apelación, basadas en el fraude de ley que supondría la operación de fusión⁽¹⁴⁾.

Por el contrario, el Real Decreto 1997/1991 sí que conecta expresamente la obligación de formular una OPA a las modificaciones estatutarias, aunque el artículo 5 del Real Decreto condiciona la obligación de formular OPA a la concurrencia de determinadas circunstancias: a) que se pretendan modificar los estatutos, lo que se deduce

(12) Un análisis sobre las características de este tipo de toma de control, así como de las consecuencias legales atribuidas por el Real Decreto 1197/1991, puede verse en ZURITA Y SÁENZ DE NAVARRETE, “Artículo 3. Adquisiciones indirectas o sobrevenidas de una participación significativa”, en *Régimen Jurídico de las Ofertas públicas de adquisición (OPAs), Comentario sistemático del Real Decreto 1197/1991* (dirigido por Fernando Sánchez Calero), Madrid, 1993, vol. I, pp. 75 y ss. y la bibliografía allí citada.

(13) Así, como razones de la fusión de las sociedades TELEFÓNICA y TERRA, se señalan en el Proyecto de fusión de 23 de febrero de 2005 la de tipo industrial o empresarial, consistente en el ofrecimiento al público de un nuevo modelo en el campo de las telecomunicaciones, basado en la integración operativa de los negocios de Telefonía e Internet. Con esta finalidad se pretende desarrollar la tecnología de banda ancha aplicada al acceso a Internet, que ha terminado borrando la línea de separación tradicional entre los mencionados negocios. La irrupción de la tecnología de banda ancha ha propiciado una nueva dinámica del mercado de oferta con la que sólo es posible sintonizar a partir de la plena imbricación entre las funciones de red y de prestación de servicios o, si se prefiere, de la gestión integrada de las capas de conectividad, acceso y servicios. En este escenario, los proveedores de acceso a Internet necesitan convertirse en operadores de comunicaciones para poder competir en el mercado. Y para ello, o bien invierten en infraestructura de red (lo que puede comprometer su viabilidad dado el tiempo de maduración de la inversión y el elevado capital que se necesita para afrontarla) o bien se integran plenamente con operadores de red, que cuentan ya con la infraestructura y las capacidades técnicas y humanas precisas. Parece que con esta segunda línea se conectan las razones de la fusión de las mencionadas sociedades.

(14) El Fundamento de Derecho quinto de la referida sentencia señala que “deteniéndonos en el fraude de ley, éste lo articuló la parte apelante señalando que por medio de la operación de fusión se acudía a un mecanismo (norma de amparo) para, eludiendo la vía de la Oferta Pública de Adquisición de acciones (norma defraudada representada en este caso por el citado art. 5 del Real Decreto 1197/1991, de 26 de julio) se excluía de la negociación en Bolsa de los títulos, lo que supondría un resultado no querido por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, y tal y como ya hemos dejado señalado, no resulta de aplicación la norma defraudada que alega la recurrente, por lo que ningún fraude de ley puede esgrimirse al respecto”.

siempre que el órgano de administración de la sociedad acuerde someter a la junta general una propuesta de modificación; b) ser titular de acciones que representen más del 50% de los derechos de voto de una sociedad admitida a negociación en Bolsa de Valores; c) que sea la primera modificación desde que se hubiese adquirido o recuperado el porcentaje de más del 50%. En consecuencia, únicamente cabría entender que la OPA obligatoria constituye un requisito de validez en la fusión por extensión analógica del artículo 5 del Real Decreto, si el procedimiento de fusión constituye a la vez un supuesto de modificación de estatutos, con los requisitos que marca el artículo 5 del Real Decreto para que surja la obligación de formular la OPA, cuestión a la que dedicamos el apartado siguiente.

III. LA FALTA DE EQUIVALENCIA LEGAL ENTRE EL SUPUESTO DE FUSIÓN Y EL DE MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS

En el escrito de demanda señalan los actores que la fusión de dos sociedades equivaldría a la modificación de los estatutos de la sociedad absorbida, argumentando que la fusión modifica todos y cada uno de los artículos de los estatutos de la sociedad absorbida por sustitución de los de la sociedad absorbente (Fundamento de Derecho segundo). En opinión del Tribunal, este argumento debe ser rechazado, ya que existen razones de índole sistemática, formales y materiales (Fundamento de Derecho tercero), por las que no cabe equiparar el acuerdo de fusión con otro de modificación de estatutos sociales. Conforme a una interpretación estrictamente literal del marco legal en que tiene lugar el supuesto de hecho, entendemos que no cabe equiparación, por cuanto la resolución del Tribunal se ajusta a dicho marco legal. Sin embargo, la observación del supuesto desde un punto de vista finalista o teleológico —o si se prefiere de justicia legal—, nos llevaría a apreciar una equiparación entre ambos supuestos y a dar una respuesta mucho más matizada.

No parece tener mucho peso el argumento sistemático que aporta el Tribunal en orden a la falta de equiparación de ambas figuras. Si bien es verdad que la ley (TRLSA) trata cada una de estas figuras en capítulos diferentes, —pues de un lado, la modificación estatutaria se aborda en el capítulo VI, mientras que las operaciones de transformación, escisión y de fusión se regulan en el VIII—, no puede de este único motivo deducirse una falta de equiparación entre ambas figuras. Tampoco parece del todo correcto el argumento formal por el que asegura el Tribunal que las formalidades para cada una de estas operaciones jurídicas establecidas en la LSA son diferentes y obedecen a distintas finalidades. Por el contrario, creemos que, tanto en el procedimiento de fusión como en las modificaciones estatutarias, la ley persigue la misma finalidad, y ésta es la de asegurar que los accionistas dispongan de una información adecuada y suficiente que les permita participar en el acuerdo de la junta. En la LSA, el acuerdo de fusión es tratado como un verdadero acuerdo de modificación estatutaria, exigiendo para la constitución de la junta el quórum y las mayorías previstas en el artículo 103 de la LSA, si bien en el caso de la fusión la norma se muestra más rigurosa aún en relación a los requisitos de publicidad, exigiendo la publicación del acuerdo de fusión tres veces en el BORME y en dos periódicos de gran circulación en las provincias en las que cada una de las sociedades tengan sus domicilios.

El tercer argumento de carácter material considerado por el Tribunal para negar todo tipo de interrelación entre ambas figuras se centra en el dato de que la fusión por absorción conlleva la extinción de la sociedad absorbida, mientras que la modificación de estatutos está prevista para una sociedad en funcionamiento. Aunque en un sentido estricto este argumento es cierto, hay que tener en cuenta la situación real en que quedan los socios de la sociedad absorbida tras la fusión, ya que la extinción de dicha sociedad no va acompañada de una fase liquidatoria, en la que se proceda a repartir el patrimonio entre los socios, después de haber satisfecho las deudas sociales⁽¹⁵⁾. En consecuencia, los socios mantienen la vinculación social a la actividad bajo una nueva persona jurídica —la sociedad absorbente— que asume los vínculos obligacionales de la sociedad absorbida⁽¹⁶⁾. Ello los sitúa en una situación equivalente a la de los socios que soportan una modificación estatutaria, desde la perspectiva de si merecen o no la protección, a la que da lugar el régimen de carga de formular la OPA⁽¹⁷⁾. Esta necesidad de protección a la que podría darse satisfacción mediante la carga de formular OPA, se acentúa más si cabe en los supuestos en que la fusión supone un cambio o ampliación del objeto social para los socios de la sociedad absorbida.

Y aunque, atendiendo a la funcionalidad de la norma, la fusión constituye una auténtica alteración de los estatutos de las sociedades afectadas e incluso del propio contrato social, consideramos que no es técnicamente posible extender la OPA obligatoria del artículo 5 del Real Decreto 1997/1991 al supuesto de fusión por absorción planteado entre TERRA y TELEFÓNICA, por cuanto sería preciso que existiera una referencia expresa de la ley a los supuestos de fusión. No parece, por tanto, que estemos ante un supuesto de laguna normativa que precise de una aplicación analógica de la norma, sino más bien ante el deseo deliberado del legislador de excluir al procedimiento de fusión de la carga de formular OPA obligatoria. En consecuencia, lleva razón el Tribunal cuando señala que el legislador “no ha querido extender la obliga-

(15) La ausencia de liquidación en los procedimientos de fusión es lo que ha motivado serias dudas entre la doctrina extranjera más antigua (NAVARRINI), que se planteaba el problema de si la fusión produce o no la disolución de las sociedades afectadas. En nuestro Ordenamiento Jurídico, las Leyes de Sociedades Anónimas de 1951 (art. 142) y 1989 (art. 233) coinciden en sentar el criterio de que la ausencia de liquidación no impide que las sociedades queden disueltas, al señalar la “ausencia de una liquidación de aquellas sociedades que por causa del proceso de fusión han quedado disueltas”.

(16) Se ha afirmado por la doctrina que el acuerdo de fusión supone una modificación del acto constitutivo de la sociedad que se fusiona o que es absorbida, ya que actúa sobre el propio vínculo social. De ahí que quepa afirmar, por una parte, que los socios de la sociedad que se fusiona en otra nueva o que es absorbida por otra preexistente dejan de encontrarse vinculados por la relación societaria que originalmente los unía, para la explotación de la empresa social, Y, por otra, se ven comprometidos a una nueva relación de sociedad, en la cual —originariamente— no habían participado. Así, por consecuencia del principio de “sucesión universal”, que impregna los procesos de fusión, y de la unificación de los socios de las entidades afectadas, resulta que estos últimos se ven forzados a participar en el ejercicio de la empresa social original por un sujeto de derecho (un empresario social) ontológicamente distinto de aquel que, en un principio explotaba la referida empresa. GARCÍA-PITA Y LASTRES, “Oferta pública...” *op. cit.*, pp. 155 y ss.

(17) En este sentido, ALBELLA AMIGO, S., “La OPA de modificación de estatutos en el Real Decreto 1197/1991”, *Real DecretoBB*, 1995, núm. 57, p. 71.

ción de formular la OPA que regula el artículo 5 del citado Reglamento a otros supuestos que los que se contemplan en el mismo (como es de ver en la falta de modificación del precepto tras la reciente reforma operada del citado reglamento por el Real Decreto 432/2003, de 11 de abril)", no siendo factible el extender los efectos del referido artículo 5 del Real Decreto a otros supuestos distintos a los contemplados en él.

IV. EL PAPEL DE LA CNMV EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FUSIÓN POR ABSORCIÓN

Entre los fundamentos utilizados por la Audiencia Provincial para desestimar el recurso se encuentra también la decisión de la CNMV de excluir del régimen de OPAs a la fusión de TERRA por TELEFÓNICA, declarada en el expediente seguido por la misma en aquella operación, según se manifiesta en la propia sentencia (Fundamento de Derecho quinto).

En los procedimientos de fusión, el Real Decreto 1197/1991 no atribuye a la CNMV facultad alguna para decidir la exclusión del régimen de OPA. Se trata de adquisiciones indirectas o sobrevenidas de una participación significativa en el capital de una tercera sociedad admitida a negociación, en las que, bien con carácter previo a la fusión o toma de control⁽¹⁸⁾, o bien en el plazo de los seis meses siguientes a la fecha de fusión⁽¹⁹⁾, deberá formularse una OPA con carácter obligatorio y sin que la CNMV pueda decidir la exención de dicha obligación.

Por el contrario, el Real Decreto 1197/1991 atribuye a la CNMV una facultad de dispensa de la obligación de formular una OPA, en el supuesto de OPA de modificación de estatutos, si concurren determinadas circunstancias. El apartado b) del artículo 6 del Real Decreto 1997/1991 menciona, entre los supuestos de modificación estatutaria que quedan excluidos del deber de formular una OPA, "aquellos en los que se trate de modificaciones estatutarias respecto de las cuales la CNMV, en contestación a consulta previa formulada por la Sociedad, haya considerado innecesaria la oferta

(18) Si se tratara de la fusión o toma de control de una sociedad o entidad de mera tenencia de valores, o de una sociedad o entidad en la que los valores de la sociedad afectada constituyan parte esencial del activo, cuya adquisición sea el motivo determinante de la fusión o toma de control, deberá formularse oferta pública de adquisición cuando, como consecuencia de la fusión o toma de control, vaya a alcanzarse en la sociedad afectada cualquiera de los porcentajes de participación señalados en los apartados 3 y 4 y en el párrafo a) del apartado 6 del art. 1. Dicha OPA deberá dirigirse a la totalidad del capital y serán de aplicación las reglas de valoración establecidas en el art. 7.3. Al respecto, ZURITA Y SAENZ DE NAVARRETE, J., "Artículo 3. Adquisiciones indirectas o sobrevenidas de una participación significativa", en *Régimen Jurídico de las Ofertas públicas de adquisición (OPAs). Comentario sistemático del Real Decreto 1197/1991*, vol. I, Madrid, 1993, pp. 75 y ss.

(19) Si se tratara de la fusión o toma de control con una sociedad distinta de las anteriores sólo será obligatorio promover una OPA cuando, como consecuencia de la fusión, se haya alcanzado una participación igual o superior al 50% del capital de la sociedad afectada. La OPA deberá formularse dentro de los seis meses siguientes a la fecha de fusión y realizarse sobre un número de valores que permita al adquirente alcanzar el 100 por 100 del capital de la sociedad afectada. También ZURITA Y SAENZ DE NAVARRETE, J., "Artículo 3. Adquisiciones...", *op. cit.*, pp. 75 y ss.

pública, en relación a la escasa relevancia de las modificaciones estatutarias previstas”. Se trataría de supuestos en los que no concurren circunstancias susceptibles de menoscabar el interés de los accionistas minoritarios. La CNMV goza de cierta potestad discrecional para decidir, pero deberá eximir de la necesidad de formular una OPA cuando, desde un punto de vista objetivo, las modificaciones estatutarias posean una escasa relevancia y no afecten sensiblemente al interés de los accionistas minoritarios⁽²⁰⁾.

Esta excepción constituye un control de tipo preventivo y *ex ante*, que requiere de una previa solicitud a la CNMV por parte de la sociedad afectada. En la fusión de TELEFÓNICA, SA y TERRA, SA, con carácter previo a la adopción del acuerdo de fusión, la sociedad TELEFÓNICA, SA, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 82 de la LMV —sobre la obligación de difundir información relevante al mercado—, comunica a la CNMV el 14 de febrero de 2005, como “Hecho Relevante”, que la Comisión Delegada de TELEFÓNICA, SA ha acordado proponer a TERRA NETWORKS, SA el inicio de negociaciones encaminadas a una posible fusión entre ambas sociedades, habiéndose propuesto, dentro de las bases de la negociación, un tipo de canje que resulta de 2 acciones de TELEFÓNICA, SA, de 1 euro de valor nominal cada una, por 9 acciones de TERRA, SA de 2 euros de valor nominal cada una⁽²¹⁾. Dicha comunicación permitió que la CNMV tomase conocimiento de la operación desde su origen, pudiendo exigir la formulación de la OPA con carácter previo a la fusión, en caso de considerarlo oportuno. Pero, además, las sociedades fusionadas remitieron información a la CNMV de todos los documentos relativos al procedimiento de fusión a través de numerosas comunicaciones de “Hechos Relevantes”⁽²²⁾. De estos hechos podemos deducir que, desde luego, la CNMV, como organismo de vigilancia e inspección, y conociendo toda la operación, tuvo elementos de juicio suficientes para entender que no había obligación de formular una OPA, como ha quedado puesto de manifiesto en el Fundamento de Derecho quinto de la sentencia comentada.

(20) GARCÍA-PITA Y LASTRES, “Artículo 6. Excepciones...”, en *Régimen Jurídico de las Ofertas públicas de adquisición (OPAs). Comentario sistemático del Real Decreto 1197/1991*, vol. I, Madrid, 1993, pp. 179 y ss.

(21) Hecho Relevante núm. 55508 comunicado a la CNMV el 14 de febrero de 2005.

(22) Mediante el Hecho Relevante núm. 55725, comunicado a la CNMV el 23 de febrero de 2005, el Consejo de Administración de TELEFÓNICA, SA y de TERRA NETWORKS, SA hicieron saber la aprobación de un Proyecto de Fusión por Absorción de TERRA NETWORKS, SA por TELEFÓNICA, SA. Mediante el Hecho Relevante núm. 56178, comunicado a la CNMV el 11 de marzo de 2005, TELEFÓNICA, SA remite resumen de la opinión de los expertos sobre la fusión por absorción de TELEFÓNICA con TERRA NETWORKS; y además se adjunta el formulario F-4 remitido a la *Securities and Exchange Commission* (SEC). Mediante los Hechos Relevantes núms. 56842 y 56845, comunicados a la CNMV el 14 de abril de 2005, las sociedades TERRA, SA y TELEFÓNICA, SA remiten los siguientes documentos: (i) el Informe de los Administradores de TELEFÓNICA, SA, (ii) el Informe de los Administradores de TERRA NETWORKS, SA, y (iii) el Informe emitido por el Experto independiente “KPMG Auditores, SL”. Mediante el Hecho Relevante núm. 59654, comunicado a la CNMV el 20 de julio de 2005, TELEFÓNICA remite copia autorizada de la escritura de fusión por absorción de TERRA NETWORKS por TELEFÓNICA, SA.

V. PERSPECTIVA DEL SUPUESTO DE HECHO DESDE EL DERECHO VIGENTE A PARTIR DE 2007: EL REAL DECRETO 1066/2007 SOBRE OPAS

Tras la reforma de la Ley del Mercado de Valores de 2007, introducida mediante la Ley 6/2007, las fusiones y las OPAs siguen constituyendo en los mercados español y europeos los dos principales instrumentos jurídicos alternativos de concentración de empresas, cuya opción en favor de una u otra vía dependerá, en gran medida, del grado de concentración o dispersión del accionariado de las sociedades que pretenden agruparse. Ambos instrumentos se siguen manteniendo tras la reforma de 2007 con sus peculiaridades en cuanto a la finalidad y procedimiento. Mientras la fusión responde a un método aristocrático y representativo, pues se parte de un acuerdo inicial de los administradores de las sociedades implicadas, las OPAs responden a un método democrático y plebiscitario, donde el oferente interesado en la adquisición del control de la sociedad afectada apela directamente a la voluntad de sus accionistas⁽²³⁾.

La LMV reformada determina en qué medida una fusión implica un cambio de control en una sociedad cotizada que requiera la formulación adicional de una OPA⁽²⁴⁾. La letra c) del primer párrafo del artículo 60 de la LMV establece la obligación de formular una OPA cuando se alcance el control de una sociedad cotizada mediante adquisición directa de sus acciones, a través de pactos parasociales o “como consecuencia de los demás supuestos de naturaleza análoga que reglamentariamente se establezcan”. En concreto, se remite al desarrollo reglamentario la determinación de las reglas y plazos para el cómputo del porcentaje de votos que brinda el control de una sociedad, tomando en consideración las participaciones directas e indirectas, así como los convenios, acuerdos o situaciones de control conjunto [artículo 60.5.b)] de la LMV. Dicho desarrollo reglamentario se produce a través del artículo 7 del Real Decreto 1066/2007, sobre régimen de la OPA, donde se determinan los supuestos en que una fusión implica una adquisición indirecta de control, relevante a los efectos del deber de formular una OPA⁽²⁵⁾.

