

ÍNDICE

Página

ARTÍCULOS

- Los deberes de los administradores de las sociedades cotizadas. (El artículo 114 de la Ley del Mercado de Valores). *José Miguel Embid Irujo* 7
- La creación de los comisionados para la protección de los clientes de servicios financieros. *M.^a Victoria Petit Lavall* 35
- La amortización de la letra de cambio. *Pablo Luis Núñez Lozano* . 57

CRÓNICA

- La Recomendación Europea en materia de retribución de los administradores. (Algunas reflexiones desde el ordenamiento español). *Juan Sánchez-Calero y Blanca Puyol* 163
- Concurrencia, oponibilidad y compensación en la prenda de créditos. *Javier Avilés García* 215

JURISPRUDENCIA

- Aumento de capital para mantener la autocartera. *María de la Sierra Flores Doña* 251

NOTICIAS

1. Novedades en la regulación del Banco Central Europeo. <i>Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro</i>	271
2. Novedades en la legislación de seguros. <i>Alberto Javier Tapia Hermina</i>	272
3. Nueva Propuesta de Directiva en materia de crédito a los consumidores. <i>Alberto Ayala</i>	275
4. Comunicación de la Comisión Europea sobre prevención y lucha contra las malas prácticas financieras y corporativas. <i>Isabel Fernández Torres</i>	276
5. Informe del <i>Takeover Panel</i> sobre el ejercicio 2003-2004. <i>Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro</i>	279
6. Principios de Derecho concursal europeo. <i>José Luis Colino Mediavilla</i>	281
7. Memoria del año 2003 del Servicio de Reclamaciones del Banco de España. <i>Alfonso Guilarte Gutiérrez</i>	283
8. Incremento de la litigiosidad en Italia con motivo de la nueva orientación jurisprudencial sobre ilicitud del anatocismo en los intereses bancarios. <i>Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro</i>	284
9. Consulta de los Servicios de la Dirección General del Mercado Interior: elaboración de un régimen adecuado sobre los derechos de los accionistas. <i>Isabel Fernández Torres</i>	286
10. Propuesta de Directiva sobre aspectos de la mediación en materia civil y mercantil. <i>Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro</i>	289
11. Creación del Foro europeo sobre la Gobernanza Empresarial. <i>Alfonso Guilarte Gutiérrez</i>	291
12. Condena del TJUE a España por incumplir la Directiva de cláusulas abusivas en los contratos de consumidores. <i>Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro</i>	291

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía	297
--------------------	-----

ARTÍCULOS

LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES COTIZADAS. (EL ARTÍCULO 114 DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES) ⁽¹⁾

JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO
*Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valencia*

SUMARIO

- I. PRESENTACIÓN DEL TEMA: UNA VERTIENTE CONCRETA DE UN ASUNTO MÁS GENERAL.
- II. CUESTIONES GENERALES SOBRE LOS DEBERES REGULADOS EN EL ARTÍCULO 114 DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES.
 - 1. Premisa.**
 - 2. Los sujetos.**
 - 3. El ámbito institucional de proyección de los deberes.**
 - 4. Las operaciones.**

(1) El presente trabajo es el resultado de la reelaboración de la conferencia pronunciada, con igual título, en la “Jornada sobre los deberes de los administradores de la sociedad anónima”, organizada en Valencia por el Ilustre Colegio de Abogados de dicha ciudad y por Bancaja, que tuvo lugar el día 23 de abril de 2004. Asimismo, el apartado III.2 resume y actualiza parte de la contribución del autor al *Comentario a la Ley de Transparencia*, dirigido por el profesor Ángel Rojo.

RDBB núm. 96 / Octubre-Diciembre 2004

III. LOS SUPUESTOS CONCRETOS DE DEBERES CONTEMPLADOS EN EL ARTÍCULO 114 DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES.

- 1. El deber de abstención en el marco de la solicitud pública de representación.**
- 2. El deber de información sobre operaciones ajenas al tráfico ordinario de la sociedad o que no se realicen en condiciones normales de mercado.**

- A) Ámbito documental de la información exigida.
- B) El contenido de la información.

- 3. El deber de abstención en el marco de operaciones sobre valores.**

- A) Un apunte sobre los sujetos afectados.
- B) La noción de “valores”.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DEBERES CONTEMPLADOS EN EL ARTÍCULO 114 DE LA LMV (A MODO DE CONCLUSIÓN).

I. PRESENTACIÓN DEL TEMA: UNA VERTIENTE CONCRETA DE UN ASUNTO MÁS GENERAL

La reciente regulación de los deberes de los administradores en la LSA (arts. 127-127 quáter), merced a la reforma llevada a cabo en su seno por la Ley 26/2003, de 17 de julio, llamada de transparencia, no agota todas las vertientes en las que se desenvuelve el hoy decisivo aspecto de los deberes impuestos a los administradores de sociedades anónimas ⁽²⁾. Como es bien sabido, los mencionados preceptos se formulan con carácter común para todas las sociedades anónimas, con independencia de su concreto significado tipológico; y aunque es cierto que el Informe Aldama, documento inspirador, según es notorio, de la Ley de Transparencia, se concibió en referencia exclusiva a las sociedades cotizadas, su plasmación normativa, a través de la ley que nos ocupa, se ha extendido a todo el sector empresarial organizado en forma de sociedad anóni-

(2) Sobre estos deberes, véase últimamente DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *Deberes y responsabilidades de los administradores de sociedades de capital, conforme a la Ley 26/2003, de 17 de julio*, Pamplona, 2004.

ma. Es bien sabido, no obstante, que la Ley de Transparencia ha dado un paso significativo en la ordenación legal de la sociedad cotizada mediante la disciplina contenida en el título X de la LMV. De dicho régimen, conviene destacar, en este momento, la existencia de unos particulares deberes impuestos a los administradores de una sociedad anónima cotizada (art. 114 de la LMV). Por ello, y sin perjuicio de que los deberes establecidos en la LSA también se apliquen a esta última, sus administradores se ven sometidos, además, a las particulares exigencias derivadas del art. 114 de la LMV.

A diferencia de lo que sucede en la LSA, el artículo 114 de la LMV se limita a enunciar el contenido de los deberes, perfilando la conducta debida por los administradores, pero sin calificarlos, esto es, sin indicar a qué categoría genérica se adscriben. Esta omisión del legislador permite plantear, como cuestión previa, si los deberes regulados en el artículo 114 de la LMV constituyen una particularidad más del régimen jurídico de las sociedades cotizadas⁽³⁾ y, por ello mismo, se sitúan al margen de la regulación de los deberes que se contiene en la LSA, o si, a la inversa, no son sino especificaciones singulares de los contenidos en la LSA, cuyo tratamiento normativo podrá servir, en consecuencia, para interpretar más cumplidamente su concreta regulación. Sin que, en este momento, pueda justificarse totalmente nuestra postura, entendemos más correcto el segundo de los criterios que acabamos de enunciar, conforme al cual los deberes contemplados en el art. 114 de la LMV son susceptibles de incluirse en las categorías generales que, a tal efecto, se contienen en la LSA.

La disciplina establecida en los artículos 127-127 quáter de la LSA está llamada a desempeñar, por lo expuesto, un papel destacado en el análisis y aplicación de los deberes de los administradores de las sociedades cotizadas regulados por el art. 114 de la LMV. El relieve particular de cada uno de sus preceptos dependerá, no obstante, de la naturaleza específica que quepa atribuir a los diferentes supuestos contemplados en el art. 114 de la LMV, cuestión que reservamos al último apartado del presente trabajo. Sin perjuicio, por ello, de la necesaria concreción de dicha naturaleza, hemos de tener en cuenta los fines básicos perseguidos por el legislador con motivo del establecimiento de los mencionados deberes en la LSA. En concreto, no es ajena al legislador una

(3) Sobre dicho asunto, por todos, SÁNCHEZ CALERO, F., *La sociedad cotizada en Bolsa en la evolución del Derecho de sociedades*, Madrid, 2001; más recientemente, sobre algunos aspectos del régimen jurídico de la sociedad cotizada, GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Sociedades cotizadas, aumentos de capital y derechos de suscripción preferente*, Madrid, 2003, así como la síntesis de DE LA VEGA, F., "Las sociedades cotizadas", en Alonso Espinosa, F. (dir.), *Curso fundamental de Derecho mercantil, II, Derecho de sociedades*, Murcia, 2004, pp. 383 y ss.

decidida voluntad de tutelar el interés social en el marco de la sociedad cotizada⁽⁴⁾, lo que obliga a tomar en cuenta el deber de fidelidad, cuya operatividad en el actual Derecho español de sociedades dista de resultar clara. Parece también preocupar al legislador el interés del grupo o, dicho de otro modo, del conjunto empresarial en el que se inserta la sociedad cotizada o del que es entidad directora. La relación entre este último y el interés social particular de la sociedad cotizada es un buen tema de estudio, cuyo tratamiento, no obstante, desborda el cometido conferido a las presentes páginas⁽⁵⁾.

El insertar los deberes de los administradores regulados en el art. 114 de la LMV en el más amplio campo de los deberes de los administradores de sociedades anónimas constituye, en nuestro criterio, un elemento metodológico decisivo en su análisis, interpretación y aplicación. Se reconoce, de este modo, la prioridad de la disciplina establecida por el legislador para *todas* las sociedades anónimas, en lo que atañe, entre otras cosas, al régimen de los deberes de sus administradores. No conviene olvidar que los administradores de una sociedad cotizada administran, por ello mismo, una sociedad anónima y que no resulta lógico, por tal motivo, sustantivar en exceso las normas particulares que, por su condición de cotizada, le resulten especialmente aplicables. Con ello, no sólo afirmamos —lo que resultaría obvio— que los administradores de la sociedad cotizada están sometidos a los deberes que la LSA impone a los administradores de todas las sociedades de este tipo, sino también que los preceptos correspondientes a estos últimos deberes constituyen el marco donde habrán de situarse los principales problemas derivados del régimen establecido en el art. 114 de la LMV. Además de facilitarse la conexión entre el Derecho de sociedades anónimas y el Derecho del mercado de valores, con el planteamiento reseñado entendemos que se refleja cabalmente el criterio de política legislativa predominante entre nosotros respecto del tratamiento de la sociedad cotizada. Con las normas vigentes respecto de este tipo singular de sociedad anónima se da vida a una suerte de Derecho especial, del que el régimen general de la sociedad anónima representa no meramente un Derecho supletorio, sino, más

(4) Sobre la cuestión, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada”, *RDM*, 246 (2002), pp. 1653 y ss., discutiendo el relieve de la máxima de “creación de valor para el accionista”. Desde el Derecho alemán, es interesante sobre este tema, últimamente, KUHNER, C., “Unternehmensinteresse vs. shareholder value als Leitmaxime kapitalmarktorientierter Aktiengesellschaften”, *ZGR*, 2004, pp. 244 y ss. Entre nosotros, véase también, en términos más generales, PAZ-ARES, C., “El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor”, *RDM*, 251 (2004), pp. 7 y ss.

(5) Un apunte de la cuestión, sin limitarse a la sociedad cotizada integrada en un grupo, en EMBID IRUJO, J.M., “El buen gobierno corporativo y los grupos de sociedades”, *RDM*, 249 (2003), pp. 963 y ss.

bien, un elemento sustentador general, al modo que sucede con el Derecho común respecto del Derecho mercantil codificado⁽⁶⁾.