(23) TAPIA HERMIDA, A.J., *Fusiones... op. cit.*, pp. 66 y ss.

(24) El art. 5.3 de la Directiva 2004/25, de 25 de abril, deja a la determinación de las normas del Estado Miembro en el que la sociedad afectada tenga su domicilio social, tanto el porcentaje de los derechos de voto que confiera el control de la sociedad como su método de cálculo, a los efectos de imponer la obligación de formular una OPA.

(25) El art. 7 del Real Decreto 1066/2007, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores, establece el régimen de las tomas de control indirectas o sobrevenidas, e impone el deber de formular una OPA en los casos de fusión o toma de control de otra sociedad o entidad, incluso no admitida a negociación en ningún mercado o no domiciliada en España, que tenga participación directa o indirecta en una tercera sociedad cotizada, cuando, como consecuencia de aquella fusión o toma de control, se alcance, directa e indirectamente, en aquella sociedad cotizada, el porcentaje de derechos de voto previsto en el art. 4 del mismo Real Decreto, que define la “participación de control”. Al respecto, TAPIA HERMIDA, *Fusiones...*, *op. cit.*, pp. 67 y ss.; DE DIOS MARTÍNEZ, L.M. y RECALDE CASTELLS, A., “Función y ámbito de la OPA obligatoria”, *Noticias de la Unión Europea*, octubre de 2008, núm. 285, pp. 59 y ss.

De la misma forma, la LMV reformada deja al desarrollo reglamentario el sistema de excepciones a la obligación de formular una OPA. El artículo 8.g) del Real Decreto 1066/2007 se refiere a la exclusión del régimen de OPA obligatoria reconocido en determinados supuestos de fusión. Los accionistas de las sociedades afectadas que alcancen una participación de control sobre una sociedad cotizada, como consecuencia de una fusión, pueden quedar eximidos de la obligación de formular una OPA, siempre que justifiquen que la operación no tiene por objetivo principal la toma de control, sino una finalidad empresarial, y, además, no hubiesen votado a favor de la fusión en la correspondiente junta general.

La excepción parece referirse estrictamente al supuesto de OPA en el que podrían incurrir accionistas que no participaron activamente en el proceso de fusión y, por este motivo, se les exime de la obligación de formular la OPA. Se trataría de una operación en la que la toma de control no constituye un resultado buscado por el nuevo accionista o grupo de control sobrevenido, sino la mera consecuencia de un proyecto de reestructuración empresarial realizado a través de la fusión. En consecuencia, resulta determinante, a estos efectos, que el adquirente del control carezca de iniciativa en la fusión, y que la fusión entre las dos sociedades no se haya promovido con el objeto de adquirir el control de la sociedad cotizada⁽²⁶⁾.

El artículo 8.g) del Real Decreto 1066/2007 prevé una facultad de dispensa de la CNMV, a quien corresponde acordar en un plazo no superior a quince días, a contar desde la presentación de la correspondiente solicitud por el accionista, que no resulta exigible una oferta pública, una vez comprobado que se dan las circunstancias señaladas en el propio precepto. Dicho procedimiento de exención ya ha comenzado a tener aplicación en la práctica para algunas sociedades (v. gr. en la fusión por absorción de RAYET PROMOCIÓN SL por AFIRMA GRUPO INMOBILIARIO SA) que han solicitado la exención de la CNMV a la formulación de una OPA, en aplicación del referido artículo 8.g) del Real Decreto 1066/2007⁽²⁷⁾ y han obtenido la resolución

⁽²⁶⁾ En este sentido, DE DIOS MARTÍNEZ, L.M. y RECALDE CASTELLS, A., *Función...*, op cit., p. 72.

⁽²⁷⁾ Mediante el Hecho Relevante núm. 92034, comunicado a la CNMV el 28 de marzo de 2008, la sociedad RAYET PROMOCIÓN, SL comunicó que, como consecuencia de la fusión por absorción de esta sociedad por AFIRMA GRUPO INMOBILIARIO SA, y en atención a la ecuación de canje propuesta, GRUPO RAYET SL pasará a ser titular del 40,29% del capital social de AFIRMA y, por tanto, superará el umbral del 30% de los derechos de voto establecido en el art. 4 del Real Decreto 1066/2007 como participación de control del que determinaría la obligación para GRUPO RAYET de formular una oferta pública de adquisición sobre la totalidad de las acciones que representan el capital social de AFIRMA. Por este Hecho Relevante, GRUPO RAYET solicita que la CNMV acuerde que concurren los requisitos establecidos en el art. 8.g) del Real Decreto (siendo el objetivo principal de la fusión, industrial o empresarial, y no habiendo votado GRUPO RAYET en la junta general de AFIRMA a favor de la fusión) y que no resulta exigible la formulación de una OPA.

favorable de este organismo supervisor⁽²⁸⁾. Lo que no queda muy claro en la ley es el momento en que debe solicitarse la exención, lo que en la práctica posibilita que cada sociedad elija el momento más adecuado a sus circunstancias. Así, mientras que en el caso de AFIRMA GRUPO INMOBILIARIO, SA la solicitud de exención se comunica a la CNMV una vez ejecutado el procedimiento de fusión, en el supuesto de la fusión por absorción de LARREDER SLU por TUBOS REUNIDOS SA, el acuerdo de fusión adoptado por la junta está sometido a la condición suspensiva consistente en que la CNMV acuerde que no resulta obligatoria la formulación de una OPA⁽²⁹⁾.

VI. REFLEXIÓN FINAL

Lleva razón el Tribunal en que el “procedimiento de modificación de estatutos, en sentido estricto”, difiere del “procedimiento de modificación de estatutos sobrevenido a una fusión”, siendo ciertas las razones que expone (de índole sistemática, formal o material), conforme al marco legal vigente en 2005. El accionista disidente de la sociedad fusionada no tiene reconocido por el Derecho de Sociedades un derecho de separación de la sociedad, de manera contraria a la existencia de tal reconocimiento para algunas modificaciones estatutarias. La forma restrictiva con que se concibe por la LSA el derecho de separación del socio, en favor de otros intereses, no permite que pueda llevarse a cabo una extensión analógica de la norma, a los efectos de reconocer al socio disidente en una sociedad fusionada un derecho de separación. En el procedimiento de fusión, los intereses del socio se satisfacen mediante el mecanismo del ofrecimiento de una información adecuada.

A la misma conclusión se llega cuando se analiza la normativa de OPA, pues el deber de formular una OPA se conecta a la modificación de estatutos en sentido estricto, según se desprende de la lectura conjunta de los artículos 5 y 6 del Real Decreto 1197/1991, sin que exista referencia expresa al supuesto de fusión por absorción que se nos presenta en el supuesto de hecho que da lugar a la demanda. Tampoco en este ámbito es posible la extensión analógica del artículo 5 del Real Decreto al no poder considerarse la fusión como una modificación estatutaria, argumento que acoge el Tribunal, ajustándose a una interpretación literal y estricta de la norma.

La reforma del Derecho de OPAs de 2007 confiere a la CNMV nuevas facultades de dispensa de la obligación de formular OPA en los procedimientos de fusión que

(28) Mediante Hecho Relevante núm. 92032, comunicado por la CNMV el 16 de abril de 2008, la CNMV autoriza la exención de OPA a la entidad AFIRMA, SA presentada por GRUPO RAYET, SL, considerando los compromisos asumidos por GRUPO RAYET, SL, en orden a justificar que el objetivo principal no es la toma de control, como son el no ejercicio durante un año de los derechos políticos que excedan de la participación adquirida como consecuencia de la fusión, esto es, el 40,3% del capital social, y no designar ni proponer en este plazo el nombramiento de consejeros; no adquirir acciones adicionales de AFIRMA en el plazo de un año desde la ejecución de la fusión; cumplir respecto a AFIRMA las recomendaciones del Código Unificado de Buen Gobierno, proponiendo, en caso de ser necesario, el nombramiento de nuevos consejeros independientes, etc...

(29) Hecho Relevante núm. 95148, comunicado a la CNMV el 27 de junio de 2008.

cumplan determinados requisitos señalados en el Real Decreto 1066/2007 (si el objetivo de la fusión es industrial o empresarial y siempre que el accionista que detenta la participación significativa no hubiese votado a favor de la fusión en la junta). Esta facultad de la CNMV hubiera servido para resolver el supuesto de hecho que da lugar a la demanda. Ahora bien, de *lege ferenda* la fusión debería tratarse como una modificación estatutaria de gran importancia, ya que los socios de una sociedad fusionada se sitúan en una posición equivalente a los socios de una sociedad en que se modifican los estatutos sociales, al no existir liquidación y mantenerse para ellos una vinculación social, aunque sea bajo una personalidad jurídica distinta. Y parece que en esta línea de equivalencia entre fusión y modificación de estatutos se encuentra el derecho proyectado. El “*Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles*” —publicado en el BOE el 30 de mayo de 2008—⁽³⁰⁾ supone una superación del actual concepto de “modificación estatutaria”, sustituyéndolo por el más amplio de “modificación estructural”. El Proyecto de Ley entiende que son modificaciones estructurales “aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad, y que por tanto, incluyen la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo y, en sentido amplio, el traslado internacional del domicilio social”.

Esta equivalencia conceptual entre ambas figuras debe traducirse en un tratamiento legal semejante para el socio, en cuanto a la concesión de un derecho de separación o la posibilidad de poder desvincularse de la sociedad mediante la aceptación de una OPA, cuando se encuentre en disconformidad respecto de la situación social en que éste queda tras una modificación de estatutos o una fusión.

⁽³⁰⁾ Uno de los objetivos del “Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles” es la incorporación en la legislación española de la Directiva 2005/56/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a las fusiones transfronterizas de capital. Se establecen normas especiales que regulan el traslado de domicilio de sociedades mercantiles españolas al extranjero y el traslado a territorio español del domicilio de sociedades constituidas conforme a la ley de otros Estados. Las modificaciones tienen como objetivo facilitar la movilidad societaria y promover la integración del mercado comunitario. En el Proyecto de Ley el legislador nacional permite que la sociedad traslade en bloque todo su patrimonio a otra u otras entidades mercantiles por sucesión universal a cambio de una contraprestación diferente de acciones, participaciones o cuotas de cesionario. Se regulan con especial atención los aspectos internacionales de la fusión y de la escisión, y, además, se introducen modificaciones en el régimen de las aportaciones no dinerarias, la exigencia de informes de expertos independientes en el régimen de la autocartera y de la asistencia financiera.

NOTICIAS

1. CREACIÓN DE UN FONDO DE ADQUISICIÓN DE ACTIVOS FINANCIEROS

El RD-Ley 6/2008, de 10 de octubre (BOE de 14 de octubre de 2008), creó un Fondo para la adquisición de activos financieros, que, como se indicó en su exposición de motivos, quedó adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda a través de la Secretaría de Estado de Economía, con cargo al Tesoro, que debía contar con una aportación inicial de treinta mil millones de euros ampliables hasta cincuenta mil millones de euros. La finalidad de este fondo es la adquisición de las entidades financieras, con carácter voluntario por parte de las mismas y con criterios de mercado, de activos españoles de máxima calidad. Para garantizar que, a través de ellas, y con un horizonte temporal suficiente, la financiación llegue a empresas y a los ciudadanos. Esa Disposición afirma, igualmente, que el Fondo primará la adquisición de activos respaldados por nuevo crédito, entendiendo como tal el otorgado con posterioridad al 7 de octubre de 2008. Esta afirmación, por tanto, ha de entenderse que aun cuando tendrán preferencia los activos correspondientes a los nuevos créditos, nada impide que el Fondo se haga cargo de los antiguos.

El artículo 1 del RD-Ley 6/2008 estableció que se creaba dicho Fondo con la finalidad de apoyar la oferta de crédito a la actividad productiva de empresas y a los particulares mediante la adquisición de activos financieros. El Ministerio de Economía y Hacienda ha publicado la Orden EHA/3118, de 31 de octubre (BOE de 3 de noviembre de 2008), que trata de completar tanto la creación del Fondo como su actuación. Disposición que ha ido seguida de la Resolución de 31 de octubre de 2008 de la Dirección General de Política y Financiera por la que se dispone la publicación de los acuerdos adoptados por el Fondo para la adquisición de activos financieros, así como la composición de su Comisión ejecutiva y de las directrices de inversión del Fondo. Resolución que se completa por otra de la misma fecha de la propia Dirección General del Tesoro y Política Financiera que va acompañada de un anexo sobre los acuerdos adoptados por el Consejo Rector del Fondo.

La actuación del Fondo ha de realizarse por el sistema de subastas cuyo comienzo se previó para antes de final de noviembre de 2008. La Orden Ministerial reguló este sistema tanto en lo relativo a la convocatoria de las subastas, como a las ofertas que se podían formular, que podrían tener el carácter de competitivas o no competitivas, el valor mínimo y máximo de las mismas y la resolución de la subasta y su liquidación.

El Banco de España, designado como agente y depositario del Fondo, ha de instrumentar todas las operaciones del mismo incluyendo la llevanza, gestión y depósito de las garantías de las operaciones simultáneas. Se prevé que el Banco de España debe elevar a la Comisión ejecutiva cada dos meses información detallada sobre la instrumentación del Fondo, y con una periodicidad cuatrimestral ha de efectuar un análisis de las condiciones financieras generales en las que se enmarca la actividad del Fondo, así como de la evolución del crédito bancario en la rúbrica "Créditos. Otros

sectores residentes”. Estos documentos serán remitidos al Congreso de los Diputados junto con el informe cuatrimestral al que hace referencia el artículo 6 del RD-Ley 6/2008 que crea el Fondo.

Con la finalidad de garantizar la máxima transparencia de los acuerdo del Consejo Rector, éstos serán publicados en la página “web” del Fondo de Adquisición de Activos Financieros, sin perjuicio de la información que por medio del propio BOE se ha de efectuar de las Resoluciones de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera en su calidad de Secretaría del Consejo Rector.

Alberto Ayala

2. MODIFICADO AL ALZA EL IMPORTE DE DEPÓSITOS GARANTIZADO POR EL FGD

La crisis financiera que se viene manifestando a lo largo del otoño de 2008 ha dado lugar a la adopción por el Gobierno de diversas iniciativas orientadas al fortalecimiento de la confianza en el funcionamiento de las entidades de crédito y del sistema financiero. Tal sucede con el Real Decreto 1642/2008, de 10 de octubre (BOE de 11 de octubre de 2008), por el que se eleva de manera sustancial el límite de la garantía que el Fondo de Garantía de Depósitos presta a favor de cada titular y en cada entidad en cuanto al reembolso de sus depósitos. Desde el límite actual de 20.000 euros por inversor o depositante, se pasa a 100.000 euros.

Resulta interesante señalar que la evolución creciente del conjunto de depósitos y valores en poder de las entidades ha provocado la evolución inversa del porcentaje global de depósitos garantizados. En el caso del fondo correspondiente a los bancos, mientras que el porcentaje garantizado en 1990 llegaba al 45,1%, al cierre de 2007 ese porcentaje había descendido hasta el 25,4% (v. FONDO DE GARANTÍA DE DEPÓSITOS EN ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS, Informe Anual 2007, p. 14, disponible, al igual que el resto de información de todos los Fondos, en «www.fgd.es»).

La cobertura de los depósitos ha sido una de las medidas más utilizadas en el marco de la crisis en el plano internacional. La medida adoptada por el Gobierno español parte de las adoptadas en el marco europeo al respecto. A la sucesión de iniciativas que han llegado a la plena garantía de los depósitos que anunciaron algunos Estados europeos, se sumó la modificación del límite mínimo europeo, que debería elevarse desde 20.000 hasta 50.000 euros.

Juan Sánchez-Calero

3. CELEBRACIÓN POR LA COMUNIDAD EUROPEA DE LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

Naciones Unidas aprobó su Convención contra la Corrupción y tras un proceso de negociación que se ha prolongado a lo largo de los últimos años, la Comunidad Europea firmó el 15 de septiembre de 2005 dicha Convención, a reserva de su posible celebración en una fecha posterior. Algunos Estados Miembros de la Comunidad Europea ya eran Partes de la Convención, pero se consideró conveniente que también la propia Comunidad se integrara como Parte de la misma. De ahí la Decisión reciente del Consejo de 25 de septiembre de 2008 (DOUE L 287, de 29 de octubre de 2008, p. 1 y ss.) de celebrar la mencionada Convención.

Desde la perspectiva del sistema bancario, quizás las disposiciones más relevantes son las que en el artículo 14 se ocupan de las distintas medidas para prevenir el blanqueo de capitales, así como las que en el artículo 40 se refieren a la obligación de contar con mecanismos adecuados para superar los obstáculos que frente a las investigaciones penales vinculadas con la corrupción puedan intentar oponerse invocando el secreto bancario.

Alfonso Guilarte Gutiérrez

4. CIRCULAR DEL BANCO DE ESPAÑA SOBRE RECURSOS PROPIOS MÍNIMOS Y OTRAS INFORMACIONES DE LAS SOCIEDADES DE GARANTÍA RECÍPROCA

El régimen aplicable a las sociedades de garantía recíproca se caracteriza en los últimos años por una tendencia clara al acercamiento a lo que son características comunes del régimen general de las entidades de crédito. Esto sucede también en materia de recursos propios. El Real Decreto 2345/1996, de 8 de noviembre, regulaba las normas de autorización administrativas y los requisitos de solvencia de las sociedades de garantía recíproca y en la modificación que del mismo realizó el posterior Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, se establecían los requerimientos de recursos propios mínimos que debían de cumplir las sociedades de garantía recíproca.

En ejecución de esa normativa se ha publicado la Circular 5/2008, de 31 de octubre, del Banco de España, a las sociedades de garantía recíproca sobre recursos propios mínimos y otras informaciones de revisión obligatoria (v. BOE de 21 de noviembre de 2008). Es una normativa que mantiene el modelo que para equivalentes requerimientos rige para las entidades de crédito (plasmado dicho modelo sustancialmente en la Circular del Banco de España 3/2008, de 22 de mayo), aunque la nueva Circular reconoce que dada la escasa complejidad del negocio de las sociedades de garantía recíproca, los requisitos de información y de mantenimiento de recursos propios deben ser simplificados.

La Circular se divide en tres secciones. La primera regula los requerimientos de recursos propios mínimos y los límites a determinados riesgos de las sociedades de garantía recíproca. La sección segunda establece a su vez los límites al activo inmovilizado material, a las acciones y participaciones y a las obligaciones de inversión de los recursos propios y, finalmente, la sección tercera regula las obligaciones de información particulares que las sociedades de garantía recíproca deben de observar frente al Banco de España, estableciéndose a tal efecto distintos modelos cuyos formato se incorpora como estados de forma de anexos a la propia Circular.

Isabel Fernández Torres

5. NOMBRAMIENTO POR LA MINORÍA DEL AUDITOR DE CUENTAS

En relación con el derecho que se reconoce al accionista o socio titular del 5% del capital de una sociedad anónima o limitada de solicitar al Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, se han producido dos recientes decisiones.