En el presente trabajo, intentaremos precisar, si bien de manera sintética, el significado de los distintos deberes regulados en el art. 114 de la LMV. A tal efecto, y para evitar un tratamiento reiterativo, expondremos en primer lugar una serie de rasgos comunes entre los diferentes supuestos, para pasar seguidamente al análisis de los elementos particulares de cada caso, sin perjuicio de matizar o completar, en su caso, algunos de los señalados rasgos comunes. Terminaremos con un breve apunte en torno a la naturaleza jurídica de los supuestos regulados, a fin de permitir su encuadramiento en algunas de las categorías generales de deberes de los administradores contempladas en la LSA.

II. CUESTIONES GENERALES SOBRE LOS DEBERES REGULADOS EN EL ARTÍCULO 114 DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES

1. Premisa

Centrado nuestro interés, como ya ha quedado expuesto, en el análisis del art. 114 de la LMV, parece oportuno establecer algunas consideraciones generales sobre los concretos deberes contemplados en él. Este planteamiento obedece, desde luego, al propósito de facilitar la comprensión del precepto; pero también se debe al propósito de superar, en la medida de lo posible, la defectuosa técnica legislativa empleada en su formulación y que, por desgracia, se repite con demasiada frecuencia en la Ley 26/2003. Abunda el legislador en la contemplación aislada de situaciones que bien podrían haber merecido una visión conjunta; no contento con ese criterio, además, se contemplan supuestos de hecho semejantes o incluso idénticos mediante un terminología heterogénea y en muchas ocasiones incongruente. El precepto que aquí nos ocupa refleja con particular intensidad estos defectos, que alcanzan quizá su más alta cota en la consideración de las uniones de sociedades, con destacada incidencia en el fenómeno tan habitual de los grupos.

Por las razones expuestas, dedicaremos el presente apartado al estudio de tres planos significativos: los sujetos afectados por los deberes, pues no sólo los

(6) No parece muy diferente la relación existente entre las normas relativas a la sociedad limitada nueva empresa, creada por la Ley 7/2003, de 1 de abril, y las correspondientes a la sociedad limitada general. Así lo hemos adelantado en nuestro trabajo "Aproximación al régimen jurídico de la sociedad limitada nueva empresa", de próxima publicación en la *Revista valenciana de Economía y Hacienda*. Más ampliamente sobre esta figura, Boquera, J. (dir.), *La sociedad limitada nueva empresa. Comentario a los artículos 130 a 144 y a las disposiciones adicionales 8.ª a 13.ª de la LSRL*, Pamplona, 2003.

administradores merecen la atención del legislador; el ámbito institucional de proyección de los deberes (la sociedad cotizada, desde luego, pero también otras sociedades o personas jurídicas), y finalmente las operaciones objeto de especial consideración por el legislador, al utilizar en los tres párrafos del art. 114 de la LMV dicho término para comprender, con carácter genérico, las actividades, procesos o negocios que desencadenan la exigencia de una particular conducta o comportamiento.

2. Los sujetos

En cuanto a los sujetos, el art. 114 de la LMV menciona siempre a los administradores, pero no sólo a ellos. En el párrafo primero, el sujeto afectado por el deber es no sólo el administrador sino “otra persona”, que hubiera formulado la solicitud pública de representación. La regla es perfectamente congruente con el régimen del art. 107 de la LSA donde se regula tal supuesto; se habla allí de “entidades depositarias de títulos” o “encargadas del registro de anotaciones en cuenta”, que, junto con el administrador, pueden solicitar para sí o para otro la citada forma de representación ⁽⁷⁾. El término “otra persona” ha de entenderse por tanto en relación con el citado art. 107 de la LSA, aunque la generalidad de la fórmula utilizada por el legislador pudiera hacer pensar otra cosa.

En el párrafo segundo, se habla del administrador “o persona que actúe por cuenta de éstos”, a los efectos de que se mencione en la memoria una información sobre las operaciones realizadas en el marco del supuesto de hecho descrito por la norma. La terminología no es del todo coherente con la anterior, quizá por el tipo de situación que se describe: se trata de llevar a cabo unas “operaciones” —ya hablaremos más despacio de lo que significa esta palabra— y parece normal en este contexto que el administrador no tenga porqué actuar directamente, sino que requiera la intervención de otra persona, que obrará, en tal caso, por su cuenta.

En el tercer párrafo, por último, sólo se habla de los administradores a los efectos de abstenerse de la realización de operaciones sobre valores de la sociedad (o sociedades del grupo o, incluso, más allá del grupo). No parece imposible que en este párrafo se hubiera podido formular un enunciado idéntico al del párrafo anterior: el administrador puede comprar valores por sí mismo o puede

(7) Sobre la solicitud pública de representación y las particularidades de su régimen, véanse RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *La representación de los accionistas en la Junta general de la sociedad anónima*, Madrid, 1990, pp. 70 y ss., y RONCERO, A., *La representación del accionista en la Junta general de la sociedad anónima*, Madrid, 1996, pp. 411 y ss.

adquirirlos por medio de otra persona, afectando el deber de abstención a ambos supuestos. Obsérvese que se dice “sugerir su realización a cualquier persona” y no se habla de que constituya también supuesto del deber de abstención el que la operación haya sido realizada por una persona que actúe por su cuenta. Quizá se pueda llegar a este resultado con la adecuada interpretación, pero, de entrada, el precepto no es todo lo incisivo ni claro que debiera.

El empleo del término “administrador”, por su parte, no está exento de dificultades y problemas. A nuestro juicio, el principal consiste en saber si en dicho término habrá de considerarse incluida la figura del “administrador de hecho” en el caso de que se compruebe su existencia en la sociedad cotizada⁽⁸⁾. Como es bien sabido, la Ley de Transparencia alude expresamente a este sujeto —sin definirlo— con motivo de la regulación de la responsabilidad de los administradores⁽⁹⁾. De este modo, el vigente art. 133.2.º de la LSA somete al administrador de hecho a la misma responsabilidad impuesta a los administradores de derecho, sin matices o restricciones de ninguna clase.

Sin entrar ahora en disquisiciones sobre esta figura⁽¹⁰⁾, parece necesario afirmar que también el administrador de hecho quedará sometido a los deberes del art. 114 de la LMV, en los mismos términos y condiciones que los administradores de derecho. Y ello a pesar del argumento literal en contra que pudiera deducirse del art. 133.2.º de la LSA, cuando alude al incumplimiento de los deberes que *esta ley* impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a dicho texto legal la condición de administrador, como fundamento de su responsabilidad. La expresión “esta ley”, referida formalmente a la de anónimas, no puede utilizarse, a nuestro juicio, como un argumento que haga posible

(8) No resulta fácil imaginar, al menos con cierta regularidad, la presencia de administradores sin título o con título caducado —reproduciendo los términos usados al efecto por el Informe Aldama— al frente de una sociedad cotizada. Con independencia, en todo caso, de esta circunstancia, entendemos lógica e inevitable la inclusión de los administradores de hecho en los deberes contemplados en el art. 114 de la LMV.

(9) Aunque la Ley de Transparencia no hubiera aludido al administrador de hecho —lo que supone, como es sabido, su tratamiento expreso en Derecho de sociedades—, habría sido posible mantener la aplicación de los deberes del art. 114 de la LMV a dicha figura, como consecuencia de su habitual consideración por otras leyes de nuestro ordenamiento (Código Penal, Ley Concursal, etc.), así como por su frecuente presencia en la doctrina de nuestros tribunales. Antes, pues, de la Ley de Transparencia, no era extraño que la referencia al administrador de una sociedad mercantil de capital fuera seguida de inmediato, a modo de inciso, por la fórmula “de derecho o de hecho”, sin perjuicio de que este último, también de modo usual, careciera por completo de delimitación o definición.

(10) Al respecto, LATORRE, N., *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Granada, 2003; también DÍAZ ECHEGARAY, J.L., *El administrador de hecho de las sociedades*, Pamplona, 2002.

excluir la exigencia de responsabilidad a los administradores (de derecho o de hecho) cuando el deber incumplido no se encuentre regulado en la LSA. De este modo, el incumplimiento de los deberes regulados en el art. 114 de la LMV, al margen de específicas disposiciones contractuales o estatutarias, quedaría impune. La inserción de este último precepto en el marco de los deberes regulados con carácter general en la LSA, antes avanzada, permite superar este escollo, dando una mayor coherencia al régimen jurídico de los administradores, sean de sociedades cotizadas o no.

3. El ámbito institucional de proyección de los deberes

El segundo aspecto común a los diferentes apartados del art. 114 de la LMV es el relativo al ámbito institucional sobre el que ha de proyectarse el cumplimiento de los mencionados deberes; comprendemos bajo dicha fórmula, desde luego, a la sociedad cotizada a la que el sujeto en cuestión administre, pero también a otras personas jurídicas (sociedades, en la terminología usada por el legislador) vinculadas con aquélla en diverso grado, desde el más laxo hasta el supuesto de grupo, como ejemplo más intenso de integración empresarial. El art. 114 de la LMV, como sabemos, nos habla de administradores (u otras personas) en el marco de una sociedad anónima cotizada, imponiéndoles unos concretos deberes. Pero esos deberes resultan también operativos en el marco de operaciones o actuaciones realizadas con sociedades relacionadas con la cotizada, ya sea por pertenecer al mismo grupo (art. 114.2.º), o, lo que significa lo mismo, por ser sus filiales (art. 114.3.º), o por disfrutar de un vínculo no demasiado preciso con aquélla, sin llegar, desde luego, a formar un grupo (sociedades asociadas, vinculadas, que menciona el art. 114.3.º).

Nada de esto se dice, sin embargo, en el art. 114.1.º, quizá por mantener la consonancia con el régimen general de la solicitud pública de representación, contenido en el art. 107 de la LSA. Se ha criticado, no obstante, que el legislador se haya limitado a considerar la solicitud pública de representación por los administradores de la sociedad afectada, sin incluir a los empleados de dicha sociedad y a los administradores y empleados de otras sociedades vinculadas a aquélla, omisión que puede constituir una vía de escape a la aplicación de esas normas⁽¹¹⁾. En este precepto, no obstante, aparece el vínculo intersocietario pero sólo a propósito de uno de los supuestos en los que expresamente se prohíbe al administrador (o a otra persona) el ejercicio del derecho de voto de las acciones representadas. Es el caso considerado en el art. 114.1.º d) cuando impone la abstención al sujeto afectado respecto de “la aprobación o ratifica-

⁽¹¹⁾ En este sentido, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *La representación de los accionistas*, cit., p. 80.

ción, cuando proceda, de operaciones de la sociedad con el administrador de que se trate, sociedades controladas por él o a las que represente o personas que actúen por su cuenta”. Obsérvese que ahora se habla de *control societario* —aun referido al administrador— y se prescinde del término grupo o sociedad filial, expresiones ambas, como acabamos de señalar, utilizadas en los otros apartados del precepto. Quizá ello se deba a la extrañeza que para el legislador puede suponer el hecho de que el administrador aparezca situado en la “cima” de un grupo; en realidad, dicho supuesto es perfectamente viable, tanto cuando sea persona física, como, si bien con más razón, cuando esté organizado bajo forma de persona jurídica.

En todo caso, la ampliación de la referencia a la sociedad cotizada para incluir a otras entidades se hace por el legislador sin demasiadas aclaraciones. En el art. 114.2.º se habla de las operaciones “con una sociedad del mismo grupo”. Dado que nos encontramos en la LMV, el concepto de grupo pertinente será el indicado en su art. 4, que ve en la “unidad de decisión” el elemento fundamental de su concreta articulación empresarial, al igual que el art. 42 del C. de c., recientemente reformado⁽¹²⁾. Conviene reparar, no obstante, en una disonancia terminológica entre ambas normas; el art. 42 del C. de c. habla de “sociedad”, en tanto que el art. 4 de la LMV, con mayor amplitud, se refiere a “entidad”. Entendemos preferible dar prioridad a este último término por razones sistemáticas, a la vista de que el precepto citado contiene la definición general del grupo en sede de Derecho del mercado de valores; pero también conviene la interpretación amplia para superar una forma sencilla de eludir la norma, mediante la interposición en el grupo de personas jurídicas no societarias.

Por su parte, el art. 114.3.º de la LMV contempla las operaciones realizadas por el administrador de la sociedad cotizada “sobre valores (...) de las

(12) Una vez reformado el art. 42 del C. de c. por la Ley de Acompañamiento, de diciembre de 2003, se ha producido una unificación sustancial en el concepto del grupo dentro del Derecho mercantil español. La idea de la unidad de decisión es, ahora, su clave esencial, y sólo se diferencia el art. 4 de la LMV del art. 42 del C. de c., como se indica en el texto a propósito del precepto que nos ocupa, por el mayor campo funcional de aplicación que le permite el uso del término “entidad”, frente al de “sociedad”, recogido en el Código. Es sabido, no obstante, que en el pasado se produjo una cierta discusión en la doctrina española en punto a tan fundamental asunto. Al respecto, véase ROJO, A., “Los grupos de sociedades en Derecho español”, *RDM*, 224 (1996), pp. 457 y ss.; GIRGADO, P., *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, Granada, 2001; EMBID IRUJO, J.M., *Introducción al Derecho de los grupos de sociedades*, Granada, 2003; últimamente, ALFONSO SÁNCHEZ, R., Grupos de sociedades, en Alonso Espinosa, F. (dir.), *Curso fundamental de Derecho mercantil*, II, *Derecho de sociedades*, cit., pp. 696 y ss.; en el marco del régimen sobre las sociedades cotizadas, SÁNCHEZ CALERO, F., *La sociedad cotizada en Bolsa*, cit., pp. 293 y ss.

sociedades filiales, asociadas o vinculadas” siempre que disponga “por razón de su cargo de información privilegiada o reservada, en tanto esa información no se dé a conocer públicamente”. Se prescinde aquí, sin razón aparente, de la palabra “grupo” para calificar un cierto nivel institucional del supuesto de hecho descrito en la norma; no obstante, la referencia expresa a las sociedades filiales, aun sin tener en nuestro ordenamiento un significado inequívoco⁽¹³⁾, permite afirmar, sin dudas significativas, a nuestro juicio, que nos encontramos ante un grupo. Aunque resulte reiterativo indicarlo, la noción de grupo será, una vez más y por las razones antes establecidas, la contenida en el art. 4 de la LMV.

No estaremos en presencia de un grupo, en cambio, si las sociedades sobre cuyos valores realiza operaciones el administrador son “asociadas” o “vinculadas”. No está claro lo que estas expresiones puedan significar; por vía negativa, su empleo por el legislador permite excluir que tales sociedades formen grupo con la sociedad cotizada. De sociedades asociadas se habla en el C. de c., a propósito del establecimiento de algunos matices sobre la consolidación contable; sociedad asociada es aquella en la que la cotizada pueda ejercer una “influencia notable”, tal y como se dice en el art. 47.3 del C. de c.; en ese caso, la participación en cuestión “deberá figurar en el balance consolidado como una partida independiente y bajo un epígrafe apropiado”. De sociedades asociadas se habla también, sin mencionarlas, en el art. 48.3.^a del C. de c., y finalmente también es de interés mencionar el art. 48.5.^a del C. de c., preceptos todos ellos, como se ve, situados en el ámbito de la consolidación contable al que parece confinar nuestro legislador el significado de la fórmula “sociedades asociadas”.

Por su parte, la expresión “sociedades vinculadas” es, sin duda, mucho más imprecisa. El vínculo del que aquí se habla no supone necesariamente participación de la sociedad cotizada en el capital de otra sociedad, ni de ésta en el de aquella. El vínculo puede ser, por ello, de naturaleza puramente contractual, pero en ese caso parece que habrá de tratarse de un contrato duradero, en primer lugar, y que haga posible una cierta conexión empresarial entre las partes contratantes, en segundo lugar. Hemos de excluir, de este modo, contratos de duración al modo del seguro o el arrendamiento de un local de negocios, por citar ejemplos un tanto disímiles en los que se omite, por regla general, la segunda de las condiciones expuestas. A los efectos del vínculo que ahora interesa, pensamos, más bien, en una categoría como la de los contratos de colaboración (agencia, concesión, franquicia), sobre todo, y, en menor medida, de financiación (leasing, factoring, etc.). Con todo, será prudente huir de planteamientos categóricos para apreciar con realismo las características de los

(13) Véase, en tal sentido, el art. 43.1.2.^a a) del C. de c.; también, en el Derecho de sociedades, el art. 87 de la LSA.

vínculos intersocietarios de acuerdo con lo que se pueda llegar a establecer y desarrollar en la práctica ⁽¹⁴⁾.

4. Las operaciones

Finalmente, expondremos algunas consideraciones en torno al término “operaciones” repetidamente usado por el legislador en los tres párrafos del art. 114 de la LMV, a los efectos de imponer, respecto del contenido que quepa atribuirle, ciertos deberes de abstención o de información. Se habla de operaciones del administrador (o de otras personas) con la sociedad cotizada (o sociedades del grupo) en el art. 114.1.º y 114.2.º; en el art. 114.3.º se habla, quizá de manera más restringida, de operaciones sobre valores de la sociedad cotizada o sociedades filiales, asociadas y vinculadas. Cambia el objeto de la operación y cambian también los sujetos, pero la terminología se mantiene. El legislador, por lo visto, ha querido huir de términos más concretos y limitados, y también jurídicamente más precisos, como “contrato” o “negocio jurídico”, sin mencionar, ni mucho menos, ejemplos particulares de estas categorías. La voz “operación” tiene un cierto linaje en el Derecho mercantil, como acredita su reflejo, en singular o en plural, en diversos preceptos del viejo Código (arts. 3, 137, 193, 239, 243, 244, etc.). En realidad, y como se ha dicho autorizadamente entre nosotros ⁽¹⁵⁾, la operación parece tener un sentido más dinámico que el término contrato, asentándose preferentemente en el ámbito económico y técnico, antes que en el jurídico. Así como el contrato evoca la idea del acuerdo de voluntades, de manera más bien estática, el término operación describe la actividad orientada hacia una determinada finalidad, predominando en dicha concepción, por ello mismo, la vertiente dinámica.

De estas ideas, resulta posible deducir que, con una formulación tan abierta, ha pretendido el legislador la inclusión en las “operaciones” de todas las relaciones patrimoniales establecidas entre los sujetos descritos en los diversos apartados del art. 114 de la LMV, sean o no contratos, en sentido técnico, de acuerdo con las particulares circunstancias enunciadas en sus diversos apartados. Aunque la voz “operaciones” resulte, por lo expuesto, bastante incolora, parece claro que su empleo excluye aquellos modos de relación interpersonal

(14) El tema es, ciertamente, de amplio alcance, y entronca con la idoneidad de los contratos para hacer posible la toma del control de una sociedad, como un paso previo para la formación de un grupo. A pesar de su importancia, no abundan en la doctrina reflexiones al respecto; no obstante, véase EMBID IRUJO, J.M., *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*, Madrid, 1987, pp. 64 y ss.; MANÓVIL, R., *Grupos de sociedades en el Derecho comparado*, Buenos Aires, 1998, pp. 324 y ss.

(15) Cfr. SANTOS, V., *El contrato bancario. Concepto funcional*, Bilbao, 1972, p. 28.

que no sean ejecutivos, que se limiten, en suma, a meras conversaciones, sugerencias, o consejos y que eviten, en conclusión, la transferencia de recursos y la ejecución o promesa de ejecución de prestaciones, que, en todo caso, habrán de tener un contenido patrimonial.

Trasladando estas reflexiones a nuestro terreno, los supuestos del art. 114.1.º y 2.º parecen situar a la “operación” en la órbita del negocio jurídico bilateral, o contrato, en tanto que el art. 114.3.º evoca, en apariencia, un planteamiento más amplio. En todo caso, y evitando un conceptualismo excesivo que disque el sentido de la norma y su relieve práctico, cabría señalar, en conclusión, la gran cercanía que parece haber entre “operación” y “contrato”, si bien, dadas las circunstancias del precepto y buscando su mayor plasticidad, podría concluirse que, en el marco del art. 114 de la LMV, si bien todo contrato será necesariamente una operación, no sucederá lo mismo a la inversa, lo que ratifica el punto de vista antes expuesto y permite comprender numerosas actividades patrimoniales que, de otra forma, podrían quedar fuera de las previsiones legislativas.

III. LOS SUPUESTOS CONCRETOS DE DEBERES CONTEMPLADOS EN EL ARTÍCULO 114 DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES

1. El deber de abstención en el marco de la solicitud pública de representación

El art. 114.1.º de la LMV impone al administrador de una sociedad cotizada (u “otra persona”) que haya obtenido la solicitud pública de representación previamente solicitada la prohibición de ejercer el derecho de voto en la Junta general respecto de “aquellos puntos del orden del día en los que se encuentre en conflicto de intereses y, en todo caso, respecto de las siguientes decisiones:

- a) Su nombramiento o ratificación como administrador.
- b) Su destitución, separación o cese como administrador.
- c) El ejercicio de la acción social de responsabilidad dirigida contra él.
- d) La aprobación o ratificación, cuando proceda, de operaciones de la sociedad con el administrador de que se trate, sociedades controladas por él o a las que represente o personas que actúen por su cuenta”.

El planteamiento legal establece, por tanto, una regla general sobre el deber de abstención, sobre la prohibición de ejercer el derecho de voto, en

suma, que se vincula a una situación de conflicto de intereses. Dicho conflicto se presume *iuris et de iure*, a nuestro juicio, en los cuatro supuestos enunciados por la ley, antes transcritos. Es importante, no obstante, destacar el criterio de política jurídica establecido por la Ley de Transparencia dentro del tema que nos ocupa, y que no coincide, en apariencia, con otro supuesto de prohibición de voto (bien relativo al socio, bien relativo al socio-administrador) contenido en nuestro Derecho de sociedades y, más concretamente, en el art. 52 de la LSRL. Salvando la distancia entre una sociedad cerrada y otra abierta, y que en un caso sólo afecta a administradores y en otro es la condición de socio la determinante de la prohibición, ambas coinciden en fijar en el conflicto de intereses la causa del deber de abstención; no obstante, en el art. 52 de la LSRL parece que se contiene un elenco cerrado de supuestos de conflicto ⁽¹⁶⁾, en tanto que el art. 114.1.º de la LMV enumera, de manera ejemplificativa, algunos casos de conflicto de intereses propios del administrador de una sociedad cotizada afectado por la solicitud pública de representación, sin por ello cerrar la puerta a otros posibles supuestos de abstención.