Así, el Tribunal Supremo dictó su Sentencia de 9 de mayo de 2008 (RJ\2008\2969) que se ocupaba de un supuesto particularmente interesante. El socio titular del 16% del capital de una sociedad anónima solicitó y obtuvo del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor para la revisión de las cuentas anuales. El auditor nombrado puso de relieve ante el Registrador Mercantil el obstruccionismo de la sociedad auditada y la imposibilidad de llevar adelante la auditoría. El Registrador notificó esa circunstancia al accionista y cerró el expediente. A partir de ahí, el accionista presentó una demanda en la que solicitaba el nombramiento por el Juez de un auditor y ejercitaba la acción individual de responsabilidad contra el administrador único. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda parcialmente, reconociendo el derecho del accionista al nombramiento judicial del auditor, por concurrir justa causa conforme al art. 206 de la LSA.

La sentencia fue recurrida en apelación, siendo estimado el recurso por la Audiencia Provincial de Madrid, que desestimó la demanda. Contra esta sentencia recurrió el accionista, siendo estimado su recurso de casación. El recurso se planteaba en torno a la admisibilidad de la solicitud ante el Juez del nombramiento de un auditor sin acudir previamente al Registrador Mercantil. El Tribunal Supremo responde afirmativamente y señala que el art. 206 de la LSA no prevé el supuesto planteado, teniendo en cuenta como hechos probados que el auditor había sido nombrado por el Registrador Mercantil y que la no realización de la auditoría fue una consecuencia directa de la actitud obstruccionista de la propia sociedad anónima auditada. Es el art. 40 del Código de Comercio el fundamento para reconocer al accionista recurrente un interés legítimo. La estimación del recurso se basa en cuatro razones: (i) la sociedad recurrida fue la que impidió la actuación del auditor; (ii) esa obstrucción implicaba una revocación de hecho del nombramiento del auditor realizado por el Registrador Mercantil,

sin que ello deba impedir que el accionista legitimado vea atendido su derecho; (iii) el art. 206 de la LSA no es aplicable al caso, pues está pensado para el caso de que el auditor incumpla y no para supuestos que, como el presente, evidencian un intento de la sociedad por impedir el ejercicio del derecho del accionista minoritario y (iv) recurrir al art. 40 del Código de Comercio es plenamente compatible con el sistema diseñado por la LSA en cuanto al nombramiento judicial del auditor, recordando que el origen de ambos fue la Ley 19/1989, de 25 de julio.

Por su parte, la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 4 de julio de 2008 (BOE de 31 de julio de 2008), abordó otro escenario singular. En este caso se había solicitado por una socia minoritaria la verificación de las cuentas anuales de una sociedad limitada. La Junta general se celebró antes de que ese nombramiento fuera efectivo. Su depósito fue rechazado por la Registradora Mercantil de Málaga alegando que no se había dado cumplimiento a lo dispuesto en el art. 366.1.7 del RRM, conforme al que la certificación deberá acreditar que las cuentas que se presentan para ser depositadas se correspondían con las auditadas. En suma, el conocimiento por la sociedad de la solicitud por un socio legitimado de la verificación de las cuentas la obliga a acompañar a las mismas el correspondiente informe de auditoría.

Christi Amesti Mendizábal

6. DIRECTIVA 2008/94/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 22 DE OCTUBRE DE 2008, RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES ASALARIADOS EN CASO DE INSOLVENCIA DEL EMPRESARIO (VERSIÓN CODIFICADA)

La reiterada modificación de la Directiva 80/987/CEE del Consejo de 20 de octubre relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario ha generado la necesidad de proceder a su codificación, todo ello en aras de proporcionar una mayor racionalidad y claridad a su régimen, tarea de la cual es fruto la actual Directiva 2008/94/CE (v. DOUE L283, de 28 de octubre de 2008, pág. 36 y ss.).

La finalidad de esta Directiva es garantizar la seguridad jurídica de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia de las empresas que ejerzan sus actividades en varios Estados miembros y de consolidar sus derechos en el sentido indicado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Su ámbito objetivo de aplicación se extiende a los créditos en favor de los trabajadores asalariados derivados de contratos de trabajo o de relaciones laborales (tanto los derivados de una relación laboral de duración determinada como los de empresas de trabajo temporal), frente a empresarios que se encuentren en estado de insolvencia. A este fin la Directiva advierte a los Estados miembros de la conveniencia de prever

disposiciones que determinen la institución competente para el pago de los créditos de dichos trabajadores en esos casos y que establezcan, como objetivo de la cooperación entre las administraciones competentes de los distintos Estados, la liquidación en el plazo más breve posible de dichos créditos. No obstante, se permite expresamente que los Estados establezcan límites a la responsabilidad de las instituciones de garantía que sean compatibles con el objetivo social de la Directiva y puedan tener en cuenta la diferente prelación de los créditos; igualmente podrán, con carácter excepcional, excluir de su ámbito de aplicación los créditos de determinadas categorías de trabajadores asalariados en razón de la existencia de otras formas de garantía que ofrezcan a los trabajadores afectados una protección equivalente.

Con el fin de facilitar la identificación de los procedimientos de insolvencia —sobre todo en las situaciones transnacionales— el legislador comunitario advierte de la conveniencia de que cada Estado notifique a la Comisión y a los demás Estados miembros los tipos de procedimiento de insolvencia que den lugar a la intervención de la institución de garantía.

Mónica Fuentes Naharro

7. DESARROLLOS REGLAMENTARIOS SOBRE LAS INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA EN EL SEGUNDO SEMESTRE DEL AÑO 2008

Las Instituciones de Inversión Colectiva (IIC) y los millones de pequeños y medianos inversores que canalizan a su través sus inversiones en el mercado de valores han sufrido con especial virulencia la crisis de los mercados financieros internacionales que ha ido desarrollándose “in crescendo” en los últimos meses. Esta razón coyuntural, junto a la necesidad estructural de desarrollar, en los escalones reglamentarios inferiores, el sistema regulatorio de estas IIC nacido de la Ley 35/2003 (LIIC) y desarrollado por el Real Decreto 1309/2005 (RIIC); junto a la necesaria adecuación al nuevo contexto del mercado de valores nacido a resultas de la modificación de la Ley 24/1988 (LMV) por la Ley 47/2007; han desembocado en una eclosión de normas reglamentarias sobre las IIC promulgadas en el segundo semestre del año 2008 de las que pasamos a dar noticia. Tales normas pueden ordenarse en dos apartados según afectan a las IIC en general o a una clase especial de IIC:

A) Normas reglamentarias que afectan a las IIC en general

1. En cuanto a la contabilidad de las IIC, en el BOE n.º 238, del jueves 2 de octubre de 2008, se publicó la Circular 3/2008, de 11 de septiembre, de la CNMV, sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las IIC. Con ella, al amparo de las habilitaciones contenidas en el art. 20 de la LIIC, en los arts. 48.1 y 57.3 del RIIC y en la Orden EHA/35/2008, de 14 de enero; se adapta el régimen contable de las IIC, tanto financieras como inmobiliarias, al nuevo marco

contable establecido en el nuevo Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre. Esta Circular entra en vigor el 31 de diciembre de 2008, de tal manera que toda la información que se suministre a la CNMV con referencia a los períodos que culminen en dicha fecha o en fecha posterior deberá ajustarse al contenido, forma y sistema de envío establecidos en la misma. Su contenido, se distribuye en tres Secciones dedicadas a las cuestiones formales y de procedimiento (Sección Primera, normas 1.^a a 6.^a), a los criterios general de contabilización (Sección Segunda, normas 7.^a a 20.^a) y a los modelos de cuentas anuales y estados de información reservada (Sección Tercera, normas 21.^a y 22.^a). Además, incluye, en su Anexo 1, los modelos de cuentas anuales y estados de información reservada de IIC financieras y, en su Anexo 2, los modelos de cuentas anuales y estados de información reservada de IIC inmobiliarias.

2. En cuanto a la información periódica de las IIC, en el BOE n.º 242, del martes 7 de octubre de 2008, se publicó la Circular 4/2008, de 11 de septiembre, de la CNMV, sobre el contenido de los informes trimestrales, semestral y anual de IIC y del estado de posición. En ella, al amparo de la habilitación contenida en el art. 17.8 de la LIIC, se desarrolla el contenido de los modelos de los informes citados, previstos en los arts. 24.2 y 25 del RIIC. Asimismo, al amparo de la habilitación contenida en el art. 4.3 del RIIC y en el art. 10 de la Orden EHA/596/2008, se establece un nuevo contenido de los estados de posición que la SGIIC debe remitir a los partícipes y accionistas. Esta Circular entra en vigor el 31 de marzo de 2009 de tal manera que toda la información que se suministre a la CNMV con referencia a los períodos que culminen en fechas posteriores deberá ajustarse al contenido, forma y sistema de envío establecidos en la misma. Su contenido, se distribuye en dos Secciones dedicadas a los informes periódicos (Sección Primera, normas 1.^a a 6.^a) y a los estados de posición (Sección Segunda, norma 7.^a). Además, incluye, en su Anexo 0, las notas aclaratorias tanto de carácter general como referidas a los sucesivos Anexo 1, sobre Fondos de Inversión Mobiliaria; Anexo 2, sobre SICAV; Anexo 3, sobre Fondos de Inversión Inmobiliaria; Anexo 4, sobre Sociedades de Inversión Inmobiliaria; Anexo 5, sobre Fondos de Inversión Cotizados; Anexo 6, sobre Fondos de Inversión Libre y Fondos de Inversión de IIC de Inversión Libre; y Anexo 7, sobre Sociedades de Inversión Libre y SICAV de IIC de Inversión Libre.

3. En cuanto a los aspectos patrimoniales y operativos de las IIC, en el BOE n.º 290, del martes 2 de diciembre de 2008, se publicó la Circular 6/2008, de 26 de noviembre, de la CNMV, sobre la determinación del valor liquidativo y aspectos operativos de las IIC. En ella, al amparo de las habilitaciones contenidas en los arts. 5.12, 38.2, 38.10, 41.1, 48.9, 51.3 y 63.4 del RIIC y en las Órdenes EHA/1199/2006, EHA/35/2008, EHA/3064/2008, se desarrollan los aspectos indicados. Esta Circular entra en vigor el 31 de diciembre de 2008. Su contenido, se distribuye en cinco Secciones dedicadas a la determinación del valor liquidativo de las IIC (Sección Primera, normas 1.^a a 3.^a), a la comisión de gestión sobre resultados (Sección Segunda, normas 4.^a y 5.^a), a los coeficientes operativos de IIC de carácter financiero (Sección Tercera, normas 6.^a y 7.^a), a los coeficientes, límites operativos y definición de conceptos de IIC inmobiliarias (Sección Cuarta, normas 8.^a y 13.^a) y a los fondos referenciados a índices (Sección Quinta, normas 14.^a y 15.^a).

B) Normas reglamentarias que afectan a determinados tipos de IIC

1. En cuanto a la información estadística que deben suministrar las IIC comunitarias a la CNMV, en el BOE n.º 279, del 19 de noviembre de 2008, se publicó la Circular 5/2008, de 5 de noviembre, de la CNMV, sobre requerimientos de información estadística sobre activos y pasivos de las IIC de la Unión Europea. Esta Circular, que entró en vigor a los 20 días de su publicación en el BOE y ha afectado, en primer lugar, a la información sobre operaciones de diciembre de 2008 y saldos de 31 de diciembre de 2008, adapta nuestra normativa al Reglamento CE n.º 958/2007, del BCE, de 27 de julio y se compone de cuatro normas, dedicadas a delimitar su ámbito de aplicación (Norma 1.^a), a los estados reservados relativos a los activos y pasivos de las IIC de la Unión Europea (Norma 2.^a), al criterio general para la determinación de las IIC objeto de exención por tamaño (Norma 3.^a) y a las consecuencias del incumplimiento de la obligación de informar (Norma 4.^a).

2. En cuanto a las IIC de inversión inmobiliaria, en el BOE n.º 262, del jueves 30 de octubre de 2008, se publicó la Orden EHA/3064/2008, de 28 de octubre, por la que se modifican la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 26 de julio de 1989 por la que se desarrolla el artículo 86 de la LMV y la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 24 de septiembre de 1993, sobre fondos y sociedades de inversión inmobiliaria, al objeto de habilitar a la CNMV para desarrollar determinados aspectos en el ámbito contable de las entidades supervisadas y en el cálculo de coeficientes y límites de IIC. Esta Orden, que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, reforma las habilitaciones a favor de la CNMV contenidas en las Órdenes citadas para permitir las pertinentes adaptaciones de las valoraciones de inmuebles al contexto actual del mercado inmobiliario.

3. En cuanto a los Fondtesoros, en el BOE n.º 291, del miércoles 3 de diciembre de 2008, se publicó la Orden EHA/3465/2008, de 26 de noviembre, por la que se modifica la Orden EHA/2688/2006, de 28 de julio, sobre convenios de colaboración relativos a Fondos de Inversión en Deuda del Estado. Esta Orden, que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, permite que los Fondtesoros inviertan en bonos emitidos por los FTPYMES que cuenten con aval del Estado y por los FTVPO que cuenten con aval del ICO.

Alberto Javier Tapia Hermida

8. PUBLICACIÓN DEL TEXTO CONSOLIDADO DE LAS NORMAS CONTABLES INTERNACIONALES

Dentro del programa de simplificación por parte de la Comisión, ésta ha adoptado los textos consolidados de las Normas Internacionales de Información Financiera aplicables en la Unión Europea.

El Diario Oficial de la Unión Europea de 29 de noviembre de 2008 ha publicado el Reglamento (CE) n.º 1126/2008 de la Comisión, de 3 de noviembre de 2008 por el que se adoptan determinadas normas internacionales de contabilidad de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 1606/2006. El nuevo Reglamento realiza una refundición de un conjunto elevado de otros que han sido dictados en los últimos años y que dada la movilidad de esta materia, se verá completado posteriormente por nuevas normas.

Como se dice en la presentación de los Estados financieros, el objetivo principal de esa norma es establecer las bases para la presentación de unos estados financieros con propósitos de información general, a fin de asegurar que los mismos sean comparables, tanto con los estados financieros de la misma entidad de ejercicios anteriores, como los de otras entidades diferentes. Para alcanzar dicho objetivo, la norma establece, en primer lugar, requisitos generales para la presentación de los estados financieros y a continuación ofrece directrices para determinar su estructura a la vez que fija los requisitos mínimos sobre su contenido. Tanto el conocimiento como la valoración y la información a revelar, sobre determinadas transacciones y determinados eventos, se abordan en otras normas e interpretaciones.

Se contiene en esta versión consolidada referencias que se coordinan y son coherentes con el nuevo texto. Todo ello con la finalidad de que se pueda disponer, al menos de momento, de un solo texto jurídico.

Alberto Ayala

9. EDICIÓN ELECTRÓNICA DEL BOLETÍN OFICIAL DEL REGISTRO MERCANTIL

El Real Decreto 1979/2008, de 28 de noviembre (BOE 8 de diciembre de 2008) regula la edición electrónica del BORME. Esta medida tiene su origen más inmediato en la aprobación de la reciente Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, que ha afectado entre otros muchos servicios a la difusión de los Boletines oficiales. Como continuación de dicha Ley el primer paso con respecto a la edición electrónica de la que aquí damos cuenta, el precedente Real Decreto 181/2008, de 8 de febrero, reguló la publicación del Boletín Oficial del Estado y otros Diarios y Boletines Oficiales estableciendo que se pasaría a la publicación electrónica de los mismos bajo nuevas condiciones. A tal efecto, se creó la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado a quien corresponde la difusión de dichos Boletines.

El Real Decreto 1979/2008 se ocupa de forma particular de la publicidad mercantil a través de este Boletín que, como es conocido, tuvo su origen en la reforma de nuestro Derecho societario producida por medio de la Ley 19/1989, de 25 de junio. Este Real Decreto hace constar en su introducción que ha sido consultado con los distintos Colegios de las profesiones y actividades más afectadas por la publicidad mercantil que tiene en el BORME su instrumento principal. El Real Decreto no sim-

plemente establece la nueva edición electrónica del BORME y trata de regularla señalando su periodicidad, características y otros aspectos esenciales, sino que también se permite subrayar el hecho más significativo a la hora de valorar el alcance de esta novedad. Nos referimos a la circunstancia de que la edición electrónica del BORME pasa a ser la usual y la que está llamada a ser utilizada con carácter general, sin perjuicio de que la edición impresa se mantenga. Pero la edición impresa pasa a tener simplemente una finalidad que podríamos definir como conservativa, pues según establece el art. 5 del Real Decreto 1979/2008, debe servir para asegurar la publicación del BORME por esa vía cuando no resulte posible acceder a la edición electrónica, así como también el mantenimiento íntegro del patrimonio documental impreso en la Administración General del Estado.

Alfonso Guilarte Gutiérrez

10. BORRADOR DE CIRCULAR SOBRE ANUNCIO Y SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN DE OPAS

En gran parte, la regulación de las Ofertas Públicas de Adquisición (OPAs) tiene un carácter procedimental, es decir, destinado a regular de qué manera puede plantearse y desarrollarse la oferta dirigida a los accionistas. En ese procedimiento, el momento inicial cobra importancia no sólo por lo que implica de declaración de voluntad del oferente y de determinación de las condiciones de su oferta, sino porque a ese momento vincula el ordenamiento distintos efectos, en particular con respecto al comportamiento exigible a las partes implicadas.

Bajo la nueva regulación y, en concreto, en el Real Decreto 1006/2007, de 27 de julio, el anuncio de la oferta y la solicitud de su autorización por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) se regulan en los arts. 16 y 17, habiéndose previsto en ambos que los respectivos modelos deberían ser establecidos por la CNMV. A través de su página web (www.cnmv.es), la CNMV ha hecho público el borrador de la Circular por la que se establecen los correspondientes modelos. Ambos anexos implican un contenido mínimo y obligatorio, si bien, la Circular subraya que quedará al criterio del propio oferente incluir informaciones adicionales cuando a su juicio resulten necesarias.

Aun cuando entre el anuncio de la oferta y la presentación de la solicitud puede existir una dilación de hasta un mes, no es extraño que ambos momentos coincidan, es decir, que en la misma fecha se produzca el anuncio y la presentación de la correspondiente solicitud. Cuando ambos se produzcan simultáneamente, la Circular establece que “*se considerará anuncio de la oferta, a todos los efectos, el escrito de solicitud de autorización*”.

Isabel Fernández Torres

11. LA APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS CLÁUSULAS MAC (*MATERIAL ADVERSE CHANGE*)

Uno de los efectos que la crisis crediticia está produciendo en los principales mercados financieros es la dificultad con la que se presenta la ejecución de operaciones corporativas de adquisición, ya sea por medio de una operación de fusión o por medio de una adquisición amistosa u hostil a través de una Oferta Pública de Adquisición (OPA). En España tenemos algunas noticias recientes que vienen haciéndose eco de la incidencia que la crisis crediticia pudiera tener en la importante OPA anunciada por Gas Natural sobre acciones de Unión Fenosa, si bien la sociedad oferente ha desmentido reiteradamente que dicha crisis pudiera afectar al desarrollo de la oferta. En particular, la dificultad es manifiesta cuando la operación debe ejecutarse bajo condiciones y precios anteriores a la crisis. En el plano jurídico internacional y ante la falta de resoluciones de nuestros Tribunales, son interesantes las Sentencias de la Corte del Estado de Delaware en relación con el planteamiento de distintas acciones por las que se solicita del Tribunal, bien que obligue a culminar la operación, o bien que dispense de su ejecución por la existencia de una evolución del mercado que implica un cambio sustancial adverso.