El principal problema planteado por la norma es el relativo al criterio de interpretación que ha de darse a los supuestos presuntivos del conflicto. Es decir, si se trata de una interpretación *literal*, a la vista del modo en que aparecen formulados normativamente, o si cabe una interpretación *teleológica* que, partiendo de la letra de la ley, impida su fácil elusión mediante el recurso a supuestos muy parecidos, pero no del todo idénticos. Un ejemplo permite ilustrar este debate: en el primer apartado se habla de que el administrador no podrá votar en las decisiones relativas a su “nombramiento o ratificación como administrador”. ¿*Quid iuris* cuando se trate de la reelección? El ejemplo puede resultar pertinente porque en numerosas Juntas, como es sabido, se contiene en el orden del día una referencia al supuesto que acabamos de mencionar, por lo común incluido en una rúbrica más amplia de un tenor semejante a “nombramiento, reelección, ratificación” de administradores. Para resolver la disyuntiva planteada, cabría entender que reelección significa, en el fondo, una forma de nombramiento; o, de otro modo, que lo que pretende la norma es evitar la interferencia del administrador en la decisión relativa a los supuestos correspondientes a su inserción o confirmación como tal en la sociedad. Este mismo

(16) Se trata de una interpretación mayoritaria en nuestra doctrina; al respecto, véase COSTAS COMESAÑA, J., *El deber de abstención del socio en las votaciones*, Valencia, 1999; SÁNCHEZ RUIZ, M., *Conflictos de intereses entre socios en sociedades de capital*, Pamplona, 2000; más sintéticamente, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “El conflicto de intereses en la sociedad de responsabilidad limitada”, en AA.VV., *Derecho de sociedades de responsabilidad limitada*, I, Madrid, 1996, pp. 679 y ss., EMBID IRUJO, “Artículo 52”, en Arroyo, I./Embíd, J.M. (coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 1997, pp. 561 y ss.

criterio teleológico puede aplicarse al siguiente supuesto contenido en el art. 114.1.º de la LMV, en el que la perspectiva es, justamente, la inversa: se trata de la terminación del cargo de administrador por voluntad de la sociedad (destitución, separación, cese). El criterio hermenéutico ha de ser, por las razones expuestas, idéntico.

No plantea, en apariencia, problemas el tercer supuesto, relativo al ejercicio de la acción social de responsabilidad. Los problemas, en cambio, vuelven a surgir, y aquí, quizá, con mayor intensidad, en el último de los casos contemplados por la norma. No nos referimos sólo a que se mencione expresamente la “aprobación” y la “ratificación”, y no se mencione la “autorización”, por parte de la Junta general, respecto de las operaciones entre la sociedad y el administrador (u otras personas mencionadas en el precepto). Convendrá recordar que esos tres conceptos aparecen enunciados de manera expresa en el art. 133.4.º de la LSA, para impedir que el acuerdo de la Junta general sirva de elemento de exoneración para la responsabilidad del administrador⁽¹⁷⁾. El problema auténtico, más bien, reside en que el acuerdo de la Junta general (en cuya adopción ha de abstenerse el administrador representante de socios) relativo a tales operaciones abarca las concluidas por el administrador, pero también por “sociedades controladas por él o a las que represente” o por “personas que actúen por su cuenta”. Con esta triple referencia se quiere evitar la fácil elusión de la norma mediante la intervención de un sujeto, persona física o jurídica, distinto del administrador en la operación concreta con la sociedad. Se trata, además, de sujetos que, en cierto sentido, se encuentren en una relación de dependencia respecto del administrador, en unas ocasiones —sociedades controladas o personas que actúen por su cuenta— de manera explícita y notoria; en otras, cuando el administrador representa a otra u otras sociedades, la dependencia no se percibe nítidamente, pero puede existir, de hecho, o, en todo caso, cabe pensar en una conexión de intereses en perjuicio de la sociedad con la que se hace la operación y de la que es administrador la contraparte, como representante de otras sociedades.

El enunciado del art. 114.1.º d) de la LMV, sin embargo, resulta demasiado estricto, porque los sujetos que puedan llegar a contratar con la sociedad, sin ser los mencionados expresamente en ella, pueden, de hecho, estar conectados por diversas formas de interés con el propio administrador, redundando dicha con-

⁽¹⁷⁾ Sobre el contenido del mencionado precepto (antiguo art. 133, 3.º de la LSA), SÁNCHEZ CALERO, F., “Administradores”, *artículos 123 a 143*, en Sánchez Calero, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, IV, Madrid, 1994, pp. 255 y ss., que califica la redacción del precepto de “excesivamente tajante”; también, POLO, E., “Los administradores y el Consejo de Administración de la sociedad anónima”, en Uría, R./Menéndez, A./Olivencia, M. (dir.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, VI, Madrid, 1992, pp. 306 y ss.

xión en perjuicio de la sociedad. En tales casos, además, podrá el administrador, en principio, intervenir en la adopción del acuerdo, al no ser la contraparte expresamente aludida en el precepto. La lista de casos concretos en los que tal problema se plantee puede ser interminable, no sólo por la estricta omisión de personas vinculadas afectiva o familiarmente al administrador (cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos, pensando siempre en personas físicas), sino porque, de hecho, tampoco se alude a personas o sujetos relacionados con el administrador al margen del vínculo afectivo o familiar.

Como es sabido, el art. 114.1.º d) de la LMV nos habla, por ejemplo, de “sociedades controladas por el administrador”. De un lado, nada se dice de otras personas jurídicas que no sean sociedades (como fundaciones o asociaciones) y respecto de las cuales pueda el administrador influir decisivamente en su voluntad y en su funcionamiento. De otro, porque al hablarse de sociedades “controladas” —concepto que ha de buscarse entre los arts. 42 del C. de c. y 87 de la LSA⁽¹⁸⁾— no es seguro que se esté aludiendo a sociedades de un grupo. Las diferencias entre control y grupo constituyen una piedra de toque característica del debate propio del Derecho de grupos. Con independencia, en todo caso, de dicho asunto, y aunque partiéramos —lo que no parece acertado— de la identidad entre ambos conceptos, resultaría muy discutible que el precepto pudiera aplicarse a sociedades del mismo grupo que el administrador en caso de grupo paritario, pues en tal caso, por definición, falta la relación de control entre sociedades.

Para superar las múltiples dificultades que se pueden plantear en la aplicación del precepto y —como venimos repitiendo en este trabajo— a fin de evitar fáciles elusiones de su mandato, podría ser útil la inserción del deber que nos ocupa en los moldes del deber de lealtad regulado con carácter general del art. 127 ter de la LSA. Este criterio metodológico, al que aludíamos al principio de nuestro trabajo, se basa en la identidad de los diferentes supuestos contenidos en el art. 114.1.º de la LMV con el criterio básico que inspira el deber de lealtad: la existencia de un conflicto de intereses que da lugar a la imposición de un deber de abstención. Producida la identidad entre el régimen general del art. 127 de la LSA y el art. 114.1.º de la LMV, sólo queda, en nuestro criterio, extender al tratamiento de este último la disciplina que puede considerarse típica de aquél, entre la que encontramos la referencia a las “personas vinculadas con los administradores” (art. 127 ter, 5.º de la LSA). De la amplia enumeración contenida en este apartado, se deduce una consecuencia importante para la interpretación y aplicación del precepto que nos ocupa y que sirve para

(18) Cfr. EMBID IRUJO, J.M., *Artículo 87*, en Arroyo, I./Embido, J.M. (coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, I, Madrid, 2001, pp. 847 y ss.

extender el deber de abstención del administrador representante mucho más allá de lo que, en apariencia, permite la letra de la ley.

2. El deber de información sobre las operaciones ajenas al tráfico ordinario de la sociedad o que no se realicen en condiciones normales de mercado

A) **Ámbito documental de la información exigida**

De acuerdo con los objetivos de transparencia asumidos por la Ley 26/2003, y que provienen de manera directa del Informe Aldama, el art. 114.2.º de la LMV pretende que la memoria de la sociedad contenga la adecuada información sobre ciertas operaciones realizadas por los administradores o por personas que actúen por su cuenta. Así pues, el ámbito de la información se sitúa en las cuentas anuales de la sociedad, de las que la memoria, como es bien sabido, forma parte, y a la que también se extiende el requerimiento de la “imagen fiel”⁽¹⁹⁾, como una anticipación, si se quiere contable, de la pretensión de *disclosure* característica de la Ley de Transparencia. Además de este dato, en cuanto al marco documental, cabría decir, de las informaciones que han de proporcionarse, las propias cuentas anuales sirven para determinar, a su vez, el ámbito temporal. Se trata, como no podía ser menos, del ejercicio social al que se refieran las cuentas anuales de la sociedad; así, las operaciones realizadas en el marco de ese período de tiempo, que puedan subsumirse en la descripción legal, serán, de manera exclusiva, las que hayan de consignarse en la memoria de la sociedad.

La mención informativa impuesta a la sociedad cotizada, a la que ahora nos referimos, se establece sin perjuicio de lo que dispone el art. 35 de la Ley del Mercado de Valores. En dicho precepto, incluido en la regulación de los mercados secundarios oficiales de valores, se enuncian una serie de obligaciones para las entidades emisoras de valores admitidos a negociación en algún mercado de aquella categoría. En lo esencial, tales obligaciones se proyectan sobre un terreno contable; no obstante, entre la información semestral que ha de proporcionar la entidad (art. 35.2.º de la LMV) también habrá de incluirse “información cuantificada de todas las operaciones realizadas por la sociedad con partes vinculadas” (art. 35.4.º de la LMV). Y, dentro de ella, el Ministerio de Economía podrá exigir información individualizada respecto de determina-

(19) Al respecto, GONDRA, J.M.^a, “Significado y función del principio de «imagen fiel» («true and fair view») en el sistema del nuevo Derecho de balances”, en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991, en general, pp. 555 y ss.; de manera específica sobre la memoria, pp. 598-599.

das operaciones que “fueran significativas por su cuantía o relevantes para una adecuada comprensión de los estados financieros de la sociedad” (art. 35.4.º, *in fine*, de la LMV) ⁽²⁰⁾.

Por el propio tenor literal del precepto comentado, las obligaciones informativas a las que se refiere el art. 35 de la Ley del Mercado de Valores mantienen, como no podía ser menos, su vigencia incondicionada. A ella se añade —y ésta es la innovación de la Ley de Transparencia— el deber de incorporar información sobre una determinada serie de operaciones en las que hayan intervenido los administradores de la sociedad cotizada o personas que actúen por su cuenta. Adviértase, en todo caso, que la información requerida ha de integrarse en un documento de naturaleza contable —la memoria—, si bien afectado por ciertas particularidades frente al balance y la cuenta de pérdidas y ganancias. Con ello queremos aludir al hecho ⁽²¹⁾, bien conocido, de que la memoria no es una cuenta matemática, sino más bien un documento complementario y explicativo de los otros dos que sí constituyen, como es notorio, auténticas cuentas en sentido matemático. Dicho de otra manera, la información contenida en la memoria presenta un *carácter literal*, mientras que la derivada del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias es, en lo esencial, de *carácter numérico*. En todo caso, la memoria, sin dejar de ser un documento complementario o auxiliar de los otros dos, disfruta también de una relevante autonomía y de una función integradora que la convierte en el elemento central de la información contable requerida por el legislador a los empresarios y, más en concreto, a las sociedades mercantiles de capital.