Algunos ejemplos recientes hacen referencia sobre todo a operaciones de fusión convenidas con anterioridad al colapso crediticio y financiero. La sociedad que se comprometió a absorber a otra por vía de fusión plantea una dispensa judicial de la culminación de la operación por las razones señaladas. El problema del que se parte es siempre el mismo: una variación sustancial del valor de las acciones de la sociedad a adquirir, normalmente por cuanto se ha producido una devaluación importante, pareja al hundimiento general de los índices de cotización. Un segundo problema también frecuente, es que los términos de la financiación convenidos con anterioridad a la crisis son absolutamente superados por la actual evolución de los mercados, de tal manera que son sencillamente insostenibles, ya sea para las entidades crediticias o para el propio financiado.

Es en esta discusión donde cobran importancia las llamadas cláusulas de cambio sustancial o “*material*” adverso, más conocidas por su inglés “*Material Adverse Change/Effects*” (MAC). Estas cláusulas pueden tener un sentido diverso, pero normalmente se establecen a favor del potencial adquirente u oferente, o de sus financiadores, de tal manera que se contempla que ante una situación imprevisible que pudiera afectar al valor de la sociedad que iba a ser adquirida, tanto el adquirente como sus financiadores dispondrán de la facultad de renunciar a ejecutar la operación. Sucede a veces que precisamente las cláusulas de cambio sustancial adverso lo que tratan es de evitar esa alegación, es decir, lo que hacen las partes es establecer que ni siquiera la existencia de una situación imprevista y que altere sustancialmente los términos de la transacción o incluso el peligro de las prestaciones podrá ser invocada como vía para eludir la ejecución de la operación.

En la jurisprudencia de la influyente Corte de Delaware, ha sido extremadamente excepcional la admisión de la vigencia de una cláusula de cambio sustancial adverso como vía de liberación del deber de culminar una operación de adquisición. Existe un

caso de 2001 que se cita como precedente más relevante (IBP, Inc. Shareholders Litigation) en el que a pesar de las importantes variaciones que se habían producido en las diversas magnitudes de medición de la actividad y del patrimonio de la sociedad que se debía adquirir (resultados trimestrales, EBITDA, incumplimiento de previsiones, etc.), el Tribunal consideró que no era suficiente para llegar a la conclusión de que había perdido su sentido la operación societaria. Esta misma orientación rigurosa es la que se ha aplicado en una reciente sentencia de finales del mes de septiembre del año 2008 en el caso Hexion (al respecto, v. White & Case, *Material Adverse Change Clauses In the Current Credit Environment: What the Hexion Decision Means for Buyer and Lenders*, Bank Advisory, octubre 2008).

Mónica Fuentes Naharro

12. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN SOBRE LAS AYUDAS ESTATALES A ENTIDADES FINANCIERAS

La reacción habitual de distintos Estados y Mercados consistente en afrontar la crisis financiera anunciando distintas ayudas públicas no podía dejar de merecer una especial atención desde el punto de vista del Derecho de la competencia. Tras las reuniones que se celebraron al principio del mes de octubre de 2008 en el seno de la Unión Europea y en donde se perfiló una actuación coordinada a ese respecto, la Comisión Europea publicó una Comunicación en la que trata de fijar los criterios conforme a los que las distintas ayudas estatales pueden llevarse a cabo en compatibilidad con el ordenamiento europeo [v. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN, *La aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas adoptadas en relación con las instituciones financieras en el contexto de la actual crisis financiera mundial* (DOUE C 270, de 25 de octubre de 2008, p. 8 y ss.)].

En su introducción, la Comisión subraya el hecho de que nos encontramos ante una crisis en la que, más allá de los problemas particulares que presente el mercado hipotecario americano o los problemas que se están presentando en los diversos mercados en bancos concretos, existe una erosión general de la confianza en el sector bancario que ha incidido de manera directa en el mercado interbancario del que literalmente se dice que se “*ha secado*”.

Las distintas medidas adoptadas para apoyar a instituciones determinadas, se dice por la Comisión, pueden favorecer a determinadas instituciones en detrimento de otras competidoras en ese mismo mercado o en otros Estados miembros. A la vista de las medidas adoptadas por el ECOFIN que tuvo lugar el 7 de octubre de 2008, la Comisión analiza de forma particular la distinta intervención pública que a nivel nacional se va a acometer por los distintos Estados miembros en un marco coordinado. Ese marco coordinado debe de desarrollarse también de acuerdo con las orientaciones que se

encargó a la Comisión que debería de ofrecer a ese respecto. Es relevante tomar en consideración, como hace la propia Comunicación de la Comisión que las ayudas estatales deben de respetar determinados principios fijados por el ECOFIN.

Parte la Comisión Europea de reconocer que estamos ante una crisis de una especial dimensión que amenaza a bancos especialmente sólidos, que incide sobre la integridad de la interdependencia de los mercados financieros europeos de forma especialmente intensa y que, además, permite vislumbrar drásticas repercusiones ante el fracaso de determinadas medidas de recuperación que pueden acabar en una crisis sistémica que afecte a la estabilidad del conjunto de las instituciones financieras. Lo que se trata es que esas circunstancias excepcionales se hagan compatibles con un marco general que garantice que las medidas adoptadas no den lugar a distorsiones innecesarias de la competencia.

Los principios generales que la Comisión recuerda y que parten del art. 87 del apartado 3.c) del Tratado, son los que han sido ampliamente debatidos en relación con las llamadas Directrices Comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis. Se parte de una interpretación restrictiva de lo que se entiende que es una perturbación grave de la economía de un Estado que justifica el que se adopten ese tipo de medidas estatales. La Comisión no discute en las circunstancias actuales y con la intensidad de la crisis que se está registrando a lo largo de estos últimos meses, que se da el presupuesto de hecho que permite ese tipo de medidas, pero también recuerda que, por definición, estamos antes medidas que no pueden adoptarse de manera ilimitada y permanente, sino que deben ser objeto de una regular revisión de manera que una vez que la situación económica presente una cierta recuperación las citadas ayudas puedan ser revisadas. En estas ayudas la Comisión señala con acierto que debe distinguirse el tratamiento de problemas específicos de determinadas instituciones, respecto de aquellos otros problemas que tengan un alcance mucho mayor. Las medidas deben de estar bien enfocadas, ser proporcionales y, sobre todo, diseñarse de tal manera que sus repercusiones negativas para la competencia sean las mínimas posibles.

A partir de ahí la Comisión se encargará de analizar las distintas medidas que se han diseñado por parte del ECOFIN y que son, sustancialmente, las siguientes:

Las garantías que cubren las responsabilidades de las instituciones financieras, su recapitalización y, finalmente, su liquidación controlada. Para cada uno de este tipo de medidas la Comisión establece en su Comunicación con un especial detalle y de manera muy razonada las condiciones que se deben de aplicar en cada caso. A ello suma la posibilidad de otro tipo de ayudas que estarían más enfocadas a la recuperación de la liquidez, como problema generalizado para todos los sistemas.

Termina la Comisión subrayando que, precisamente, por la gravedad e intensidad de la crisis, se van a adoptar en el seno de la Comisión todas las medidas adecuadas para que de manera urgente se lleve a cabo una revisión lo más completa posible de cualquier solicitud de medida. A tal fin, la Comisión señala que ha adoptado medidas de organización que le permitan una rápida adopción de las decisiones,

de manera que amplía a veinticuatro horas diarias y a los fines de semana la posibilidad de tramitar las notificaciones de las medidas que puedan adoptar los distintos Estados miembros.

Juan Sánchez-Calero

13. PROPUESTA DE DIRECTIVA O REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE AGENCIAS DE CALIFICACIÓN CREDITICIA

Las agencias de rating o calificación crediticia han adquirido en los últimos tiempos un protagonismo esencial en los mercados financieros tanto por su implicación por omisión en los mayores escándalos financieros acaecidos, al no haber detectado a tiempo en sus calificaciones las pérdidas de solvencia de los grandes emisores implicados en aquellos escándalos, como —de forma en parte paradójica— por el papel que se les ha reconocido en los procesos de determinación de la solvencia de las entidades financieras (ver al respecto nuestro estudio sobre *“La regulación internacional de la calificación de riesgos y de las Agencias de Calificación en los mercados de capitales”*, en esta RDBB n.º 100, octubre-diciembre 2005, págs. 9 a 68 y nuestra traducción del *“Código de fundamentos de conducta para las Agencias de Calificación Crediticia”*, en esta RDBB n.º 100, octubre-diciembre 2005, págs. 209 a 222). Valga como ejemplo de esto último el reconocimiento de dichas agencias y del uso de calificaciones externas de crédito dentro del método estándar de cálculo del coeficiente de solvencia de las entidades de crédito que se contiene en los arts. 27 y ss. del Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras.

La situación descrita ha llevado a adoptar iniciativas regulatorias tanto en los EEUU (ver al respecto nuestra noticia sobre *“Iniciativas parlamentarias en los EEUU sobre el papel de las agencias de calificación crediticia en la reciente crisis hipotecaria”* en esta RDBB n.º 107, 2007, págs. 295 a 296) como en la Unión Europea. En este contexto y dentro del paquete de medidas destinado a hacer frente a la crisis financiera establecido por el Consejo Europeo del 13 y 14 de marzo de 2008, la Comisión Europea ha presentado, el 12 de noviembre de 2008, una Propuesta de regulación —vía Directiva o Reglamento— de las agencias de calificación crediticia. Esta Propuesta tiene como antecedentes la Comunicación de la Comisión de 2006 que, si bien concluía diciendo que no era preciso entonces regular estas agencias, también decía que había que seguir los acontecimientos para valorar si procedía abordar dicha regulación (ver al respecto nuestra noticia sobre *“Comunicación de la Comisión Europea de diciembre de 2005 sobre las Agencias de Calificación Crediticia”* en esta RDBB n.º 102, 2006, págs. 267 a 269). Pues bien, la Comisión considera que ha llegado el momento de abordar dicha regulación y lo hace con la Propuesta de la que damos noticia que distribuye su contenido en cuatro Títulos y dos Anexos. Los Títulos abor-

dan la finalidad de la Directiva o Reglamento y las definiciones pertinentes (Título I), el proceso de autorización y los requisitos de organización y operativos de las agencias de calificación crediticia (Título II), las autoridades competentes para controlarlas (Título III) y las Disposiciones Transitorias y Finales (Título IV). Los Anexos comprenden la información que debe ser aportada con la solicitud de autorización de la agencia (Anexo I) y las condiciones operativas que deben cumplir tales agencias en cuanto a sus empleados, a la presentación de sus calificaciones crediticias y a su transparencia (Anexo II).

Alberto Javier Tapia Hermida

14. VI SEMINARIO HARVARD-COMPLUTENSE DE DERECHO MERCANTIL

La VI edición del Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil se celebró los días 6, 7 y 8 de octubre de 2008, en la Law School de la Universidad de Harvard con el título “Managers, Shareholders and Takeovers” (“Administradores, Accionistas y Ofertas públicas de adquisición”). El éxito del Proyecto inicial unido al fructífero intercambio de ideas entre especialistas que éste supone han contribuido a consolidar este Seminario que comenzó sus andaduras en el año 2003. En esta ocasión fue patrocinado por los despachos Garrigues y Allen&Overly, el Banco Santander, la Asociación de Registradores Bienvenido Oliver y el Ilustre Colegio Notarial de Madrid, sin cuya inestimable colaboración no podría haber tenido lugar. Un año más se ha contado también con la labor de organización del *European Law Research Center*, el Real Colegio Complutense en Harvard (en especial, de su director D. Ángel Saénz Badillos) y el Departamento de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid.

El objetivo del curso ha sido el análisis y debate acerca de algunas de las cuestiones más relevantes en relación con la regulación de las OPAs, comparando la experiencia europea con la norteamericana.

El Seminario comenzó en la mañana del día 6 de octubre. La primera de las ponencias, “Corporate Social Responsibility of multinationals: Jurisdiction and Enforcement Issues” (“Responsabilidad social corporativa de las multinacionales: litigios transfronterizos”), estuvo a cargo del profesor Pedro Alberto de Miguel Asensio, catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Complutense de Madrid. El fenómeno de la globalización se halla asociado a nuevas tendencias jurídicas en la ordenación de las actividades de sus actores —organizadas en forma de compañías multinacionales— que llevan aparejadas otros problemas relativos a la determinación de competencia y de fijación de las normas aplicables en caso de conflicto. Concretamente, se plantea el problema de determinar en qué medida es posible exigir responsabilidad a la sociedad matriz cuando los hechos se producen en un Estado distinto, el de la sociedad filial. Esta tendencia está conectada con varios fenómenos: i)

presión sobre las multinacionales para incrementar su responsabilidad social corporativa; ii) las empresas suelen estar involucradas en actividades que con frecuencia dan lugar a este tipo de reclamaciones; iii) a veces se realizan actividades que implican violación de derechos humanos; iv) los compromisos en materia de responsabilidad social corporativa son de carácter voluntario.

La segunda de las ponencias estuvo a cargo del notario Manuel González-Meneses García-Valdecasas y llevó por título “At the borders of the financial Market” (“En las fronteras del mercado financiero”). El dinamismo del sector financiero y del no financiero ha llevado a la innovación tanto de los productos como de los nuevos prestadores de servicios lo que obliga a los poderes públicos a prestar una permanente atención para garantizar los derechos de los consumidores y usuarios. En concreto, dos fenómenos, que hasta la fecha no contaban con una previsión normativa específica, están adquiriendo en la actualidad un gran auge: los créditos y préstamos hipotecarios concedidos por empresas que no son entidades de crédito y los servicios de intermediación del crédito. Ambos son el objeto fundamental del Proyecto de Ley por el que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Este Proyecto los regula con el objetivo de salvaguardar los intereses económicos y los derechos de los consumidores y usuarios. Ahora bien, quedan fuera del mismo otras inversiones, otras operativas en las que los activos subyacentes no son financieros pero que necesitarían ser sometidas a un cierto control con el fin de evitar situaciones como las de Afinsa. Esos productos son la ecojubilación, la inversión en bosques, etc.

A continuación se presentó una comunicación a cargo del Profesor Colino Mediavilla “Minority’s proportional representation in the Board and Competitor Shareholder” (“Representación proporcional de la minoría en el Consejo y accionista competidor”). El profesor, a la luz de un caso real —FCC y ACCIONA— analizó el problema del acceso al consejo de administración de una sociedad competidora a través del sistema de representación proporcional.

La última ponencia de la mañana y del día estuvo a cargo del profesor G. SUBRAMANIAN, profesor de la Harvard Law School y de la Harvard Business School. Aunque inicialmente su ponencia iba a ser “Recent Developments in Going Private Transactions”, la crisis financiera mundial llevó al profesor a explicar los últimos acontecimientos que se habían producido en EEUU, concretamente, la venta de Wachovia y el Bailout Plan (“Emergency Economic Stabilization Act of 2008”).

Tras los oportunos debates se cerró la sesión de la primera jornada.

La segunda sesión del Seminario comenzó con la ponencia presentada por la profesora C. ALONSO LEDESMA, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid, con el título “Struck Takeover Bid” (“La OPA sobrevenida”). El Real Decreto delimita el ámbito de aplicación en relación a los supuestos recogidos en el artículo 7, en lo cuales el logro de una participación de control sea consecuencia de una toma de control indirecta (fusión con o toma de control de una sociedad que tenga participación de control directa o indirecta en la sociedad cotizada) o sobrevenida (reducción de capital con amortización de acciones; adquisición de títulos en ejercicio de derechos de canje, suscripción o conversión de valores u otros

instrumentos financieros; aumento (el denominado acrecimiento) de los derechos de voto derivado de variaciones en la autocartera; y adquisición de acciones por entidades financieras en ejecución de contratos de aseguramiento de emisiones u ofertas públicas de venta).

Estos supuestos no constituyen una modalidad específica determinante de la aplicación de la regulación de opas obligatorias, sino que disponen de un régimen legal propio y distinto, dado que las que podíamos denominar opas indirectas o sobrevenidas se apartan del carácter irrevocable que desde la adquisición de la participación de control es propio de la oferta obligatoria. En las adquisiciones indirectas o sobrevenidas, puede exceptuarse la obligatoriedad de la oferta, si en el plazo de los tres meses siguientes a la adquisición se enajena el exceso de participación y entre tanto no se ejercitan los derechos políticos correspondientes a los valores que excedan del porcentaje de control.

La sesión continuó a cargo del Profesor R. KRAAKMAN, profesor de la Harvard Law School con una ponencia con el título “CEO Tenure, Performance, and Turnover in S&P 500 Companies”. Presentó un reciente trabajo sobre los directivos de las compañías y la relación existente entre despidos y resultados empresariales así como la interrelación entre el despido y dos elementos: la tenencia y propiedad de acciones de la compañía. El estudio está limitado a las compañías que integran el S&P 500. Los autores del trabajo han llegado a la conclusión de que los despidos son escasos en los primeros cuatro años de trabajo mientras que a partir del quinto las renunciaciones se incrementan de forma exponencial. Ese plazo de 5 años resulta especialmente relevante en el caso de los jóvenes directivos resultando independiente de otros factores como los resultados de la compañía o normas/reglas de jubilación.

A continuación, el profesor FERNÁNDEZ DEL POZO, Registrador y Catedrático de Derecho Mercantil, presentó la ponencia “Shareholder Voting (&Primacy) and Takeovers” (“Derecho de voto (y primacía) del accionista y OPAS”). El profesor analizó la regla de pasividad contemplada en el Real Decreto de OPAS y el papel que se atribuye a la Junta General. Tras examinar las distintas posibilidades o momentos en que los accionistas pueden intervenir o adoptar decisiones en relación con las medidas defensivas, se expuso el ámbito de decisión en el derecho comparado considerando que en un modelo de propiedad concentrada como el español, la solución adoptada no es la más adecuada. Hubiera sido más razonable, a su entender, optar por una regla de pasividad absoluta.

La mañana se cerró con un intenso e interesante debate.