El hecho de que la información requerida por el art. 114.2.º de la LMV se haya de integrar en la memoria es coherente con la naturaleza de este documento, tal y como se acaba de señalar, y, asimismo, se pone de manifiesto en la expresa formulación legal. Obsérvese que no se trata tanto de reflejar en la memoria las operaciones realizadas en términos cuantitativos —lo que, por otra parte, no sería imposible, al menos en sus rasgos más característicos—, sino de

⁽²⁰⁾ Conviene destacar, por si del texto no se dedujera con claridad, que esta información especial, dentro del precepto mencionado, afecta sólo a “sociedades” emisoras de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial. Los tres primeros párrafos del art. 35 de la Ley del Mercado de Valores, en cambio, extienden su eficacia al supuesto, sin duda mucho más amplio, de la actuación de “entidades” emisoras de valores admitidos a negociación en algún mercado secundario oficial. Se trata, como es bien sabido, de una constante en la mencionada ley, puesta de manifiesto ya desde su mismo comienzo y en materia muy relevante para el comentario de este párrafo como es el asunto de los grupos (art. 4 de la LMV), integrados, según el tenor literal del precepto, por “entidades”. Sobre ello se volverá más adelante.

⁽²¹⁾ Seguimos en este punto a GARCÍA-MORENO, J.M.^a, Artículos 199-201, en Arroyo, I./Embid, J.M. (coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, III, Madrid, 2001, p. 1933.

informar *sobre* las indicadas operaciones. Pide el legislador, por tanto, una explicación, si cabe el término, “literaria”, cuando menos de manera preferente. Para lograr tal finalidad, resulta especialmente idónea la memoria, como es bien sabido, sin perjuicio de que la vertiente aritmética pura de las operaciones reseñadas pueda ser expuesta con mayor exactitud y adecuación en otras cuentas. Y es que, entre otras circunstancias, se trata de informar sobre procesos económicos cuya trascendencia, desde el punto de vista del precepto comentado, estriba no tanto o no sólo en su cuantificación, sino sobre todo en poner de manifiesto unos determinados hechos en su llamativa singularidad. Es, por ello, acertada la opción del legislador, pues la información recogida en la memoria ofrece, por la naturaleza de dicho documento, una dimensión “dinámica”, frente al carácter “estático” de la información que se deriva del balance o de la cuenta de pérdidas y ganancias ⁽²²⁾.

Al margen de la necesidad de informar sobre las operaciones contempladas en el precepto que comentamos, nada se dice sobre los detalles o particulares circunstancias de la información misma. Para resolver este punto, nada fácil *a priori*, parece oportuno reiterar el significado de la memoria como documento integrante de las cuentas anuales y, en cuanto tal, destinado *prima facie* a hacer posible su imagen fiel. Desde este punto de vista, la memoria, como se ha indicado, está llamada a desempeñar una serie de funciones que pueden resumirse en las siguientes: descriptiva, interpretativa, sustitutiva de la información no proporcionada por otras cuentas, y de ayuda a la comparabilidad de las cuentas anuales con las de anteriores ejercicios ⁽²³⁾. Sobre la base de estas funciones, y en atención al papel explicativo y “literario” de la memoria respecto del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias, puede concluirse que no se cumplirá el mandato legal enumerando, sin más, las operaciones realizadas durante el ejercicio social al que se refieran las cuentas anuales. Para conseguir que la información recogida en la memoria tenga el carácter dinámico requerido por la función que dicho documento está llamado a desempeñar, hace falta una amplia descripción de las operaciones realizadas por los administradores que ponga de manifiesto las circunstancias en que se realizaron y todos los demás datos necesarios para captar sus motivos y razón de ser. Sólo de este modo se pueden cumplir las funciones de la memoria, antes indicadas, acercándose al objetivo de la “imagen fiel” en la rendición de cuentas de la sociedad cotizada.

⁽²²⁾ Al respecto, GARCÍA-MORENO, J.M.^a, Artículos 199-201, en ARROYO, I./EMBID, J.M. (coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, III, cit., p. 1936.

⁽²³⁾ Seguimos, de nuevo, a GARCÍA-MORENO, J.M.^a, Artículos 199-201, en Arroyo, I./Embido, J.M. (coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, III, cit., p. 1937.

Por lo demás, quizá sea reiterativo indicar que el precepto nos habla, desde luego, de la memoria propia de la sociedad cotizada, dentro de su particular proceso de rendición de cuentas y de elaboración de sus cuentas anuales. No de otra forma puede entenderse la frase “en la memoria de la sociedad se deberá informar...”. Sin embargo, entendemos que no es éste el único ámbito documental relevante, desde el punto de vista de la obligación de transparencia contenida en el precepto. Conviene advertir que la propia norma alude a las operaciones realizadas por los administradores “con una sociedad del mismo grupo”; no parece dudoso que la frase se refiera al grupo del que forme parte la sociedad cotizada, lo que implicará para esta última el deber de incluirlas también en su memoria. Surge la duda, en todo caso, de si, al mismo tiempo, habrán de incluirse tales operaciones en la memoria consolidada del grupo por parte de la “sociedad dominante” (art. 42.1.º del C. de c., que ya no habla de “sociedad mercantil”, de acuerdo con la modificación producida en el Código por la Ley de Acompañamiento), obligada a su redacción, dentro del proceso de consolidación contable procedente en tal supuesto⁽²⁴⁾. La cuestión, como resulta notorio, no aparece mencionada ni mucho menos resuelta en el precepto comentado. Este silencio legislativo no resulta, desde luego, coherente con la finalidad legislativa de hacer más transparente la actuación de los administradores. Y a la luz de la literalidad del precepto bien podría decirse, por ello, que el deber de información impuesto en la norma no ha de trascender el ámbito de la memoria de la sociedad cotizada, es decir, la rendición de cuentas *individual* de dicha sociedad.

La respuesta, aun coherente con la literalidad de la norma, nos parece del todo insatisfactoria y abre la puerta a una restricción informativa poco fundada, susceptible de afectar a las diversas sociedades del grupo, así como a los círculos de intereses (socios, acreedores y trabajadores) articulados en torno a ellas⁽²⁵⁾. Para hacer eficaz el propósito de *disclosure*, pretendido por nuestro legislador, y a la vista de la función que corresponde en el Derecho español a la consolidación de cuentas (arts. 42-49 del C. de c., con especial significación de los arts. 44.1.º y 48 de dicho cuerpo legal), consideramos conveniente *de lege*

(24) Es muy escasa la literatura jurídica dedicada al fenómeno de la consolidación contable, no obstante su gran importancia práctica. De entre las aportaciones más recientes, cabe citar el trabajo de CERDÁ, F., incluido en el epígrafe “Bilancio consolidato”, dentro de la obra colectiva dirigida por Campobasso, G.F., *Armonie e disarmonie nel Diritto comunitario delle società di capitali*, II, Milán, 2003, pp. 1213 y ss.; sobre la memoria pp. 1244-1245.

(25) Sobre la función informativa de la consolidación de cuentas, CERDÁ, F., *ob. cit.*, pp. 1217-1218; dicha función, a juicio del mencionado autor, agota el relieve de esta particular técnica contable en el marco de los grupos. La rendición de cuentas consolidada no sirve, en tal sentido, para delimitar el beneficio distribuable por la sociedad que la elabora ni atribuye derechos particulares a los acreedores de las sociedades integradas en el grupo.

ferenda imponer la mención de las reseñadas operaciones en la memoria consolidada del grupo. Nos referimos con este criterio a todas las operaciones descritas en la norma cuando, claro está, tengan transcendencia o repercusión en el seno del grupo; las operaciones de escaso contenido o de muy limitada repercusión patrimonial, de ser incluidas, pueden sobrecargar la memoria con circunstancias poco relevantes y limitar, por ello, su valor informativo. Por lo demás, la mencionada obligación recaerá, por cierto, en la sociedad cotizada de que nos habla el precepto que comentamos si ésta constituye la cabeza del grupo, si es, en suma, la “sociedad dominante” a la que se refiere el art. 42.1.º del Código de Comercio, a los efectos de imponerle el deber de consolidar las cuentas del grupo y de redactar, por tanto, el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la memoria y el informe de gestión consolidados.

B) El contenido de la información

Como ya se ha advertido a lo largo del presente trabajo, el art. 114.2.º de la LMV impone el deber de informar sobre “las operaciones de los administradores, o persona que actúe por cuenta de éstos, realizadas durante el ejercicio social al que se refieran las cuentas anuales”. Conocido ya el significado que ha de atribuirse a la voz “operaciones”, conviene reparar en los restantes elementos del supuesto de hecho descrito por la norma y, en concreto, el que dichas operaciones sean ajenas al tráfico ordinario de la sociedad o que no se realicen en condiciones normales de mercado.

Pero antes de entrar en el análisis de estas dos circunstancias, tan relevantes para precisar, con exactitud, las operaciones comprendidas en la norma, hemos de considerar la referencia a su “realización” “durante el ejercicio social”. Esta mención ha de interpretarse, a nuestro juicio, como significativa de la plena ejecución de las operaciones en ese lapso temporal. No bastará, por ello, que la operación en concreto se haya convenido o comenzado a ejecutar durante el ejercicio social al que se refieren las cuentas anuales; se trata, más bien, de que la operación se haya concluido en su integridad o, al menos, sus partes esenciales hayan sido ejecutadas en ese marco del ejercicio social, aunque se hubiera acordado con anterioridad. No otra cosa cabe entender por la voz “realizadas” que el precepto añade a las operaciones sobre las que la sociedad cotizada debe informar en la memoria, como un requisito *sine qua non* de tal obligación social.

En esta vertiente objetiva de la obligación de informar sobre determinadas operaciones que impone el precepto a una sociedad cotizada, queda por considerar, como indicábamos hace un momento, sus circunstancias caracterizadoras. No pretende el precepto, desde luego, imponer a la sociedad una obligación absoluta de incluir en su memoria (y, en su caso, como indicábamos más arriba,

en la memoria consolidada) todas las operaciones realizadas por ella o por sociedades de su grupo con alguno de sus administradores o persona que actúe por cuenta de éstos. La mencionada obligación se extiende, en primer lugar, a las operaciones “que sean ajenas al tráfico ordinario de la sociedad”, y, en segundo, a las “que no se realicen en condiciones normales de mercado”. De esta forma se perfila el conjunto de supuestos de necesaria inclusión en la memoria, poniéndose de manifiesto, si se quiere, que se trata de operaciones no corrientes y, en cierto sentido, excepcionales. La excepcionalidad no significa, claro está, irrelevancia patrimonial o escasa trascendencia económica; con dicho término queremos indicar, más bien, que las mencionadas operaciones se situarán en una esfera no común de actuación social, y, tal vez por ello mismo, de no fácil conocimiento por los potenciales interesados. Estas circunstancias fomentan la duda en torno al auténtico significado de las operaciones y dan fundamento, por tanto, a la necesidad de hacerlas menos opacas; de ahí la norma que analizamos.