La sesión de la tarde fue intensa ya que se presentaron numerosas comunicaciones centradas en el régimen de las Ofertas Públicas de Adquisición. Comenzó con una perspectiva de derecho comparado a cargo del profesor MARÍN DE LA BÁRCENA, “Tender offers Regulation in the US and Spain: a comparative análisis” (“Regulación de las OPAs en EEUU y España: un análisis comparado”). A continuación la profesora M.T. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, presentó la ponencia “Takeovers for delisting” (“La OPA de exclusión de la cotización”). Este supuesto de exclusión (OPA Exclusión), se produce cuando una sociedad que tiene valores admitidos a negociación en Bolsa (Mercado Secundario) decide su exclusión de cotización, es decir, a partir de una fecha

determinada los títulos de esa sociedad ya no se negociarán en el mercado secundario. La CNMV puede, cuando crea que la exclusión es susceptible de lesionar los intereses de los accionistas, obligar a la sociedad a lanzar una OPA sobre las acciones afectadas por la exclusión. Nuevamente aquí existen excepciones a esta obligación, y también de nuevo la idea que da origen a esta obligación es la de proteger al inversor que verá con la exclusión directamente mermada la liquidez de su inversión, y que indirectamente puede sufrir otras consecuencias (falta de transparencia al desaparecer los requisitos de información propios del mercado bursátil, pérdida de una referencia objetiva para la fijación del precio, etc.) con una decisión como la de exclusión de negociación.

A continuación la profesora I. FERNÁNDEZ TORRES, se refirió a las “Competing Takeovers” (“La OPA competidora”). El objetivo de la referida comunicación era analizar el problema de las OPAS competidoras y el *stakebuilding*, es decir, la adquisición de paquetes accionariales durante el procedimiento de la OPA y los problemas existentes para compatibilizar esas compras con el régimen jurídico establecido para las OPAS competidoras. Desde esta perspectiva, la compra de paquetes accionariales puede arrastrar a las compañías a una lucha o competencia feroz para hacerse con el control de la compañía que sólo terminaría cuando uno de los oferentes competidores se hiciera con el control o por el agotamiento o desistimiento de los demás. Por lo demás, se ofrecieron algunas pinceladas del régimen establecido en el Real Decreto en el que se pusieron de manifiesto algunas de las deficiencias del articulado así como alguno de los problemas de interpretación y coordinación de la normativa.

La siguiente tuvo por objeto la problemática de “Amendments on Takeovers” (“La modificación de la OPA”) a cargo del profesor N. VARA DE PAZ. La modificación de las condiciones de una OPA es una cuestión íntimamente relacionada con las OPAS competidoras, ya que la autorización de una competidora permite desistir o modificar las condiciones de la oferta. Este último proceso, articulado en torno al método del sobre cerrado, plantea algunas dificultades especialmente en relación con los requisitos que debe reunir la modificación para ser aceptada y el sistema de las aceptaciones (sobre todo cuando se trata de aceptaciones múltiples).

La Profesora M. FUENTES NAHARRO se refirió a “Tender offer Withdrawal” (“Desistimiento de la oferta”). El Real Decreto sobre ofertas públicas de adquisición se refiere en varias ocasiones al desistimiento. Se puso de manifiesto que algunos de los supuestos de desistimiento contemplados en la normativa no se corresponden realmente con el concepto de desistimiento sino que son resoluciones por imposibilidad sobrevenida.

La profesora S. NAVARRO LÉRIDA, se refirió a “The period for the acceptance of a Bid art. 14.5 RD 1066/2007: Protection’s Rule for minority shareholders?” (“El período de aceptación de la oferta. El art. 14.5 del RD 1066/2007: ¿una norma de protección de los accionistas minoritarios?”). Las declaraciones de aceptación de la oferta se realizan de acuerdo con lo señalado en el folleto, nunca podrán ser condicionadas y cabe su revocación en cualquier momento antes del último día del plazo de aceptación. Cuando existan varias OPAs competidoras, podrán formularse declaraciones de aceptación múltiples, siempre que en ellas se indique el orden de preferencia y

las declaraciones se hagan llegar a los distintos competidores. ¿Puede decirse que esta norma es en realidad una norma de protección de los accionistas minoritarios?

A continuación, el profesor A. MUÑOZ GARCÍA abordó la problemática de las “Defensive measures: optional Breakthrough” (“Medidas defensivas: neutralización opcional”). Durante el plazo de aceptación de una OPA o después de ella, las sociedades pueden decidir si neutralizan el sistema de defensas o barreras que pudieran haber establecido (ineficacia de las restricciones a la transmisibilidad de valores, de las restricciones estatutarias o parasociales al derecho de voto, o en la ineficacia de las restricciones anteriores, cuando tras una OPA, el oferente haya alcanzado un porcentaje igual o superior al 75 por 100 del capital que confiera derechos de voto. El mecanismo del *breakthrough rule* tal cual se ha diseñado plantea numerosas especialmente en relación con la adopción del acuerdo por la Junta general.

El profesor E. DIAZ RUIZ trató el tema del “Informe de los administradores: contenidos y efectos” (“The Director’s report: content and effects”), abordando la problemática que rodea a los diferentes informes que han de realizar los administradores a lo largo de una OPA, cada uno con su propio contenido.

A. FERNÁNDEZ DE ARAOZ Y GÓMEZ-ACEBO, se refirió a “Bidder discrimination and the creation of a level playing field in the takeover auction: The equality of information phallacy” (“Discriminación entre oferentes y creación de condiciones equiparables en el contexto de las OPAS competidoras: la falacia de la igualdad informativa”). El art. 46 del Real Decreto aborda el principio de la Igualdad Informativa durante el proceso de una OPA. Se establece un deber de garantizar esa igualdad pero el precepto ofrece numerosísimas dudas en cuanto a quienes sean los destinatarios de la información, cuál es el alcance la información que se debe suministrar y cómo debe proporcionarse la información.

El profesor F. SACRISTÁN BERGIA se centró en los “Limits to Information Pursuant to art. 32.1 RD 1066/2007 on Takeovers” (“La limitación de información prevista en el artículo 32.1 del RD 1066/2007 sobre OPAs”). El oferente, en el período que media desde el anuncio hasta la presentación de la OPA, está sometido a ciertas limitaciones en su capacidad de actuación cuyo alcance varía en función de los diversos momentos, tipos de actuaciones y de la contraprestación ofrecida. Así, se produce una primera limitación informativa porque el oferente —y, además, los miembros de sus órganos de administración y dirección, sus accionistas de control, sus asesores, las personas con las que actúe concertadamente y las demás que intervengan en la operación— se abstendrán de difundir o publicar por cualquier medio cualquier dato o información que no conste en el anuncio previo de la oferta.

La siguiente comunicación estuvo a cargo de la profesora C. GALÁN LÓPEZ, con el título “Offeror Guarantees” (“Las garantías prestadas por el oferente”). El tipo de garantía que el oferente ha de constituir y acreditar ante la CNMV con carácter previo a la formulación de la OPA [art. 20.1.a) del RD 1066/2007] depende del tipo de contraprestación ofrecida: si la contraprestación es en efectivo o dinero, se tratará de un aval de entidad de crédito o documentación acreditativa de la constitución de un depósito de efectivo constituido en una entidad de crédito, que garantice en su totalidad el pago de la contraprestación en efectivo frente a los miembros del mercado o

sistema de liquidación y frente a los aceptantes de la oferta, y que permita su empleo por el sistema de compensación y liquidación del mercado en el que se negocien los valores objeto de la oferta, conforme a lo previsto a este efecto en la normativa aplicable a los sistemas de compensación y liquidación (art.15.2 del RD 1066/2007); si la contraprestación es en valores: si se trata de valores ya emitidos, la garantía consiste en acreditar la disponibilidad de los mismos y su afectación al resultado de la OPA (art. 15.3 del RD 1066/2007), mientras que, si consiste en valores a emitir por la sociedad oferente, la garantía exige —junto a la convocatoria de la Junta General que ha de decidir sobre el aumento (art. 14.5 del RD 1066/2007)— el comportamiento coherente de los administradores. La CNMV puede, además, exigirles caución en garantía de las responsabilidades en que pudieran incurrir por los perjuicios causados si no llegan a emitirse aquellos valores (art. 15.4 del RD 1066/2007); finalmente, en el caso de la contraprestación mixta: cuando se ofrecen en contraprestación dinero y valores emitidos o por emitir, las garantías se han de corresponder con cada tipo de contraprestación.

El profesor D. PÉREZ MILLÁN abordó la problemática de los pactos parasociales en el marco de una OPA (“Takeover and Shareholder’s agreements”). Conforme a la nueva regulación en materia de OPAs las sociedades podrán decidir que se apliquen algunas medidas de neutralización, entre ellas, la ineficacia, durante el plazo de aceptación de la oferta, de las restricciones a la transmisibilidad de valores prevista en los pactos parasociales referidos a dicha sociedad; la ineficacia, en la junta general de accionistas que decida sobre las posibles medidas de defensa posteriores al lanzamiento de la oferta, de las restricciones al derecho de voto previstas en los estatutos de la sociedad afectada y en los pactos parasociales referidos a dicha sociedad.

A.J. TAPIA HERMIDA se refirió a la posición de los inversores institucionales en las OPAs (“Institutional Investors and Takeovers”). El inversor institucional (fondos de inversión y de pensiones, compañías de seguros) pueden considerarse como un experto con intereses a medio y largo plazo en la empresa y con una participación apreciable en el capital social, que podría ejercer una labor de control profesional sobre los ejecutivos. Sin embargo, existen dificultades para que los inversores operen de esta forma.

La última comunicación del día estuvo a cargo de J.I. SIGNES DE MESA, bajo el título “Corporate control in Europe in the light of ECJ’s Case-law” (“El control corporativo en Europa a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”).

El último día, el Seminario se celebró en el Real Colegio Complutense. Comenzó con una ponencia a cargo del Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Castilla la Mancha, D.J. JUSTE MENCÍA, y tenía por título “Board Duties of the target company” (“Las obligaciones del órgano de administración de la sociedad afectada por una OPA”). La exposición se centró en el análisis del deber de pasividad tal y como se ha configurado en el Real Decreto 1066/2007. El deber de pasividad está relacionado con el deber de lealtad y diligencia de los administradores afectados por la OPA y consiste en postergar el interés de los administradores frente al interés de la sociedad. Ese deber afecta no sólo a los miembros del órgano de administración sino

también a los apoderados y a los miembros del órgano a los que se hayan delegado materias de gestión. A continuación, se concretó el ámbito objetivo de ese deber distinguiendo entre las actuaciones sometidas a autorización de la Junta general, las actuaciones cuyo inicio requiere acuerdo de la Junta general, la problemática que existe en torno a las medidas anteriores al anuncio de la oferta aún no ejecutadas y, finalmente, se vieron otros posibles supuestos como las resoluciones judiciales y administrativas y las operaciones de gestión (ordinarias o extraordinarias) que puedan perturbar el desarrollo de la oferta.

A continuación, el profesor J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid, presentó la ponencia “The conflicted Director’s Abstention” (“La abstención del consejero en conflicto de interés, ¿un deber difícil de cumplir?”). Se analizaron algunos de los aspectos principales del régimen de los administradores en las sociedades de capital. De manera particular, los conflictos que ponen de manifiesto una situación de competencia entre el administrador y la propia sociedad. Para ello, se parte de una enunciación del alcance de los deberes de diligencia y lealtad. Se aborda la flexibilidad con la que se ha venido interpretando la existencia de una situación de competencia efectiva entre el administrador y la sociedad.

La última ponencia estuvo a cargo de la profesora B. VILLALONGA, profesora de Business Administration de la Harvard Business School. Bajo el título “Control Mechanisms in USA Family Firms” (“El control familiar en la empresa americana”), se analizaron las características de las empresas familiares, especialmente, de las americanas. La justificación del estudio descansa en el simple hecho de que la mayoría de las empresas en el mundo son familiares (el 40% de las empresas del Fortune 500 están controladas por familias fundadoras y más del 60% de las cotizadas son familiares) y éstas son distintas en cuanto se enfrentan a una problemática única en relación con determinados aspectos y éstos no han sido estudiados detenidamente (financieros, de gobierno corporativo y de gestión). Se distinguen de las empresas no familiares en que sus objetivos son diferentes pues buscan no la maximización del resultado, sino el bienestar familiar), manifiestan un gran apego al control debido a factores emocionales y tienen unos horizontes familiares más largos. Asimismo, se constata que toman decisiones empresariales y financieras diferentes (ya que tratan de evitar el capital externo) con consecuencias diferentes. En estas sociedades el poder del voto de las familias fundadoras duplica sus derechos económicos a través de la creación de acciones sin derecho de voto, acuerdos de voto o pactos parasociales. Así, la representación familiar en el Consejo es superior a los derechos de voto en un 60% de las empresas.

Isabel Fernández Torres

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO BANCARIO

— OBRAS GENERALES

CATERINO, D., “Autodisciplina societaria e doveri del collegio sindacale nella legge sul risparmio”, en *Banca Borsa Titoli di Credito*, parte 1.^a, núm. 4 (2008), p. 473.

GIULIANI, F.M., “Le imprese non autorizzate, ai limiti delle ‘riserve’ dei Testi unici bancario e finanziario”, en *Contratto e Impresa* (2007), p. 33.

— ESTATUTO DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

BERROCAL LANZAROT, A.I., “Las entidades de dinero electrónico. Su régimen jurídico”, en *Revista de la Contratación Electrónica* núm. 95 (2008), p. 3.

BOVE, A., “In tema di pegno irregolare e di mandato irrevocabile all’incasso nel fallimento”, en *Banca Borsa Titoli di Credito*, parte 2.^a, núm. 4 (2008), p. 473.

COLINO MEDIAVILLA, J.L., “Necesidad del consentimiento de los cotapartícipes para suprimir su derecho de suscripción preferente”, en *Revista de Derecho de Sociedades* núm. 30 (2008), p. 109.

— BANCOS

BALP-GIOVANNI STRAMPELLI, G., “Il sistema dualístico nel settore bancario tedesco: lo statuto e i regolamenti di Deutsche

Bank AG”, en *Rivista delle Società*, fasc. 4 (2008), p. 760.

CAMILLI, E.L., “Fonazioni (ex) bancarie e fondazioni (ancora) bancarie alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 43807”, en *Giurisprudenza Commerciale, Società e Fallimento* núm. 2 (2008), p. 321.

— COOPERATIVAS DE CRÉDITO

CUSA, E., “Lo scopo mutualistico delle banche di crédito cooperativo”, en *Banca Borsa Titoli di Credito*, parte 1.^a, núm. 4 (2008), p. 455.

— CONTRATOS BANCARIOS

BARALDI, M., “Il warrant come contratto e come titolo di crédito”, en *Contratto e Impresa* (2007), p. 607.

BUONAURA, V.C., “La trasparenza nei servizi bancari d’investimento”, en *Giurisprudenza Commerciale, Società e Fallimento* núm. 2 (2008), p. 220.

CAPRIGLIONE, F., “Operazioni bancarie e tipologia contrattuale”, en *Rivista di Diritto Civile*, I (2006), p. 29.

CHIARLONI, S., “La tutela dei risparmiatori alla luce delle recenti iniziative legislative”, en *Giurisprudenza italiana* (2006), p. 1154.

DOLMETA, A.A., “Questioni sulla surrogazione per volontà del debitore ex art. 8 legge n. 40/2007 (c.d. ‘portabilità del mutuo’”, en

Banca Borsa Titoli di Credito, parte 1.^a, núm. 4 (2008), p. 395.

FREITAG, R., “Vorzeitige Rückzahlung und Vorfälligkeitsentschädigung nach der Reform der Verbraucherkreditrichtlinie”, en *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* núm. 24 (2008), p. 1102.

FUZETA DA PONTE, P., “Da responsabilidade contratual dos bancos pela inobservância dos deveres de arquivo de documentação respeitante depósitos bancários”, en *Revista da Banca* núm. 63 (2007), p. 81.

GRIMALDOS GARCÍA, M.^a I., “La gestión de la tesorería empresarial: aproximación al significado jurídico del contrato de confirming”, en *Revista de Derecho Mercantil* núm. 267 (2008), p. 61.

MADRID PARRA, A., “Contratación electrónica y protección de datos personales”, en *Revista de la Contratación Electrónica* núm. 94 (2008), p. 3.

RODRÍGUEZ ADRADOS, A., “La nueva póliza intervenida”, en *Revista Jurídica del Notariado* núm. 65 (2008), p. 275.

SCHEUREN-BRANDES, C., “EuGH kürt Geldschuld bei Banküberweisung zur Bringschuld?”, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* núm. 32 (2008), p. 1463.

— CUENTA CORRIENTE

SCHMIDT, K., “Debitorisches Bankkonto und Insolvenzverschleppungshaftung: Ist Geben seliger denn Nehmen?”, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* núm. 31 (2008), p. 1401.

— GARANTÍAS DE LA ACTIVIDAD BANCARIA

AA.VV., “Rechtsprechung - Bank - und Kreditsicherungsrecht - BGH - 27.5.2008 - XI ZR 40906 - Verjährung eines Anspruchs auf Rückzahlung der vorzeitigen Ablösung eines Annuitätendarlehens”, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* núm. 27 (2008), p. 1220.

BARILLÀ G.B., “Fideiussione prestata dal socio di società in nome collettivo per obbligazioni contratte dalla società: autonomia patrimoniale e rafforzamento delle garanzie ai creditori”, en *Banca Borsa Titoli di Credito*, parte 2.^a, núm. 4 (2008), p. 414.

LA CORTE, N./KOCH, J., “Die harte Patronatserklärung”, en *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* núm. 4 (2008), p. 488.

LUTZ, K./SCHAPIRO, L., “Ansprüche des Sicherungseigentümers auf Herausgabe seitens Dritter gezogener Nutzungen”, en *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* núm. 27 (2008), p. 1212.

REDONDO TRIGO, F., “Breves reflexiones sobre las prendas sobre créditos sin desplazamiento posesorio tras la reforma de la Ley del Mercado Hipotecario”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 708 (2008), p. 1834.

— CONTRATO DE LEASING

DEMARCHI, P., “Lo scioglimento del contratto di leasing a causa del fallimento”, en *Giurisprudenza Commerciale, Società e Fallimento* núm. 3 (2008), p. 416.

DERECHO BURSÁTIL

— EL MOVIMIENTO LEGISLATIVO EN MATERIA BURSÁTIL EN OTROS PAÍSES DE LA UE

BAINBRIDGE, S.M., “Director Primacy and Shareholder Disempowerment”, en *Harvard Law Review*, vol. 40 (2005/2006), p. 1735.

BEBCHUK, L., “Reply: Letting Shareholders Set the Rules”, en *Harvard Law Review*, vol. 40 (2005/2006), p. 1784.

BOLDÓ RODA, C., “Algunas notas acerca de la nueva regulación de la información y publicidad de las participaciones significativas en las sociedades anónimas cotizadas”, en *Noticias de la Unión Europea* núm. 285 (2008), p. 21.

CHANCELLOR, V./STRINE, L.E., jr., “Toward a True Corporate Republic: A Traditional Response to Bebchuk’s Solution for Improving Corporate America”, en *Harvard Law Review*, vol. 40 (2005/2006), p. 1759.

DUTREY GUANTES, Y., “La regulación jurídica de las inversiones internacionales. Aspectos controvertidos”, en *Revista de Derecho Mercantil* núm. 268 (2008), p. 657.

FARRANDO MIGUEL, I., “La reforma del mercado primario de valores español”, en *Noticias de la Unión Europea* núm. 285 (2008), p. 73.

FLEISCHER, H./SCHMOLKE, K.U., “Kapitalmarktrechtliche Beteiligungstransparenz nach (section sign) 21 ff. WpHG und “Hidden Ownership”, *Zeitschrift fur Wirtschaftsrecht* núm. 33 (2008), p. 1501.

GHEZZI-MARCO VENTORUZZO, F., “La nuova disciplina delle partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici nel capital delle società per azioni: fine di un privilegio?”, en *Rivista delle Società*, fasc. 4 (2008), p. 668.

GILSON, R.J., “Controlling Shareholders and Corporate Governance: Complicating the

Comparative Taxonomy”, en *Harvard Law Review*, vol. 40 (2005/2006), p. 1641.

HOHENSTATT, K.-S./WARGNER, T., “Zur Transparenz der Vorstandsvergütung - 10 Fragen aus der Unternehmenspraxis”, en *Zeitschrift fur Wirtschaftsrecht* núm. 21 (2008), p. 945.

JAHN, J., “Der Telekom-Prozess: Stressstest für das Kapitalanleger- Musterverfahrensgesetz”, *Zeitschrift fur Wirtschaftsrecht* núm. 29 (2008), p. 1.314.

LIEDER, J., “Staatliche Sonderrechte in Aktiengesellschaften”, en *Zeitschrift fur das Gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* núm. 3 (2008), p. 306.

MACEY, J.R./O’HARA, M., “From Markets to Venues: Securities Regulation in an Evolving World”, en *Stanford Law Review*, vol. 58 (2005/2006), p. 563.

MALBERTI-EMILIANO, C., “L’adeguamento delle società quotate al procedimento di nomina del consiglio di amministrazione mediante voto di lista: un’analisi empirica”, en *Rivista delle Società*, fasc. 4 (2008), p. 724.

PAEFGEN, W.G., “Literatur - Johannes Adolff, Unternehmensbewertung im Recht der börsennotierten Aktiengesellschaft”, en *Zeitschrift fur das Gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* núm. 3 (2008), p. 358.

RECALDE CASTELLS, A., “La Ley 6/2007 en el marco de la reforma ‘perpetua’ del Derecho del Mercado de valores”, en *Noticias de la Unión Europea* núm. 285 (2008), p. 3.

RICHTER, W., “Der Kapitalmarkt und sein Gesellschaftsrecht - Überlegungen zu einem kapitalmarktgemässen Gesellschaftsrecht börsennotierter Gesellschaften”, en *Zeitschrift fur das Gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* núm. 4 (2008), p. 419.

ROMERO FERNÁNDEZ, J.A., “Normas especiales para las sociedades profesionales de capitales”, en *Revista de Derecho Mercantil* núm. 268 (2008), p. 569.

SEIBERT, U., “Der Referententwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG)”, en *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* núm. 20 (2008), p. 906.

VARADINEK, B./ASMUS, T., “Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz: Verfahrensbeschleunigung und Verbesserung des Rechtsschutzes?”, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* núm. 29 (2008), p. 1309.

ZUNZUNEGUI, F., “Sobre la regulación internacional del Mercado financiero tras la crisis subprime”, en *Revista de la Contratación Electrónica* núm. 93 (2008), p. 83.

— OTROS ÓRGANOS DE VIGILANCIA Y CONTROL

POTO, M., “La vigilanza sul mercato mobiliare dopo il canto del cigno”, en *Giurisprudenza italiana* (2006), p. 860.

POTO, M., “Sulla giurisdizione nel caso di sanzioni irrogate dalla Consob”, en *Responsabilità civile e previdenza* (2006), p. 1537.

SICLARI, D., “Sanzioni amministrative della Consob e individuazione di termini: alla ricerca di un giusto equilibrio fra principio di ragionevolezza, discrezionalità organizzativa delle autorità indipendenti e certezza dei termini del procedimento”, en *Giurisprudenza italiana* (2006), p. 631.

— CONTRATOS BURSÁTILES. EN GENERAL

BRUNO, R., “L’esperienza dell’investitore e l’informazione ‘adeguata’ e ‘necessaria’”, en *Giurisprudenza Commerciale, Società e Fallimento* núm. 2 (2008), p. 391.

BRUNO, F./ROZZI, A., “Della sollecitazione all’investimento all’offerta al pubblico di prodotti finanziari”, en *Giurisprudenza Commerciale, Società e Fallimento* núm. 2 (2008), p. 276.

COTTINO, G., “La responsabilità degli intermediari finanziari. Ancora qualche diva-

gazione sul tema”, en *Giurisprudenza italiana* (2006), p. 1633.

FACCI, G., “Le agenzie di rating e la responsabilità per informazioni inesatte”, en *Contratto e Impresa* (2007), p. 164.

GALGANO, F., “Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni unite della Cassazione”, en *Contratto e Impresa* (2007), p. 1.

GOBBO, G., “Le sanzioni applicabili alla violazione delle regole di condotta in tema de investimenti mobiliari: la prima pronuncia nomofilattica su nullità contrattuale”, en *Giurisprudenza Commerciale, Società e Fallimento* núm. 2 (2008), p. 356.

PETRAZZINI, B., “Dissesto di intermediario mobiliare e tutela dei cliente: le regole sulla ‘doppia separazione patrimoniale’ al vaglio della Cassazione”, en *Giurisprudenza italiana* (2006), p. 56.

SPINDLER, J.C., “Conflict or Credibility: Research Analyst Conflicts of Interests and the Market for Underwriting Business”, en *Journal of Legal Studies*, vol. 35 (2006), p. 303.

— OPAS

ABANTO BOSSIO, R.M./KANASHIRO SHINZATO, L.E., “Las Ofertas Públicas de Adquisición a la luz de la experiencia peruana: balance sobre la aplicación del Reglamento de Oferta Pública de Adquisición y de compra de valores por exclusión”, en *Revista Iberoamericana de Mercados de Valores* núm. 24 (2008), p. 49.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El debate sobre las medidas defensivas frente a una OPA hostil y la alteración sobre la proporcionalidad entre participación en el capital y derecho de voto”, en *Noticias de la Unión Europea* núm. 285 (2008), p. 7.

CAÑO PALOP, J.R. del, “Suspensión de derechos políticos en la normativa de las OPAS”, en *Revista de Derecho de Sociedades* núm. 30 (2008), p. 195.

CONDE VIÑUELAS, V./GONZÁLEZ MOSQUEIRA, P., “La reforma del régimen de

ofertas competidoras”, en *Noticias de la Unión Europea* núm. 285 (2008), p. 33.

DÍAZ MORENO, A., “Primeros apuntes en torno al régimen de la neutralización de las medidas anti-OPA”, en *Noticias de la Unión Europea* núm. 285 (2008), p. 49.

DIOS MARTÍNEZ, L.M. de/RECALDE CASTELLS, A., “Función y ámbito de la OPA obligatoria”, en *Noticias de la Unión Europea* núm. 285 (2008), p. 59.

DOMÍNGUEZ-ALCAHUD MARTÍN-PEÑA, J., “Algunos aspectos esenciales de la nueva normativa de OPAS en España”, en *Revista Iberoamericana de Mercados de Valores* núm. 24 (2008), p. 3.

FESTI, F., “Mancato lancio di o.p.a. obbligatoria e responsabilità”, en *Banca Borsa Titoli di Credito*, parte 2.^a, núm. 4 (2008), p. 486.

GALLETTI, D., “Leveraged buy-out ed interessi tutelati: appunti per la ricognizione della fattispecie”, en *Giurisprudenza Commerciale, Società e Fallimento* núm. 3 (2008), p. 433.

GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “El informe sobre la OPA del órgano de administración de la sociedad afectada”, en *Revista de Derecho de Sociedades* núm. 30 (2008), p. 33.

JUSTE MENCÍA, J./RENTERÍA TAZO, A., “Obligaciones del órgano de administración de la sociedad afectada por una OPA”, en *Noticias de la Unión Europea* núm. 285 (2008), p. 105.

KOCH, R., “Passiver Kontrollerwerb und Pflichtangebot”, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* núm. 28 (2008), p. 1.260.

LAMANDINI, M., “Legiferare per ‘illusione ottica’ OPA e reciprocità ‘italiana’”, en *Giurisprudenza Commerciale, Società e Fallimento* núm. 2 (2008), p. 240.

LARGO GIL, R., “El cómputo de la mayoría necesaria para que una sociedad afectada por una OPA suprima de sus estatutos la limitación al número de votos por accionista”, en *Revista de Derecho de Sociedades* núm. 30 (2008), p. 299.

LEÓN SANZ, F.J., “La reforma de la regulación de OPAs y el régimen de los pactos parasociales de las sociedades cotizadas”, en *Noticias de la Unión Europea* núm. 285 (2008), p. 115.

MARCOS, F., “La información a los trabajadores en las Ofertas Públicas de Adquisición”, en *Revista de Derecho de Sociedades* núm. 30 (2008), p. 229.

MOSCA, CH., “Acquisti di concerto, partecipazioni incrociate e responsabilità per inadempimento dell’obbligo di opa. (Note a margine del caso Sai-Fondiaria)”, en *Rivista delle Società*, fasc. 6 (2007), p. 1290.

MOUTA FERNANDES, F., “El caso de la OPA de Arcelor Brasil, S.A.”, en *Revista Iberoamericana de Mercados de Valores* núm. 24 (2008), p. 11.

MUCCIARELLI, F.M., “L’attuazione della Direttiva OPA nell’ordinamento italiano”, en *Giurisprudenza Commerciale, Società e Fallimento* núm. 3 (2008), p. 448.

MUÑOZ PÉREZ, A.F., “El concepto amplio de concierto como presupuesto de la OPA imperativa en Derecho español”, en *Revista de Derecho de Sociedades* núm. 30 (2008), p. 45.

OVALLE, P./RAMÍREZ VELANDIA, A., “El nuevo régimen de OPAs en Colombia o la protección a los accionistas”, en *Revista Iberoamericana de Mercados de Valores* núm. 24 (2008), p. 63.

PESSANI, S.C., “Violazione dell’obbligo di OPA e risarcimento del danno”, en *Giurisprudenza Commerciale, Società e Fallimento* núm. 2 (2008), p. 496.

PONCE HUERTA, J., “El procedimiento de las OPAs y su relación con otros reguladores. Defensa de la competencia y sectores económicos regulados”, en *Revista Iberoamericana de Mercados de Valores* núm. 24 (2008), p. 19.

MÉNEZ RODRÍGUEZ, P./OCAMPO CHACÓN, H./PACHECO ROMERO, G., “Ofertas Públicas de Adquisición en el mercado de valores costarricense”, en *Revista Iberoamericana de Mercados de Valores* núm. 24 (2008), p. 27.

RAFFO ARANDA, R., “Regulación de las Ofertas Públicas de Adquisición de Acciones (OPAS) en Chile”, en *Revista Iberoamericana de Mercados de Valores* núm. 24 (2008), p. 41.

— RÉGIMEN DE LOS INSIDER

JUAN Y MATEU, F., “El régimen jurídico de la ‘información relevante’ en los mercados de valores”, en *Noticias de la Unión Europea* núm. 285 (2008), p. 91.

KLÖHN, L., “Abhandlungen - Wettbewerbswidrigkeit von Kapitalmarktinformation?”, en *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* núm. 4 (2008), p. 388.

LÖBBE, M., “Sven h. Schneider, Informationspflichten und Informations system einrichtungspflichten im Aktienkonzern”, en *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* núm. 3 (2008), p. 373.

LUTZ, H., “Prospektverantwortlichkeit infolge werbender Äusserungen über Kapitalanlagen”, en *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* núm. 16 (2008), p. 726.

— CAPITAL RIESGO

MONSERRAT, A., “Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales”, en *Anuario de Derecho Conursal* núm. 2 (2008), p. 71.

— SOCIEDADES Y FONDOS DE INVERSIÓN

DÍAZ RUIZ, E., “El depósito de valores y otros instrumentos financieros de las IIC en cuentas omnibus”, en *Noticias de la Unión Europea* (Monográfico sobre Instituciones de Inversión Colectiva), núm. 283 (2008), p. 3.

HERNÁNDEZ GIL, E., “El folleto simplificado como instrumento esencial de información para el inversor minorista. Deficiencias en su regulación actual y posibles reformas”, en *Noticias de la Unión Europea* (Monográfico sobre Instituciones de Inversión Colectiva), núm. 283 (2008), p. 15.

LARGO GIL, R., “Las fusiones transfronterizas de los fondos de inversión”, en *Noticias de la Unión Europea* (Monográfico sobre Instituciones de Inversión Colectiva), núm. 283 (2008), p. 33.

MARTÍNEZ NADAL, A., “Aproximación jurídica a las Instituciones de Inversión Colectiva Inmobiliaria”, en *Noticias de la Unión Europea* (Monográfico sobre Instituciones de Inversión Colectiva), núm. 283 (2008), p. 45.

MOLINOS RUBIO, L.M.^{3.}, “La tributación de los instrumentos del ahorro de las IIC en la Ley 35/2006 y la estrategia de Lisboa”, en *Noticias de la Unión Europea* (Monográfico sobre Instituciones de Inversión Colectiva), núm. 283 (2008), p. 55.

MORALEJO MENÉNDEZ, I., “Apuntes en torno a las políticas comunitarias en materia de fondos de inversión libre. La aptitud de los índices ‘hedge funds’ para servir de índices financieros OICVM”, en *Noticias de la Unión Europea* (Monográfico sobre Instituciones de Inversión Colectiva), núm. 283 (2008), p. 65.

PULGAR EZQUERRA, J., “La naturaleza jurídica de los fondos de inversión mobiliaria en el marco de la Ley 35/2006 de Instituciones de Inversión Colectiva”, en *Noticias de la Unión Europea* (Monográfico sobre Instituciones de Inversión Colectiva), núm. 283 (2008), p. 85.

TAPIA HERMIDA, A.J., “Los activos aptos para la inversión de los Organismos de Inversión Colectiva en Valores Mobiliarios”, en *Noticias de la Unión Europea* (Monográfico sobre Instituciones de Inversión Colectiva), núm. 283 (2008), p. 93.

RONCERO SÁNCHEZ, A., “El deber de ejercicio de los derechos inherentes a los valores integrados en la cartera de un inversor institucional”, en *Noticias de la Unión Europea* (Monográfico sobre Instituciones de Inversión Colectiva), núm. 283 (2008), p. 101.

WELLER, M.-P., “Ausländische Staatsfonds zwischen Fusionskontrolle, Aussenwirtschaftsrecht und Grundfreiheiten”, en *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* núm. 19 (200), p. 857.

TÍTULOS VALORES

— EN GENERAL

BORDIGA, F., “Emissione di assegni a favore di società azionaria in pendenza di aumento di capitale: formazione del vincolo di “apporto” e profili di qualificazione”, en *Banca Borsa Titoli di Credito*, parte 2.^a, núm. 4 (2008), p. 527.

— ACCIONES

ALBANESE, A., “Operazioni sulle azioni proprie (e leveraged buy-out) nel nuovo diritto societario”, en *Contratto e Impresa* (2007), p. 353.

SIMONETI, H., “Sequestro penale di azioni ed esercizio dei diritti sociali (Osservazioni a Cass., 11 novembre 2005, núm. 21858 e 18 giugno 2005, n. 13169)”, en *Foro Italiano I* (2006), p. 2864.

TÍTULO: ECONOMÍA Y DERECHO EN LA OBRA DE JUAN DE SOLÓRZANO PEREIRA

Autor: Santiago Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, 271 pp.

El estudio del Derecho mercantil y de la economía modernos, tan centrado en las actualidad de las instituciones y tráfico modernos, goza de fecundas raíces, tanto institucionales como normativas, que han contribuido a dotarles de su actual configuración. Posiblemente entre las etapas que más interés pueden suscitar para el historiador económico y para el jurista mercantil, se encuentra la del descubrimiento, colonización y conquista de América. Este hecho, que ya fue subrayado por el autor de este libro, el Profesor de Derecho mercantil y Doctor en Economía Santiago Hierro Anibarro hace ya más de una década, queda bien patente en las páginas de la obra que se comenta. Es de agradecer al Profesor, uno de los mejores conocedores del Siglo de Oro español en materia económica y mercantil, que retomando aquella idea, haya centrado su más reciente libro en la investigación y análisis de las instituciones económicas de los siglos XVI y XVII a través de la figura de Juan Solórzano Pereira, pensador, jurista y reformador español del Siglo de Oro español.

El viaje en el tiempo que aquí se relata aporta claves que no sólo sirven para comprender mejor la historia económica y jurídica mercantil de la metrópoli española, sino, además, las del Derecho mercantil y de la Economía en Hispanoamérica. Estamos ante un trabajo que aúna análisis jurídico, económico e histórico con comentarios sobre el funcionamiento de las instituciones de la época (desde las Universidades a los Consejos Reales pasando por las Audiencias de Indias, la Hacienda, los repartimientos, las encomiendas, los Consulados o los Asientos). Escrito en una prosa armoniosa, a través de los acontecimientos vitales y de las obras de Juan de Solórzano, permite al lector verificar cuánto se ha cambiado desde el siglo XVII al XXI en algunos aspectos, como en la organización y estructura administrativa y mercantil o en determinadas posiciones ideológicas; y cuan poco se ha avanzado en otros aspectos, desde las dificultades a las que se ven sometidos los investigadores independientes para desarrollar el camino profesional que su inteligencia y voluntad les impulsaron a trazarse; al debate entre iniciativa privada e intervención estatal en el comercio, o a la problemática derivada de la presión fiscal, etc.

Las primeras páginas de *Economía y Derecho mercantil en la obra de Juan de Solórzano Pereira* están prologadas por el Profesor Gabriel Tortella. A continuación, una breve introducción del autor da paso a los 6 capítulos en los que se estructura el

libro comentado. En cada uno de ellos, y junto a los contenidos centrales de cada epígrafe que, evidentemente, constituyen la base expositiva, se ofrecen pinceladas sobre la vida académica, disputas, oposiciones, carrera administrativa, intrigas, idiosincrasias, etc., de los siglos XVI y XVII que simplemente por sí mismos merecerían la pena leer. En ellos reconocemos todas algunas de las grandes virtudes y quizás todos los peores vicios de las instituciones sociales y económicas actuales. El funcionamiento de las Universidades de aquel entonces resulta sugerente a la vista de las reformas que en la actualidad se están produciendo y anunciando. Los Consulados de mercaderes, o de los asientos de averías en el Siglo de Oro puede ser una excelente fuente de inspiración para quienes se adentran en análisis sobre el buen gobierno empresarial, intervención estatal, jurisdicción mercantil o, incluso, mercados e instrumentos financieros actuales.

En el primer capítulo se repasa la figura de Juan de Solórzano Pereira. Se forma en la Universidad de Salamanca, una de las más prestigiosas de la España de los Austrias, donde adquiere una formación jurídica y multidisciplinar (preparación en ciencias jurídicas —fundamentalmente canónica y civil—, sociales morales y políticas) coherente con el sentido que en aquella época tenían las Facultades de Leyes. En Salamanca alcanza los grados de licenciado y doctor, conoce a grandes juristas de la época como Gabriel Enríquez y forma a discípulos como Alonso Carbona.