Tanto el “tráfico ordinario de la sociedad” como las “condiciones normales de mercado” permiten definir, de manera negativa, el ámbito en el que se realizan las operaciones consideradas por el legislador. Ambas fórmulas, quizá conceptos jurídicos indeterminados, nos remiten a criterios de experiencia para definir, por contraste, lo que no quepa incluir en dichos ámbitos. La segunda fórmula utilizada por el legislador remite al terreno del intercambio económico por antonomasia, el mercado, y es en ese marco donde ha de ser sustanciada⁽²⁶⁾; el hablar, por otro lado, de “condiciones normales de mercado” permite considerar como operaciones de necesaria inclusión en la memoria, cuando de un grupo se trate, los supuestos relativos a los “precios de transferencia”, es decir, todas aquellas transacciones realizadas en el seno del grupo a un precio distinto y, por lo común, inferior al de mercado. Por su parte, la expresión “tráfico ordinario de la sociedad” se aproxima a ciertas nociones básicas en el ámbito jurídico y es susceptible de ser interpretada desde tales premisas. A este respecto, ha de ser puesta en relación con fórmulas bien acuñadas en el Derecho positivo, como “objeto social” (art. 129 de la LSA) y “tráfico o giro del establecimiento” (art. 286 del C. de c.); estas fórmulas, según es sabido, han de considerarse equivalentes y pretenden definir, desde el punto de vista de una sociedad cotizada, como el que ahora nos ocupa, la actividad o conjunto de actividades de lícito ejercicio por ella. Es bien sabido, no obstante, que las sociedades

⁽²⁶⁾ Sobre el mercado y su repercusión en el ordenamiento jurídico, recientemente, SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “Derecho y Mercado”, en Menéndez, A. (dir.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Madrid, 2003, pp. 497-511.

disfrutan de una capacidad general ⁽²⁷⁾ y que respecto de las sociedades de capital, al menos, el concreto objeto social consignado en los estatutos no impide la vinculación de la sociedad con terceros que obren de buena fe o sin culpa grave (art. 129 de la LSA ⁽²⁸⁾). El uso en la norma que comentamos de una fórmula distinta no significa, a nuestro juicio, alejarnos de los principios reseñados, por lo que “tráfico ordinario de la sociedad” habrá de entenderse equivalente de “objeto social” o, si se quiere, de “tráfico o giro del establecimiento”.

3. El deber de abstención en el marco de operaciones sobre valores

A) Un apunte sobre los sujetos afectados

El último párrafo del art. 114 de la LMV impone un deber de abstención en lo tocante a operaciones sobre valores. Algunas de las cuestiones relativas a la hermenéutica de este párrafo ya han sido anticipadas, como son las que se refieren al significado de la voz “operación”, quizá en este caso notoriamente más amplia que “contrato”, al no referirse a sus potenciales ejecutores, o, en todo caso, sólo mencionar al administrador. También se ha dicho algo de la interpretación relativa a las sociedades “filiales”, “asociadas” o “vinculadas”, terminología que, una vez más, revela la heterogeneidad expresiva y valorativa con la que ha sido redactado el art. 114 de la LMV.

La alusión a los sujetos del deber es, ciertamente, muy amplia, sin incurrir, por ello, en los problemas que hemos visto sobre todo a propósito del párrafo 1.º del art. 114, y en punto más exactamente a su apartado d). Obsérvese que ahora se habla de que la operación haya sido realizada por el administrador o sugerida a “cualquier persona”. La fórmula utilizada, amplísima, permite conectar y, quizá incluso, desbordar la expresión “persona vinculada” al administrador que se emplea en el art. 127 ter 5.º de la LSA, traído a colación anteriormente para superar las insuficiencias de otros párrafos. La utilización del término “sugerir” no ha de condicionar, a nuestro juicio, decisivamente la interpretación de la norma. Si se hace girar alrededor de dicho vocablo, entendi-

⁽²⁷⁾ En este sentido, por todos, GIRÓN, J., *Derecho de sociedades. Teoría general. Sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid, 1976, p. 208.

⁽²⁸⁾ Al respecto, véase el planteamiento de síntesis de MARTÍNEZ SANZ, F., “Artículo 129”, en Arroyo, I./Embid, J.M. (coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, II, Madrid, 2001, pp. 1336-1343; en general, sobre el objeto social, SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J.C., *El objeto social en la sociedad anónima*, Madrid, 1990. Sigue siendo útil por las coordenadas europeas manejadas, ESTEBAN VELASCO, G., “La representación de la sociedad frente a terceros”, en Girón, J. (dir.), *Estudios y textos de Derecho de sociedades de la Comunidad Económica Europea*, Madrid, 1978, pp. 253 y ss.

do de manera estricta, la clave hermenéutica para su aplicación, se conseguirá reducir sensiblemente su eficacia, porque, ciertamente, será muy difícil en supuestos de grupos complejos, o de relaciones personales difíciles de objetivar, la existencia de esa acción sugestiva. Más bien la idea de sugerir ha de entenderse aquí como un hecho, conjunto de hechos u omisiones mediante las cuales la realización de la operación por una persona que no sea el administrador se conecta de algún modo a la posición orgánica de este último y de ella se deriva, precisamente, dicha realización. Este criterio se refuerza a la vista del último inciso del párrafo analizado, cuando el administrador, precisamente por dicha condición, disfruta de información privilegiada o reservada respecto de las sociedades filiales, asociadas o vinculadas con la cotizada que él administra, a los efectos de realizar o sugerir a un tercero la realización de operaciones sobre valores de ellas.

B) La noción de “valores”

Sin entrar ahora en la amplia y minuciosa discusión que tuvo lugar con motivo de la promulgación de la LMV en torno a los “valores negociables” y los “valores mobiliarios”⁽²⁹⁾, la referencia al término “valores” que, sin apellidos, se usa en el art. 114.3.º de la LMV, ha de interpretarse, a nuestro juicio, ampliamente y, sobre todo, desde una perspectiva funcional. En este sentido, y como se ha dicho con acierto⁽³⁰⁾, parece conveniente desvincular a los valores negociables, a los que la LMV dedica su atención, tanto de los esquemas jurídico-privados del viejo Derecho cartular como del moderno sistema informático-registral. De este modo, se hace posible utilizar dicha fórmula como elemento delimitador, desde el punto de vista teleológico, de la aplicación del nuevo Derecho del mercado de valores orientado, esencialmente, hacia la “cultura” de la transparencia⁽³¹⁾ y a la tutela y adecuada organización del mercado. Esa interpretación permite, sin demasiados problemas, subsumir bajo la fórmula “valor negociable” los auténticos valores, en el sentido más tradicional del

(29) Por muchos, sirva la referencia a ALONSO ESPINOSA, F.J., *Mercado primario de valores negociables. Un estudio en torno al R.D. 291/1992, de 27 de marzo*, Barcelona, 1994; SÁNCHEZ ANDRÉS, voz “valor negociable”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, IV, Madrid, 1995, pp. 6797 y ss.; RECALDE CASTELLS, A., “Los «valores negociables» ¿Concepto delimitador del Derecho del mercado de valores?” en Alonso Ureba, A./Martínez Simancas, J., *Instituciones del mercado financiero*, V, Madrid, 1999, pp. 2525 y ss.

(30) Seguimos en este punto a RECALDE CASTELLS, A., “Los «valores negociables»”, cit., p. 2573.

(31) Con estas palabras FARRANDO, I., “El concepto de «valor negociable» y la aplicación en España de la cultura de la transparencia”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, I, Madrid, 1996, pp. 1197 y ss.

término, así como los modernos instrumentos financieros, como los futuros y opciones, de más dudoso encaje en dicha categoría desde una perspectiva clásica de Derecho privado⁽³²⁾.

Con arreglo a estas consideraciones, la voz “valores”, a la que se refiere el art. 114.3.º de la LMV, parece, en principio, que ha entenderse en el contexto funcional que acabamos de describir. Al lado de este argumento de fondo, cabría decir, encontramos, además, otros de carácter literal y de sistemática legislativa. Por lo que a los argumentos literales se refiere, cabe alegar el propio enunciado del precepto; obsérvese que el art. 114.3.º de la LMV dice “valores de la propia sociedad o de las sociedades filiales...” y no dice valores *emitidos* por la propia sociedad o las sociedades filiales. Desde el punto de vista de la sistemática legal, conviene reparar en el título VII (“normas de conducta”) de la LMV⁽³³⁾, al que por lo demás alude el art. 114.3.º de la LMV (“sin perjuicio de lo dispuesto en el título VII de la presente ley”), a los efectos de confirmar la interpretación propuesta. Así, por ejemplo, en uno de los preceptos del mencionado título VII (art. 81.1.º de la LMV), con motivo del tratamiento de la información privilegiada, se dice que se considerará correspondiente a esa categoría la información referida, concretamente, a “uno o varios valores negociables o instrumentos financieros comprendidos dentro del ámbito de aplicación de esta Ley”. Aunque, como es lógico, cabe sostener otros criterios, las diversas razones expuestas, que se unifican en torno a los fines específicos del moderno Derecho de valores, permiten patrocinar una interpretación amplia, congruente, en nuestro criterio, con los objetivos específicos del art. 114.3.º de la LMV. No debe olvidarse, en todo caso, la perenne necesidad de evitar fáciles elusiones de las normas y, por ello mismo, el establecimiento de zonas de opacidad en torno a determinadas operaciones relevantes para la sociedad cotizada y otras sociedades a ella vinculadas.

Las operaciones que ahora nos ocupan, y respecto de las que pesa sobre el administrador el deber de abstención o, en todo caso, el abstenerse de sugerir a otras personas su realización, han de referirse a valores de la sociedad cotizada o de sociedades filiales, asociadas o vinculadas. No parece oportuno reiterar los argumentos en torno al significado de los valores afectados, al que acabamos de aludir, ni tampoco la delimitación de los diversos sujetos que cabe agrupar bajo las mencionadas indicaciones. Sí es necesario señalar, en cambio, que el deber de abstención resultará operativo cuando el administrador, por razón de su

(32) Les niega la condición de valores SÁNCHEZ ANDRÉS, A., voz “valor negociable”, cit., p. 6798.

(33) Véase, al respecto, FERNÁNDEZ DE ARAOZ, A., *Las normas de conducta en el Derecho del mercado de valores*, Madrid, 2000.

cargo, disponga de “información privilegiada o reservada, en tanto esa información no se dé a conocer públicamente” (34). Parece lógico suponer que, en coherencia con la delimitación del supuesto de hecho, la información reservada o privilegiada de la que se habla habrá de extenderse a las diversas sociedades que, en su caso, puedan resultar protagonistas de las operaciones sobre valores. Si, por lo demás, el administrador no dispone de esa información, no habrá tal deber de abstención. Y tampoco lo habrá cuando disponiendo el administrador de esa información privilegiada o reservada ésta se haya dado a conocer públicamente.