El rigor de estas páginas no desmerece la riqueza del sustrato anecdótico de este capítulo que anima a su lectura directa. A modo de ejemplo, Santiago Hierro nos acerca a aspectos poco conocidos sobre la Universidad del Siglo de Oro, como los procesos de cátedra, incluido el voto de los estudiantes de la época, razón por la cual los currícula de los candidatos eran objeto de atención por parte de aquéllos, y que propugnaba la realización de numerosas actividades como debates, lecturas extraordinarias, etc., que sin duda animarían y dotarían de dignidad social destacada a las Universidades. Hierro Anibarro describe con fruición el ambiente altamente competitivo de la academia, los privilegios de los Colegios Mayores sobre las cátedras, así como la dificultad —bien conocida por Solórzano— de desarrollar una carrera independiente, sin dejarse llevar por las presiones de unos o de otros. Tras una serie de intentos infructuosos del candidato Solórzano, alcanza la cátedra de Vísperas en 1607, y dos años después abandona la Universidad. Da un giro fundamental a su carrera en términos formales, pero no abandonó nunca la investigación en las materias que le eran preferidas.

Aceptando el cargo de oidor en la Audiencia de Lima, inicia el prohombre madrileño su etapa americana en el Virreinato de Perú (1609-1627). La administración colonial española estaba compuesta de elementos que “se elevaban desde el pueblo a la corona” y otros que “emanaban de la corona hacia el pueblo”. En su seno, la Audiencia no sólo era un Tribunal de Justicia al modo actual, sino una proyección de los Consejos Reales con competencias en gobierno y administración. El detalle con el que Hierro Anibarro describe los apoyos buscados y no recibidos por aquel investigador caracterizado por su rigor e independencia; así como las órdenes de sus superiores de detener estas labores dan muestra de las peripecias presentes en una sofisticada sociedad, no muy distantes de las intrigas cortesanas de otras muy posteriores. Similarmen-

te se recogen en las páginas comentadas comentarios sobre la desazón de quien hallándose lejos de la metrópoli embarcado en una carrera administrativa se siente aislado.

Pese a que eventualmente regresaría a la península Ibérica, una importante época de la vida de Juan de Solórzano Pereira discurre en ultramar. La participación de los funcionarios en la vida económica del Virreinato (repartición de indios, recaudación de tributos, repartimientos, etc.) era una peculiaridad indiana que contrastaba con la situación en Castilla. En efecto, aunque se pretendió mantener en América la tradición castellana de separación entre comercio y Estado, lo cierto es que es que en el Nuevo Mundo la actividad económica se fue introduciendo en la vida de las autoridades. Nuestro personaje conoció todos los ámbitos económicos en su etapa de Indias y en particular en tanto que administrador y visitador del yacimiento de Huancavelica en el Virreinato peruano. Además adquirió formación en comercio con dos encargos reales: Por un lado la redacción de las ordenanzas del Consulado de Lima, que junto al de la ciudad de México eran las únicas corporaciones de mercaderes de Indias. Por otro lado el de ser Censor, labor a través de la cual Solórzano conoció obras como el *Laberinto de comercio terrestre y naval* de Juan de Hevia Bolaños.

El pensamiento y obras de este intelectual del Siglo de Oro, se sitúan dentro de un movimiento del regalismo, iniciado en el siglo xv y que culminó en el xvii. Su mayor prestigio se labra con sus obras dedicadas a las instituciones indianas, fruto de su trabajo recopilatorio en el virreinato y que ven la luz cuando al fin alcanza puestos en la administración de la metrópoli. Además de sus obras impresas (como *De Indiarum Iure*, *Política indiana*, *décadas de los emblemas*, *Discurso y alegación en Derecho sobre la culpa que resulta contra el general Don Juan de Benavides en razón de haber desamparado la flota de su cargo*); escribió varios opúsculos, y manuscritos no impresos, de los que el Profesor Hierro Anibarro da noticia.

El libro comentado no descuida ciertos hitos de la vida personal del personaje, que el Profesor Hierro Anibarro relaciona con su obra. Casado con una joven criolla, Solórzano tuvo 8 hijos, lo que además le permitió conocer de primera mano la situación de los que disfrutaban de la institución —típicamente indiana— de la encomienda. Este aspecto queda reflejado tanto en la obra del prohombre castellano del siglo xvi, como en el trabajo que ahora comentamos.

Dentro del primer capítulo, el epígrafe dedicado a los años 1627-1655 repasa algunas de las principales instituciones administrativas del siglo xvii español como los Consejos Reales, cumbre de la carrera administrativa, que componían una gerontocracia que mantenía unida pero estática a la monarquía. Esta referencia se apoya estilísticamente en el hecho de que a su regreso a la metrópoli Solórzano sirvió en dos de estos Consejos, el de Hacienda y el de Indias.

En el segundo capítulo del libro de Santiago Hierro se repasa la economía y las instituciones económicas indianas: los trabajos personales, la encomienda, los repartimientos. Así mismo se repasan los principales aspectos de la organización económica del momento: propiedad de la tierra, agricultura, ganadería, transporte y comercio; así como ciertas industrias, fundamentalmente la textil y la minera. Para entender sus rasgos hemos de situarnos en el siglo xvi, cuando el reconocimiento de la libertad de los indios en 1500 por parte de la Corona Castellana los dejó, no obstante, equiparados

a personas necesitadas de tutela o protección legal reduciéndoseles la capacidad de obrar. Lejos de abundar en un intento de explotación, se adoptaron medidas cautelares a favor de los indios, que abarcaban desde recomendar su protección y defensa a las autoridades, a la imposición de mayores penas si se les infligían daños que si se cometían contra españoles. Subraya el profesor Hierro Anibarro que se construyeron escuelas y se aprobaron leyes laborales favorables a los indígenas americanos que no existían para otros jornaleros en Castilla ni en otros países europeos.

A estas alturas del siglo XXI, quizás sea difícil comprender la inmensa oportunidad que supuso el descubrimiento y posterior colonización de América por parte de la Corona castellana. Los metales preciosos fomentaron en muchos el afán de hacer dinero, y dieron también lugar a críticas sobre las malas prácticas que ponían en riesgo el buen aprovechamiento de tales riquezas. Contemporáneo de esa época, Solórzano dedicó buena parte de sus investigaciones a la justificación de los bienes, títulos y derechos de los españoles en aquellas tierras, y criticó su falta de habilidad para retener las riquezas allí obtenidas. Los coetáneos de nuestro personaje fueron una generación abrumada por los sacrificios a los que se vio sometida, particularmente en el orden fiscal y militar. Quizás por ello Solórzano se lamenta de la guerra y pondera, en cambio, el valor de la paz que hubiera permitido explotar los beneficios de las colonias. En efecto, en el comercio indiano, España no sabe aprovechar su momento, y en lugar de asentar un crecimiento mantenido entra en una fase de decadencia precisamente en el siglo XVII, declive que se prolongaría mucho más allá.

El análisis que Solórzano efectúa de las instituciones jurídico económicas típicamente indianas se basa en la equiparación de los españoles de los dos lados del atlántico. Por ello, pese a que Juan de Solórzano y Pereira justifica ciertas instituciones que hoy causarían extrañeza, lo hace de modo limitado. En relación con los tributos de servicios personales o servicios forzosos, también conocidos como *mita*, los considera como éticamente reprobables, aunque en tanto que funcionario los justifica basándose en el interés general, en un mercantilismo que impone los objetivos del Estado en el terreno de lo económico, en la división del trabajo, en la doctrina de los hechos consumados, así como en la relación de coste-beneficio de estos servicios. La Administración española imponía estos servicios laborales a las comunidades indígenas para realizar trabajos en sectores distintos, por ejemplo el de la minería. En este contexto, Solórzano se muestra radicalmente opuesto al trabajo infantil y alude a la necesidad de encontrar vías alternativas para la integración económica de los indígenas y para superar su reticencia a desarrollar actividades retribuidas. Propugna limitar los servicios personales forzosos en función de criterios de proporcionalidad, temporalidad y en otros materiales, teniendo en consideración el respeto de la libertad personal de los indígenas y en el principio de igualdad con los restantes súbditos de la Corona. Además, sus investigaciones sobre el Nuevo Mundo permiten verificar que el éxito de la *mita* (cercana a las servidumbres medievales de Europa) se debió en buena medida a sus similitudes con instituciones precolombinas que habían sido practicadas y asumidas por los nativos mucho antes de la llegada de los españoles.

Por lo que respecta a la *encomienda*, institución de origen castellano que se refuerza con la conquista de México y Perú, en su adaptación al Nuevo Mundo adquirió

originalidad propia. Solórzano la justifica económicamente como una forma de remuneración a los encomenderos.

La encomienda americana era un instrumento por el cual un grupo de familias indígenas quedaba sometido a la autoridad de un *encomendero* de origen español. Éste adquiría el derecho a beneficiarse de determinados trabajos personales de aquéllos y el de exigirles el pago de tributos. El encomendero se comprometía respecto de los indios a cuidar de las familias y a propiciar su formación religiosa, y respecto del Rey a prestar servicio militar a caballo cuando le fuere requerido. Esta institución podía tener carácter temporal o vitalicio. Con el tiempo se asentó la costumbre de que viuda e hijos del encomendero siguieran disfrutando de la encomienda y pronto, con la Real provisión de 25 de marzo de 1536, se implantó la encomienda por dos vidas: la del primer poseedor y la de su sucesor inmediato. Más adelante, en 1542 se abolieron las encomiendas de trabajo, pasando los encomenderos a poder exigir sólo el pago de tributos, y por fin en 1718 a la abolición general. La construcción de la encomienda en la obra de Solórzano se basa en el escaso número de españoles en Indias, en su procedencia de capas socialmente inferiores y en la libertad de los indígenas decretada formalmente en 1500, que llevó a diversas formulas de trabajo obligatorio.

Otra de las figuras económicas y jurídicas de la Administración española en América es la del *repartimiento*, título para adquirir la tierra y eje de la política agraria. A través del descubrimiento y siguiendo concepciones jurídicas romanas, la propiedad quedaba vinculada al rey y los particulares sólo la adquirían por regalía. La posesión comunal de la tierra americana en épocas precolombinas facilitó la implantación del nuevo orden importado. A efectos de facilitar la repoblación de los nuevos territorios con españoles y con indios, los monarcas castellanos concedían a los “*adelantados*” de las expediciones descubridoras, la facultad de “*repartir*” los territorios entre ambos grupos de repobladores. El título de propiedad exigía además la residencia permanente durante períodos que constaban en las capitulaciones (unos 4 años), dando lugar a un régimen no muy distinto del que anteriormente había sido empleado en la reconquista española. Con el paso de tiempo y las dificultades económicas de la Corona, la política se invierte reclamando el monarca para sí, tanto territorios sin ocupar como otros, salvo que los colonos pagasen la llamada “*composición*”. No es el objeto de esta breve recensión el resumir el ingente trabajo que sustenta el libro comentado. Por el contrario, sí corresponde subrayar que las diferencias entre la situación de los títulos de propiedad de criollos e indígenas, la evolución en los repartimientos, el desarrollo de la ganadería, la industria textil, transporte y correo o minería —aspecto este último particularmente bien conocido por Solórzano y principal recurso económico del virreinato de Lima— merecen una consulta directa con esta obra.

En el tercer capítulo de libro comentado se estudia la Hacienda pública y la fiscalidad en las Indias. La Hacienda Real es la institución más criticada por Solórzano, debido en buena medida a que las necesidades militares absorbían la mayor parte del gasto. La Hacienda indiana era una prolongación de la castellana, aunque presentaba rasgos excepcionales. Por ejemplo, el que el cobro de impuestos no era homogéneo, sino que los españoles residentes en Indias estuvieron exentos de contribución personal y directa, mientras que los indios pagaban *diezmos* y *contribuciones* (al Rey o, por

cesión de éste a los encomenderos). Este capítulo nos acerca a determinadas instituciones fiscales, algunas presentes hoy en día —como los censos, que hubo que elaborar pues los impuestos tenían carácter personal— y otros ya desaparecidos como los tributos por *regalías*, es decir sin refrendo de cortes; los impuestos especiales como la “*media anata*”, para conseguir plaza u oficio; o las *lanzas* o *arcabuces* sobre las mejores encomiendas.

En el cuarto capítulo se analiza el comercio y los mercaderes de los siglos XVI y XVII. Se manifiesta aquí la concepción de la época de que los negocios de los comerciantes son beneficiosos para el Estado por lo que deben ser objeto de protección. En esta línea Solórzano es partidario de reconocer el fundamento público de la política mercantilista. La voluntad de unir comercio con los títulos de posesión de las Indias le lleva a construir una sólida doctrina para fundamentar los justos títulos de adquisición y dominio en el Nuevo Mundo. La magnitud del descubrimiento americano obligó a que el Estado tuviese que contar con los particulares para completar la colonización y explotación. Con todo, la parte del monopolio que permaneció en manos del Rey se reservó a unos pocos súbditos: los Cargadores de Indias.

El derecho a comerciar con Indias estuvo íntimamente ligado a la nacionalidad. Si bien en la obra de Hevia Bolaños parecía más vinculado a los derechos de los naturales de la Corona de Castilla, Solórzano —su coetáneo— entiende incluidos a los aragoneses, mallorquines y otros súbditos de la corona de Aragón dentro del privilegio. Esta flexibilidad termina aquí, pues nuestro autor fue contrario a otorgar *cartas de naturaleza* para comerciar con el Nuevo Mundo a los extranjeros. Tales autorizaciones habían sido difíciles de obtener en época de Felipe III, pero su régimen se relajó durante el reinado de su hijo, realidad que fue criticada por Solórzano porque a su juicio representó una grave pérdida para los españoles.

El concepto de *mercader* en el Siglo de Oro es el de una persona privilegiada en el sentido del Antiguo Régimen, rango que toma importancia inmediatamente después del descubrimiento de América. Junto a ellos, destacaba la figura del factor o agente principal. Hierro Anibarro da repaso a los principales privilegios de mercaderes dando explicación y justificación de su contenido sobre la base del contexto en el que se producen. Mientras en la metrópoli existe mayor separación social entre nobleza y mercader en perjuicio del prestigio social de estos últimos, en los virreinos nobleza y comerciantes se acercan. Por otro lado, se producía distanciamiento entre el gran mercader y otros con menor volumen de negocio a los que despreciaban aquéllos.

El sistema comercial de la época facilitó la centralización del tráfico comercial de la metrópoli en pocas ciudades como Sevilla. Así quedaron favorecidas las comunidades de mercaderes de aquellas, que podían acaparar el comercio de Indias de ciertas mercancías y distribuir las en régimen de exclusiva y cuya influencia les permitió presionar con éxito sobre la Corona para que las autoridades de los virreinos no pudiesen establecer precios fijos, pese a la inflación.

Entre los debates a los que nos acerca el libro del Profesor Hierro Anibarro se encuentra el de los cambios y la usura en el siglo XVI, desarrollado en torno a una bipolaridad planteada entre razones de mercado y motivos éticos. En el tráfico de Indias se encuentran las raíces de los mercados de capitales pues, la necesidad de

acumularlos para financiar el comercio dio lugar a un mercado paralelo al de mercancías. Desde comienzos del siglo xvii, con la creciente internacionalización y sofisticación de los negocios sobre capitales, el mercado financiero sevillano se hizo permeable a influencias externas, debilitándose las posiciones más moralistas de un debate, en el que Solórzano se muestra favorable a la apertura.

En el quinto capítulo se analiza la institución del Consulado de mercaderes, particularmente en su adaptación trasatlántica. Los Consulados de mercaderes se inician en la corona de Aragón. El primer tribunal de Consulado que funcionó fue el de Valencia en 1283 y es posible que en la misma época hubiera una corte similar en Barcelona. Alejandría y Damasco albergaron ya entonces consulados extraterritoriales aragoneses. Las colonias de comerciantes castellanos en el extranjero tampoco fueron ajenas a este fenómeno, como se desprende de la constitución del Consulado castellano en Flandes.

El antiguo privilegio consular que había permitido a Castilla nombrar cónsules de las comunidades de mercaderes en el extranjero chocaba con la preferencia de los mercaderes de elegirlos ellos, llegando en la época de Juan II de Castilla, hermano y predecesor de la reina Católica a la renuncia real. La institución consular interior se inicia en Castilla con la Edad Moderna, siendo los primeros en territorio peninsular castellano el de Burgos de 1494 y el de Bilbao 1511. Con ellos se otorgaba a las ciudades atribuciones judiciales que completaban la organización gremial.

Con el descubrimiento de América se centralizan las actividades comerciales en Sevilla y ya en 1505 se solicita, desde la Casa de Contratación, un juez con jurisdicción mercantil. Años después, en 1543 se crea el Consulado de Sevilla o Consulado de Cargadores de Sevilla, sin quedar la Casa de Contratación desvinculada de la jurisdicción mercantil. Al contrario, desde ésta se dirimían los recursos de alzada del Consulado. Inicialmente, la función del Consulado de Sevilla fue establecer una jurisdicción mercantil ágil respecto de los cargadores, mientras que las relaciones con la Casa de Contratación eran de tipo procesal y de ejecución. Pero las funciones del Consulado se fueron ampliando.

A finales del siglo xvi la jurisdicción mercantil se extendió a los virreinos de América con la creación de los Consulados de México y Lima. Solórzano fue uno de los redactores de las Ordenanzas del Consulado de Lima, un tribunal mercantil a cuyo frente estaban el prior y los cónsules, y cuyo procedimiento de funcionamiento era una combinación de los ya existentes en Aragón y Castilla.

Estos tribunales se constituían por decisión real a petición de los mercaderes basándose en la necesidad de obtener una justicia más ágil. La condición de comerciante era el requisito subjetivo indispensable para beneficiarse de su competencia jurisdiccional. Además, en el pleito debían intervenir mercaderes y éste había de versar sobre un acto de comercio —motivo este último que según señala el Profesor Hierro— dio lugar a abundantes conflictos con otras jurisdicciones, así como a cláusulas de sometimiento voluntario a la jurisdicción del consulado presentes en muchos contratos de la época. La competencia de esta jurisdicción especial alcanzaba generalmente (con la excepción del Consulado de cargadores de Sevilla) a todos los territorios

donde se situaba el consulado en cuestión. Así la del Consulado de Lima se extendía por Perú, Tierra Firme y Chile.

En el sexto capítulo se analizan las instituciones mercantiles de la Carrera de Indias, ofreciéndonos datos y perspectivas muy útiles para asentar históricamente algunos de los fenómenos económicos y jurídico mercantiles más relevantes en la actualidad. Pese a que las figuras propias de la Carrera desaparecieran como tales, no cabe duda que sus elementos, configuración e incluso sus defectos son bien reconocibles en otras instituciones actuales.

La Casa de Contratación fue la primera de las instituciones de la Corona castellana para hacer frente a las necesidades del descubrimiento, siguiendo en cierta medida la precedente *Casa da India* portuguesa. Fiscalizaba la navegación a ultramar, asesoraba a la Corona en asuntos relacionados con el comercio americano y gozó de competencia judicial, que se vio recortada con la creación del Consulado de Cargadores. Solórzano dedicó el último capítulo de su obra *La Política indiana*, a su crisis, y criticando el exceso de regulaciones.

Por lo que se refiere a la institución de la *Avería*, también referida en *La Política indiana*, era un mecanismo para prorratear el coste de una armada protectora. Desapareció en el siglo XVII, por lo que es difícil delimitarla con precisión. Santiago Hierro es uno de sus mejores conocedores, de lo que ha dado fe en anteriores trabajos. Por ello este capítulo resulta de especial interés, particularmente para los mercantilistas dedicados al Derecho societario y de mercado de capitales que deseen enriquecer sus conclusiones aprovechando la rica historia moderna del Derecho español.

En los años inmediatos tras el Descubrimiento, las necesidades de protección de las flotas de mercaderes no parecían muy intensas, pero a raíz de la guerra franco-española en 1520 se incrementaron los peligros de corsarios que, además solían frecuentemente refugiarse en aguas portuguesas. Todo ello motivó la formación de una armada de protección, así como la reglamentación del tráfico marítimo. A partir de 1554 fueron dos las flotas que se turnaban en el año, y que se financiaban a través de la *Avería*, navegando escoltadas por naos de la Armada. La crisis económica de la Monarquía Española dio lugar a la administración de la avería mediante el *asiento*.

Los *asientos de avería* son descritos por el Profesor Hierro Anibarro como contratos capitulares en los que se recogen las principales previsiones sobre organización, financiación de las armadas de escolta de flotas y de la Guarda de la Carrera. Se componían de tres tipos distintos de cláusulas. Las primeras eran relativas a la organización y duración de las armadas incluyendo prescripciones sobre el número de navíos para escolta y protección de flotas con su duración. Las segundas aludían a la financiación y los recursos obtenidos a través de porcentajes de diversos partícipes y adelantos de la Hacienda Real. Las terceras versaban sobre los privilegios comerciales que incluían los que la Corona otorgaba al consulado a cambio de que éste financiara y organizara las armadas; los privilegios de cargar otros productos como la seda; la obligación de que los navíos mercantiles realicen la carrera dentro de la flota; la limitación del comercio únicamente a extranjeros autorizados, etc. Adicionalmente, explica el autor, a partir de 1618 los contratos de asientos de avería incluyeron disposiciones sobre la organización interna de los asentistas.

La organización interna del asiento no sólo fue original, sino que ha tenido y tiene determinante influencia sobre instituciones características del derecho y economía contemporáneos. Los asientos regulaban el régimen de aportaciones de menor cuantía que permitirían la entrada de partícipes poco activos en el tráfico mercantil. Éstos, posiblemente con menor interés en la seguridad de las flotas propiamente dicha, se comprometían a mantener su inversión hasta el final de la empresa y recibían a cambio el derecho a participar de los beneficios de forma proporcional al desembolso realizado. Además, su responsabilidad o riesgo quedaba limitada a la suma aportada. Estos perfiles se configuraron en la Carrera en una época anterior a la formulación del tal privilegio en las grandes compañías de comercio extranjeras. Entre las normas de organización interna estaban las de ordenación del derecho de los partícipes a ser elegidos para ser administradores; así como reglas para la constitución de Juntas Generales a efectos de elegir por votación a los administradores. Las normas sobre administración dejaban en manos de los elegidos la dirección del comercio trasatlántico, dando lugar en ocasiones a fraudes y abusos, como el propio Solórzano tuvo ocasión de conocer desde su cargo de fiscal del Consejo de Indias.

Pese a que la organización de los asientos discurrió entre disputas por el poder, los beneficios de este negocio fueron muy elevados. Con todo, el sistema quebró en 1640 y a partir de entonces, el sistema de protección de la flota pasó a depender de la aportación fija anual de los comerciantes que junto con otra recibida de la Hacienda sirvieron para financiar las flotas de apoyo y defensa de navíos comerciantes.

El Profesor Santiago Hierro Anibarro, con quien me une una relación de especial afecto, respeto y admiración, es uno de los mejores expertos en instituciones mercantiles de los siglos XVI y XVII en España y en Indias. Así nos ha dejado ocasión de contrastarlo en trabajos anteriores y en particular en su libro sobre *El origen de la sociedad anónima en España*, 1998, Madrid. El que aquí se comenta constituye una obra de madurez académica y personal, fruto de los conocimientos multidisciplinares adquiridos a lo largo de más de dos lustros, que representa una síntesis de muchas fuentes y circunstancias: su vocación al estudio jurídico mercantil; sus conocimientos económicos, disciplina en la que también es doctor; su interés por descifrar las claves de la historia mercantil americana, son algunas de ellas. La elección de la figura de Juan de Solórzano Pereira un “*pensador original e independiente y por lo tanto difícil de encasillar*” en palabras del prologuista Gabriel Tortella como epicentro del desarrollo de un trabajo doctrinal de ciencias económicas y jurídicas no sólo es sugerente, sino que ameniza la lectura, y confiere un estilo original a la obra. La batería bibliográfica y documental en la que se apoya, dota al libro del rigor científico a que este autor nos tiene habituados.

Por todo lo anterior, estamos ante un libro con tintes poco habituales entre los que se escriben hoy en día en el ámbito de la economía y del derecho económico y mercantil actuales. Y por las mismas razones, habría que recomendarlo con especial cariño a quienes están dando sus primeros pasos en una carrera universitaria o administrativa. Junto con las lecciones recibidas de las obras escritas, impresas o no —que nos ha dejado Juan de Solórzano Pereira y que ya han sido recogidas por otros autores contemporáneos—, el Profesor Santiago Hierro Anibarro deja implícito que en Solórzano

encontramos una historia del valor de la independencia y el tesón, de la persistencia en el estudio, y de la dedicación a la justicia práctica y reflexiva. Esta obra nos servirá a muchos de inspiración y seguramente animará a otros estudiosos del panorama académico español y americano a rescatar los pasajes de la historia jurídica y económica común, que más lecciones nos puedan dar de cara al presente y al futuro.

Elena Pérez Carrillo
Profesora Asociada de Derecho Mercantil
Universidad de Santiago de Compostela

ÍNDICE GENERAL DEL AÑO 2008

	N.º de revista	Página
ARTÍCULOS		
— La clasificación de los créditos en los que un tercero disfrute de fianza prestada por una “persona especialmente relacionada con el concursado”. <i>José Antonio García-Cruces</i>	109	7
— La prohibición de revelar información privilegiada: su delimitación y alcance para los miembros del órgano de administración o de control elegidos por los trabajadores. <i>Antonio Tapia Hermida</i>	109	31
— Luces y sombras en la reforma de OPAs: el papel de la junta general en relación con las medidas defensivas. <i>Isabel Fernández Torres</i>	110	7
— Cartas de patrocinio: algunas reflexiones sobre la construcción jurisprudencial del fenómeno. <i>Mónica Fuentes Naharro</i>	110	49
— Las personas interpuestas en los Mercados de Valores. <i>Jesús Alemany Eguidazu</i>	110	87
— Al profesor Fernando Sánchez Calero, en el octogésimo aniversario de su nacimiento. <i>Manuel Olivencia Ruiz</i>	111	5
— El Consejero independiente. <i>Gonzalo Terreros Ceballos</i>	111	11
— Las ofertas públicas de adquisición de valores y el control de las concentraciones económicas. <i>Nemesio Vara De Paz</i>	111	41
— Conclusiones provisionales a propósito de la Ley 41/2007. <i>Francisco Uria Fernández</i>	112	7

	N.º de revista	Página
— La normativa autonómica sobre Cajas de Ahorros. Un análisis comparado. <i>Rafael Rojo Alvarez-Manzaneda</i>	112	41

CRÓNICA

— Un comentario a la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales. <i>Gloria Ortega Reinoso</i> .	109	135
— La contrarreforma del privilegio tributario: la obstinada lucha de la Hacienda Pública. <i>Abel B. Veiga Copo</i>	109	193
— Los acreedores sociales en la amortización de acciones rescatables. <i>Luisa María Esteban Ramos</i>	109	221
— Las competencias de supervisión en materia de Bolsas de Valores. <i>Reyes Palá Laguna</i>	110	129
— La estructura jurídica de los fondos de inversión del Derecho angloamericano. <i>Íñigo Damborenea Agorria</i>	110	149
— El fideicomiso como actividad propia de las instituciones financieras en México. <i>Pedro López-Elías</i> .	110	169
— Justificación de la aplicación a los fondos de inversión inmobiliaria del sistema de control y la normativa de carácter financiero establecida en el Mercado de Valores. <i>Carmen Rojo Álvarez-Manzaneda</i>	111	131
— Los billetes de lotería: función del documento, consecuencias de su pérdida y nuevos mecanismos para su adquisición. <i>David Pérez Millán</i>	111	181
— Consideraciones sobre la revocación del cheque. <i>María Luisa Muñoz Paredes</i>	112	97
— Las reformas estatutarias en materia de ordenación del crédito: análisis de su constitucionalidad. <i>Óscar Meléndez Huelin</i>	112	121

JURISPRUDENCIA

— Los límites derivados de la aplicación del Derecho de Defensa de la Competencia a la cooperación contra el fraude entre entidades partícipes en los sistemas de medios de pago con tarjeta. <i>Ainhoa Veiga Torregrosa</i>	109	255
— La acción de oro (“golden share”). <i>Antonio Tapia Hermida</i>	110	199
— Registro de información de crédito y defensa de la competencia. <i>Fernando González Botija</i>	111	201
— La oposición de excepciones por reclamación indebida en las garantías autónomas a primera demanda. <i>Fernando Sacristán Bergia</i>	111	229
— Inadmisión de la impugnación del acuerdo de fusión por absorción de Terra por Telefónica, por incumplimiento del RD 1197/1991, sobre OPA. <i>María Rosa Tapia Sánchez</i>	112	161

NOTICIAS

— Criterios de valoración cautelar de participaciones de entidades financieras. <i>Alberto Ayala</i>	109	291
— Mesa Redonda sobre la Directiva MiFiD y los cambios en los mercados de valores españoles. <i>Alberto Fernández Alén</i>	109	292
— Aprobado el nuevo modelo de Informe Anual de Gobierno Corporativo. <i>Juan Sánchez-Calero</i>	109	295
— Modificación del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones y del Reglamento de Instrumentación de Compromisos Empresariales por Pensiones. <i>Alberto Javier Tapia Hermida</i>	109	296
— Legitimación del socio para promover la acción social de responsabilidad de administradores (derivative CLAIM) en la Companies Act 2006. <i>Fernando Marín de la Bárcena</i>	109	302

	N.º de revista	Página
— Editada la Quinta Edición del <i>Corporate Director's Guidebook</i> . <i>Juan Sánchez-Calero</i>	109	305
— La reforma de la Ley del Mercado de Valores por la Ley 47/2007. <i>Alberto Javier Tapia Hermida</i>	109	306
— Circular regulando los contratos de liquidez como práctica de mercado. <i>Juan Sánchez-Calero</i>	109	313
— Desarrollos reglamentarios de las Instituciones de Inversión Colectiva en materias de contabilidad, inversiones, hechos relevantes y sociedades gestoras. <i>Alberto Javier Tapia Hermida</i>	109	315
— Aprobada la Ley de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información. <i>Juan Sánchez-Calero</i>	109	317
— LA CNMV aprueba unos criterios para la colocación o compra de grandes paquetes. <i>Fernando Barco</i>	109	318
— Normativa estatal y autonómica de las cajas de ahorros. <i>Fernando Sánchez Calero</i>	110	259
— Desarrollo reglamentario de la normativa sobre empresas de servicios de inversión: el Real Decreto 217/2008. <i>Alberto Javier Tapia Hermida</i>	110	260
— Aprobada la nueva Directiva sobre crédito al consumo. <i>Alfonso Guilarte Gutiérrez</i>	110	268
— Desistimiento del recurso de la Comisión Europea contra la legislación francesa sobre prohibición de remuneración de cuentas corrientes. <i>Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro</i>	110	269
— Informe conjunto de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y del Banco de España sobre los sistemas de compensación, liquidación y registro de valores en Europa. <i>Guillermo Caballero Germain</i>	110	269
— Nueva ola de activismo accionario en EE.UU. como consecuencia de la crisis hipotecaria. <i>Fernando Barco</i>	110	275
— Reglamento de la Ley de Protección de Datos. <i>Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro</i>	110	275
— Novedades reglamentarias en la regulación de las Instituciones de Inversión Colectiva Inmobiliarias. <i>Alberto Javier Tapia Hermida</i>	110	279
— La entrada en el domicilio de las personas jurídicas y el derecho del respeto al domicilio. <i>Isabel Fernández Torres</i>	110	280

	N.º de revista	Página
— El Sistema Arbitral de Consumo: adaptación a la nueva legislación sobre consumidores. <i>Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro</i>	110	283
— Modificaciones reglamentarias en materia de publicidad de resoluciones concursales y de información. <i>Fernando Barco</i>	110	286
— Novedades reglamentarias en la regulación de los activos aptos para la inversión de las Instituciones de Inversión Colectiva Financieras: la Orden EHA/888/2008. <i>Alberto Javier Tapia Hermida</i>	110	287
— Nueva convocatoria del Premio Jaime Fernández de Araoz sobre Corporate Finance. <i>Juan Sánchez-Calero</i>	110	288
— Nueva regulación de las entidades de dinero electrónico. <i>Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro</i>	110	289
— El Banco de España aprueba las cláusulas generales del Servicio de Liquidación de Depósitos Interbancarios. <i>Alfonso Guilarte Gutiérrez</i>	110	291
— Novedades reglamentarias en la regulación de los depositarios de Instituciones de Inversión Colectiva: la Orden EHA/596/2008. <i>Alberto Javier Tapia Hermida</i>	110	291
— Jurisdicciones equiparables en materia de blanqueo de capitales. <i>Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro</i>	111	253
— Nuevas Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Internacional para los reembolsos interbancarios relacionados con créditos documentarios en octubre de 2008. <i>María Jesús Guerrero Lebrón</i>	111	253
— Gran Bretaña: revisión del Combined Code on Corporate Governance. <i>Juan Sánchez-Calero</i>	111	255
— Recomendaciones de la CNMV a las Sociedades de Valoración e Inmobiliarias Cotizadas. <i>Alberto Javier Tapia Hermida</i>	111	255
— EE.UU.: Declaración judicial de nulidad de las disposiciones en la legislación relativa al concurso de consumidores. <i>Mónica Fuentes Naharro</i>	111	257
— La “Ley Volkswagen” y otras “Acciones de Oro”: la lucha continúa. <i>Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro</i>	111	257
— Recomendación europea limitando la responsabilidad de los auditores. <i>Juan Sánchez-Calero</i>	111	259

	N.º de revista	Página
— Eslovaquia se incorpora al euro. <i>Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro</i>	111	260
— Criterios de la CNMV sobre detección y comunicación de operaciones sospechosas. <i>Alberto Javier Tapia Hermida</i>	111	261
— Proyecto de Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. <i>Juan Sánchez-Calero</i> ..	111	262
— ¿Qué es el “Plan Paulson”? <i>Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro</i>	111	263
— Creación de un Fondo de Adquisición de Activos Financieros. <i>Alberto Ayala</i>	112	181
— Modificado al alza el importe de depósitos garantizado por el FGD. <i>Juan Sánchez-Calero</i>	112	182
— Celebración por la Comunidad Europea de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. <i>Alfonso Guilarte Gutiérrez</i>	112	183
— Circular del Banco de España sobre recursos propios mínimos y otras informaciones de las sociedades de garantía recíproca. <i>Isabel Fernández Torres</i>	112	183
— Nombramiento por la minoría del auditor de cuentas. <i>Chisti Amesti Mendizábal</i>	112	184
— Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (versión codificada). <i>Mónica Fuentes Naharro</i>	112	185
— Desarrollos reglamentarios sobre las Instituciones de Inversión Colectiva en el segundo semestre del año 2008. <i>Alberto Javier Tapia Hermida</i>	112	186
— Publicación del Texto Consolidado de las Normas Contables Internacionales. <i>Alberto Ayala</i>	112	188
— Edición electrónica del Boletín Oficial del Registro Mercantil. <i>Alfonso Guilarte Gutiérrez</i>	112	189
— Borrador de Circular sobre anuncio y solicitud de autorización de OPAs. <i>Isabel Fernández Torres</i>	112	190
— La aplicación jurisprudencial de las cláusulas MAC (<i>Material Adverse Change</i>). <i>Mónica Fuentes Naharro</i> .	112	191
— Comunicación de la Comisión sobre las ayudas estatales a entidades financieras. <i>Juan Sánchez-Calero</i>	112	192

	N.º de revista	Página
— Propuesta de Directiva o Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Agencias de Calificación Crediticia. <i>Alberto Javier Tapia Hermida</i> . . .	112	194
— VI Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil. <i>Isabel Fernández Torres</i>	112	195

CRITERIOS ORIENTADORES PARA LOS COLABORADORES DE LA REVISTA DE DERECHO BANCARIO Y BURSÁTIL

La *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, se publica con una periodicidad trimestral. Los trabajos en ella recogidos reflejan los puntos de vista de las personas o instituciones que los suscriben y no representan la opinión de la Dirección o Redacción de la Revista. Las opiniones en ellos vertidas son responsabilidad exclusiva de sus autores y la *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* declina cualquier responsabilidad derivada de los mismos.

El envío de originales supone la aceptación de las siguientes condiciones:

1. Todos los trabajos y libros para revisiones deberán remitirse al Profesor Fernando Sánchez Calero, a la sede de la *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (C/ Quintana, 2, 2.º, 28008 MADRID), en caso de correo postal, o bien, a la dirección de correo electrónico: rdbb@sanchezcalero.com
2. En el caso de su envío por correo postal, los originales deberán presentarse, por medio de un texto impreso, acompañado del correspondiente soporte informático (Microsoft Word).
3. La recepción de los trabajos no implica compromiso alguno para su publicación. La *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* se reserva el derecho preferente de publicar los artículos enviados, presumiendo que los mismos son inéditos y no se encuentran sometidos a evaluación por ninguna otra publicación.
4. El Consejo de Redacción de la *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* comunicará a los autores la aceptación o no de los trabajos, indicando, en su caso, el volumen y número en que se prevé su publicación.
5. Por regla general, los trabajos no superarán las 40 páginas a doble espacio, numeradas correlativamente. El tamaño de letra utilizado será del 12, y deberán ir precedidos de una hoja en la que figure el título del trabajo, el nombre del autor (o autores), situación académica y, en su caso, nombre de la institución científica a la que pertenecen.
6. El trabajo deberá ir acompañado igualmente, de un resumen de su contenido (de 100 a 125 palabras) y entre 4 y 6 palabras clave, todo ello tanto en castellano como en inglés. A continuación deberá incluirse un «Sumario» que permita identificar los distintos epígrafes y apartados del original.
7. Los trabajos destinados a la Sección «Jurisprudencia» además de contar con el contenido recogido en los números 5 y 6 anteriores, deberán ir precedidos de la cita textual total o parcial (en los términos relevantes para el comentario) de los fundamentos de Derecho de la sentencia comentada.
8. Las notas se incorporarán a pie de página, aun cuando se mencione el autor en el texto, con una numeración única y correlativa para todo el trabajo.