No es fácil determinar lo que este precepto añade, en punto a la información privilegiada, al art. 81.2.º de la LMV (35). En él, como es sabido, se contempla un amplísimo deber de abstención sin referencia específica a ninguna posición orgánica (que, por lo demás, habría de ser incluida en la norma), y por tanto con una capacidad expansiva considerable. Lo nuevo consistirá, quizá, en que el deber de abstención impuesto por el art. 114.3.º de la LMV pueda aplicarse también a los supuestos exceptuados en el art. 81.2.a) *in fine*. Constituye una novedad, en todo caso, la referencia a la información reservada, supuesto distinto, en sentido estricto, de la información privilegiada, del que no resulta fácil saber si ha de identificarse con la información relevante del art. 82 de la LMV (36).

IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DEBERES CONTEMPLADOS EN EL ARTÍCULO 114 DE LA LMV (A MODO DE CONCLUSIÓN)

El art. 114 de la LMV aparece concebido, de acuerdo con su título, como un elenco de deberes de los administradores de una sociedad cotizada; esto es

(34) Para la evolución de las ideas en torno a la información privilegiada, y sobre su posible abuso, véase SÁNCHEZ GUILARTE, J./TAPIA HERMIDA, A., “El abuso de información privilegiada (“insider trading” y operaciones de iniciados)”, *RDBB*, 28 (1987), pp. 751 y ss.; MARTÍNEZ FLÓREZ, A., voz “información privilegiada (abuso de)”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Madrid, 1995, pp. 3554 y ss.

(35) En realidad, la reforma del título VII de la LMV, en el que se inserta el precepto que ahora comentamos, responde a la necesidad de transponer la directiva 2003/6/CE, de 3 de diciembre de 2002, sobre abuso de mercado. En este sentido, FERNÁNDEZ DE ARAOZ, A., “Las normas de conducta”, en Sánchez Calero, F./Sánchez-Calero Guilarte, J. (coord.), *Comentario a la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero*, Pamplona, 2003, p. 213.

(36) Sobre todas estas cuestiones, FERNÁNDEZ DE ARAOZ, A., *Las normas de conducta*, cit., pp. 135 y ss.

así aunque en el desarrollo del precepto sólo se hable de deberes de los administradores, propiamente, en sus párrafos primero y tercero; en el segundo se dice, meramente, que en la memoria se “deberá informar” sobre un determinado conjunto de operaciones, delimitadas precisamente por la norma; ahora bien, como la redacción del indicado documento contable es obligación de los administradores, dentro del marco de la rendición de cuentas (art. 171 de la LSA), también habrá de concluirse, por ello, que nos encontramos ante un deber específico de los administradores de una sociedad anónima cotizada. Y ello es así aunque las operaciones contempladas en el art. 114 de la LMV no hayan sido necesariamente realizadas por ellos, como se deduce del tenor literal del precepto en diversas ocasiones.

A la hora de definir el tipo de deber ante el que nos encontramos, o, más exactamente, de precisar su naturaleza jurídica —tarea final, en buena metodología, de cualquier estudio técnico al respecto—, conviene establecer el exacto significado del art. 114 de la LMV, objeto de nuestro estudio. Como advertimos al comienzo de este trabajo, el aparente particularismo de los deberes de los administradores en el marco de la sociedad cotizada, que parece deducirse de una lectura superficial del mencionado precepto, ha de ceder, de inmediato, ante una comprensión integrada de éste con el régimen general de los deberes de los administradores contenido en la LSA. De acuerdo con este planteamiento, los deberes de los administradores regulados en el art. 114 de la LMV no representan categorías autónomas, sino, más bien, ejemplos o modalidades concretas de (algunas) de las categorías generales de deberes instauradas por la LSA desde la reforma llevada a cabo en su seno por la Ley de Transparencia.

Por lo expuesto, el régimen jurídico concreto de los particulares deberes instaurados en el art. 114 de la LMV vendrá integrado, desde luego, por lo que se establece en el mencionado artículo, pero también por las reglas correspondientes a cada uno de ellos, según su respectiva naturaleza jurídica, de acuerdo con las normas generales a tal efecto contenidas en la LSA. Este criterio, por lo demás, no excluye, como es evidente, el sometimiento de los administradores de una sociedad cotizada a los restantes deberes que la LSA establece, aunque sean ajenos, en principio, a la regulación del art. 114 de la LMV. Pensamos, a tal efecto y, sobre todo, en el deber de fidelidad (art. 127 bis de la LSA), que instaura, a nuestro juicio, no tanto una precisa conducta a observar por los administradores, sino, más propiamente, un “criterio para la acción”, una suerte de pauta general de su comportamiento, que ha de modularse a la luz de lo que exija el interés social. Si en el contexto del art. 114 de la LMV ha de recordarse el relieve singular que dicha magnitud manifiesta como “interés de la sociedad”, también adquiere un singular protagonismo el interés del grupo del que la

sociedad cotizada pueda formar parte, y que el propio legislador pone de manifiesto en diferentes apartados del precepto que analizamos ⁽³⁷⁾.

La idea que, resumidamente, venimos exponiendo, constituye, en nuestro criterio, una guía relevante para hacer posible la mejor interpretación y aplicación del art. 114 de la LMV, en todos sus apartados. Sin embargo, no basta con formularla y señalar, en su caso, las posibles virtudes que le acompañan. Se hace preciso, para concluir, precisar más concretamente la naturaleza específica de cada uno de los tres deberes contenidos en el precepto, desde el punto de referencia, aquí aceptado, de las categorías generales establecidas en la LSA. Para lograr este objetivo, ha de atenderse, a nuestro juicio, al contenido básico de la conducta debida impuesta al administrador. En los párrafos 1.º y 3.º del art. 114 de la LMV, nos encontramos ante un deber de abstención, ante una obligación negativa, impuesta por el legislador a los administradores como consecuencia de una situación de conflicto de intereses que les afecte o en atención a una información privilegiada o reservada de la que sean titulares. No parece dudoso, por ello, que ambos párrafos representen un ejemplo concreto del *deber de lealtad*, cuyo regulación en el art. 127 ter LSA —no exenta de contradicciones y lagunas— servirá para completar e integrar lo establecido a propósito de las sociedades cotizadas ⁽³⁸⁾.

Por su parte, el supuesto del art. 114.2.º de la LMV nos sitúa ante una conducta activa del administrador, consistente en la necesidad de facilitar información en la memoria respecto de ciertas operaciones singulares por él desarrolladas. No parece que nos encontremos aquí ante una situación de conflicto de intereses que obligue al administrador a una concreta abstención. La singularidad de las operaciones sobre las que se ha de informar excluye, a nuestro juicio, dicho conflicto e impone, de acuerdo con los objetivos de la Ley 26/2003, la necesidad de poner de manifiesto su realización, de hacerlas transparentes, en

(37) Se percibe esta referencia a través de una terminología variada y no siempre coherente, como hemos puesto de referencia en el presente trabajo (sociedades filiales, vinculadas, etc.). Quizá sea una de las tareas más complejas que se plantean en el actual Derecho español de sociedades el significado que haya de dársele al grupo de sociedades, así como a la defensa y promoción, en su caso, de su correspondiente interés.

(38) Sobre el deber de lealtad, entre otros trabajos, LLEBOT MAJÓ, J.O., *Los deberes de los administradores de la sociedad anónima*, Madrid, 1996, pp. 91 y ss.; PORTELLANO, P., *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, Madrid, 1996; ALCALÁ DÍEZ, M.ª A., “El deber de fidelidad de los administradores. El conflicto de interés administrador-sociedad”, en Esteban Velasco, G. (dir.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid, 1999, pp. 447 y ss. El recurso a lo dispuesto en el art. 127 ter LSA, en punto al análisis del deber de lealtad de los administradores de una sociedad cotizada, permitirá, entre otras cosas, integrar en dicho contexto la noción de “persona vinculada al administrador”, a la que se refiere con gran detalle su apartado quinto.

suma. Sin perjuicio de la defensa del interés social que el art. 114.2.º de la LMV también presupone, la conducta debida por el administrador en dicho párrafo se sitúa, a nuestro juicio, en la órbita del *deber de diligente administración*, contemplado en el art. 127 de la LSA ⁽³⁹⁾. Cumplir con la información que se le exige al administrador en el art. 114.2.º de la LMV permite, en última instancia, ratificar su condición de sujeto diligente, como ordenado empresario y representante leal, de acuerdo con el patrón de conducta establecido en el art. 127 de la LSA.

⁽³⁹⁾ Al respecto, POLO, E., *Los administradores y el Consejo de Administración*, cit., pp. 130 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, F., *Administradores*, cit., pp. 101 y ss.; MARTÍNEZ SANZ, F., Artículo 127, en Arroyo, I./Embid, J.M. (coord.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, II, Madrid, 2001, pp. 1324 y ss., para la hermenéutica del precepto con anterioridad a la Ley de Transparencia. También en general, pero con particular incidencia en el marco de las sociedades cotizadas, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “El deber de diligencia”, en Esteban Velasco, G., (dir.), *El gobierno de las sociedades cotizadas*, cit., pp. 419 y ss.

LA CREACIÓN DE LOS COMISIONADOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS CLIENTES DE SERVICIOS FINANCIEROS

M.^a VICTORIA PETIT LAVALL

Profesora Titular de Derecho Mercantil

Universitat Jaume I de Castellón

Magistrada Suplente de la Audiencia Provincial de Castellón

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. ESTATUTO JURÍDICO DE LOS COMISIONADOS.
 - III. FUNCIONES DE LOS COMISIONADOS.
 - IV. PROCEDIMIENTO DE ADMISIÓN Y TRAMITACIÓN DE LAS QUEJAS O RECLAMACIONES.
 - V. DE LA FUNCIÓN DE ASESORAMIENTO O TRAMITACIÓN DE CONSULTAS.
 - VI. LA MEMORIA ANUAL.
 - VII. LA DEFINICIÓN DE LAS NORMAS DE TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DE LA CLIENTELA POR EL REGLAMENTO 303/2004 Y SUS CONSECUENCIAS.
 - VIII. VALORACIÓN GLOBAL DEL SISTEMA
-

I. INTRODUCCIÓN

1. La Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, comúnmente conocida como Ley Financiera (en adelante

RDBB núm. 96 / Octubre-Diciembre 2004

LF) dedica su Capítulo V a la protección de clientes de servicios financieros. Su Sección 1.^a, titulada “Defensa del cliente de servicios financieros”, integrada por los arts. 22 a 31, ha creado los comisionados u órganos para la defensa del cliente de servicios financieros con el objeto o la finalidad de proteger los derechos del usuario de servicios financieros dentro del ámbito de competencias del Banco de España, de la CNMV y de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (art. 23.1).

Son tres los comisionados u órganos de defensa del cliente de servicios financieros creados por la LF: 1) el Comisionado para la Defensa del Cliente de Servicios Bancarios, adscrito orgánicamente al Banco de España; 2) el Comisionado para la Defensa del Inversor, adscrito orgánicamente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y 3) el Comisionado para la Defensa del Asegurado y del Partícipe en Planes de Pensiones, adscrito a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (art. 22).

2. La propia LF ha habilitado al Gobierno (art. 25.Cuarto) para desarrollar reglamentariamente la figura de los comisionados por ella creados, y en particular lo relativo a su nombramiento, rango jerárquico, procedimiento de resolución de quejas y reclamaciones y contenido de la memoria anual que han de publicar. Ello se ha efectuado por el Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros ⁽¹⁾, concebido como una norma más dentro del proceso de reforma del sistema financiero que se está llevando a cabo.

La finalidad perseguida con la introducción de la figura de los comisionados es la protección de los clientes de servicios financieros mediante un sistema de solución extrajudicial de conflictos permitiéndoles “trasladar de manera ágil y eficaz sus consultas, quejas o reclamaciones a la autoridad supervisora de cada mercado” (Exposición de Motivos del RD 303/2004).

3. Aunque los Comisionados constituyen una figura de nueva creación, no representan una gran innovación respecto del sistema de protección del usuario que ha existido hasta ahora. En efecto, los comisionados siguen estando integrados en la estructura del Banco de España, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, que ya venían prestando la protección al cliente o usuario de servicios financieros a través de sus respectivos servicios de reclamaciones ⁽²⁾. Por ello

(1) BOE, núm. 54, de 3 de marzo 2004, pp. 9703 a 9711.

(2) RUIZ LÓPEZ, E.J., “La defensa del consumidor de servicios bancarios”, en Sánchez Calero, F. y Sánchez-Calero Guilarte, J., *Comentario a la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero*, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 763, 764 y 779.

expresamente deroga el RD 303/2004 en su disposición derogatoria única los siguientes preceptos: a) arts. 108 y 109 del Reglamento de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por RD 2486/1998, de 20 de noviembre; b) el apartado noveno, salvo el párrafo 1.º, de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989; y c) las normas 11.ª a 27.ª de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España ⁽³⁾.

II. ESTATUTO JURÍDICO DE LOS COMISIONADOS

1. Los Comisionados se encuentran adscritos al Banco de España, a la CNMV y a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, dentro de sus respectivos Servicios de Reclamaciones o unidades administrativas equivalentes (art. 27 de la LF, art. 3.1 del RD 303/2004). En concreto, la adscripción del Comisionado para la Defensa del Asegurado y del Partícipe en Planes de Pensiones ha sido efectuada por el art. 3.2 del RD 303/2004 al Director General de Seguros y Fondos de Pensiones. Por el contrario, no se ha previsto la adscripción de los Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Bancarios y del Inversor, sino que la misma depende la normativa interna de los respectivos organismos de supervisión.

2. La competencia para el nombramiento de los Comisionados viene atribuida por la LF (art. 25.Segundo) y por el RD 303/2004 (art. 2.2) al Ministro de Economía, quien deberá asesorarse u oír, en terminología de la LF: 1) al Gobernador del BE en el caso del Comisionado para la Defensa del Cliente de Servicios Bancarios; 2) al Presidente de la CNMV en el caso del Comisionado para la Defensa del Inversor, y 3) al Director General de Seguros y Fondos de Pensiones en el caso del Comisionado para la Defensa del Asegurado y del Partícipe en Planes de Pensiones. Además en los nombramientos de los tres comisionados también es preceptivo que se asesore u oiga al Consejo de Consumidores y Usuarios.

Su mandato tiene una duración de cinco años, sin que sea posible su renovación para el mismo cargo (art. 25.Primer, párrafo segundo de la LF, art. 2.2 del RD 303/2004). Esta medida, sin duda, ha sido impuesta con la finalidad de preservar la necesaria independencia de los comisionados.

(3) Ver sobre la función y el procedimiento en materia de reclamaciones del Servicio de Reclamaciones del BE, la DGS y la CNMV, entre otros: ANDREU MARTÍ, M.ª del M., *La protección del cliente bancario*, ed. Tecnos, Madrid, 1998, pp. 187 y ss.; PEÑAS MOYANO, M.ª J., *La protección del asegurado (análisis de la problemática derivada de la pluralidad de normas aplicables)*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. 75 y ss.; CORTÉS, L.J., *Lecciones de contratos y mercados financieros*, Thomson/Civitas, Madrid, 2004, pp. 233 y ss.

3. La independencia, la imparcialidad y el prestigio profesional son los requisitos que se exigen de los Comisionados. En efecto, la LF establece que los comisionados deben actuar “de acuerdo con los principios de independencia y autonomía en cuanto a los criterios y directrices a aplicar en el ejercicio de sus funciones” (art. 25.Tercero de la LF). Este deber de independencia e imparcialidad o autonomía también está previsto de forma más detallada en el art. 2.3 y 4 del RD 303/2004. Asimismo exige la LF que los Comisionados sean personas de reconocido prestigio en el ámbito económico o financiero con diez años, como mínimo, de experiencia profesional (art. 25.Primer LF, art. 2.1 del RD 303/2004). Además, el RD 303/2004 añade el deber de secreto y confidencialidad de los comisionados respecto de terceros de cuantos datos e informaciones reciban en el ejercicio de sus funciones, así como la prohibición de utilización de los mismos en beneficio propio (art. 2.4).

4. El cargo de comisionado es retribuido y, en principio, es compatible con el ejercicio de cualquier actividad que vinieran desempeñando, salvo que la misma entorpezca o impida el cumplimiento de los deberes de independencia, autonomía, secreto y confidencialidad. Sólo se ha prohibido expresamente la simultaneidad del cargo de comisionado con la condición de funcionario público en situación de servicio activo o personal al servicio de las Administraciones públicas, o con la prestación de servicios o cargos en las entidades a las que se refieren sus funciones (v.infra) o en asociaciones de consumidores (art. 2.5 del RD 303/2004); incompatibilidades estas últimas en la medida en que vulneran la necesaria independencia del comisionado.

5. La actuación o los informes que emitan los comisionados no tienen la naturaleza de actos administrativos, por lo que no son susceptibles de recurso alguno. Así lo establece expresamente el art. 5.1 y 3 del RD 303/2004, y se reitera con posterioridad y de forma innecesaria en los arts. 11.1, 12.6 y 17.3.

Se declara también reiteradamente en el Reglamento (arts. 5, 10.3, 11.1) que la utilización por los usuarios de los comisionados para atender sus quejas o reclamaciones lo es sin perjuicio del recurso a otros sistemas de protección previstos en la legislación vigente, especialmente en la normativa arbitral y de consumo. Y en este sentido, no podrán los comisionados conocer consultas, quejas o reclamaciones cuando les conste que el asunto está o ha sido sometido a cualquier instancia arbitral, administrativa o judicial. Del mismo modo, queda prohibido que los comisionados se pronuncien en materia de responsabilidad civil, esto es, sobre los daños y perjuicios, en su caso, producidos a los usuarios por la actuación de las entidades sometidas a supervisión, así como sobre su cuantificación o valoración (art. 5.3), por ser ésta una función propia de los jueces o tribunales y árbitros.

III. FUNCIONES DE LOS COMISIONADOS

1. Los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros creados al amparo de la LF tienen por objeto la protección de los derechos de los usuarios de servicios financieros (art. 1.1 del RD 303/2004). Para el cumplimiento de este fin, son tres las principales funciones que la LF atribuye a los Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros:

1) Atender las quejas y reclamaciones que presenten los usuarios de servicios financieros [art. 24.1 LF y arts. 1 y 4.1.a) y d) RD 303/2004].

Al respecto, el propio RD 303/2004 define o delimita en su artículo 1, apartado 3, estos conceptos. Así, tienen la consideración de “quejas” las que se refieren al funcionamiento de los servicios financieros prestados a los usuarios por las entidades establecidas en el art. 1 y presentadas por las tardanzas, desatenciones o cualquier otro tipo de actuación que se observe en su funcionamiento. Son “reclamaciones” las presentadas por los usuarios de servicios financieros que pongan de manifiesto, con la pretensión de obtener la restitución de su interés o derecho, hechos concretos referidos a acciones u omisiones de las entidades del artículo 1 que supongan para quien las formula un perjuicio para sus intereses o derechos por incumplimiento de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros. Es una novedad de la actual normativa el añadir junto a las “reclamaciones” la posibilidad de presentar “quejas”. Si bien ambos conceptos aparecen definidos por separado, parece que no existen entre ellos diferencias sustanciales, además de que su tramitación es la misma (*vide infra*). Parece que la diferencia estriba en que mediante la queja se denuncia exclusivamente un mal funcionamiento del servicio financiero que no ha producido un daño o perjuicio concreto para el usuario, mientras que la reclamación sí requiere ese daño o perjuicio y es precisamente su reparación lo que persigue el reclamante.

2) Asesorar a los usuarios de servicios financieros sobre sus derechos en materia de transparencia y protección de la clientela, así como sobre los cauces legales existentes para su ejercicio [art. 24.2 LF y art. 4.1.d) del RD 303/2004]. Esta función de asesoramiento se ha concretado en la atención y tramitación de las consultas que formulen los usuarios de servicios financieros (art. 1 del RD 303/2004).

El art. 1.3, párrafo 3.º, del RD 303/2004 define las “consultas” como las solicitudes de asesoramiento e información relativas a cuestiones de interés general sobre los derechos de los usuarios de servicios financieros en materia de transparencia y protección de la clientela, y sobre los cauces para su ejercicio, también las referidas a los requisitos que la normativa vigente imponga a las actuaciones que el interesado pueda precisar, o sobre las características genéri-

cas de los distintos tipos de procedimientos para hacerlos valer y los órganos competentes para su conocimiento y resolución.

3) Elaborar y publicar una Memoria anual de cada uno de los Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros cuyo contenido, como mínimo, deberá incluir el resumen estadístico de las consultas y reclamaciones atendidas, así como el comentario sobre los informes emitidos y las entidades afectadas, indicándose, en su caso, el carácter favorable o desfavorable para el reclamante [art. 26 LF; art. 4.1.e) del RD 303/2004].

Junto a estas tres funciones, de carácter principal, el RD 303/2004 atribuye a los comisionados también las siguientes:

4) Informar, recabar y contrastar información. Los Comisionados, además de la redacción de la memoria anual, sin duda elemento transmisor de información, deben: informar o “facilitar el conocimiento” a los usuarios de servicios financieros de la normativa en materia de transparencia y protección de la clientela, así como de las buenas prácticas y usos financieros [art. 4.1.j)]; informar al órgano u organismo de supervisión al que estén adscritos, cuando éste lo solicite, de las normas reglamentarias que se tramiten en materia de transparencia y protección de los usuarios de los servicios financieros, antes de su adopción [art. 4.1.h)] y de la adecuación de los reglamentos de funcionamiento de los departamentos o servicios de atención al cliente y del defensor del cliente al régimen jurídico establecido por el Ministerio de Economía [art. 4.1.k)]; realizar actividades divulgativas de los criterios que están siendo seguidos en la resolución de sus expedientes [art. 4.1.l)]; recabar información y colaboración de los órganos y entidades supervisoras en el ámbito de su competencia sobre los expedientes que tramiten [art. 4.1.c)]; contrastar información sobre las quejas o reclamaciones, para verificar su real trascendencia [art. 4.1.b)].

5) Proponer las modificaciones normativas que resulten convenientes para la tutela de los derechos de los usuarios de los servicios financieros en materia de transparencia y protección de la clientela [art. 4.1.g)], las cuales se exige que consten en la memoria anual [art. 18.1.h)].

6) Remitir a los servicios de supervisión correspondientes los expedientes en que se aprecien indicios de incumplimiento o violación de normas de transparencia y protección de la clientela con arreglo a lo establecido en el art. 24.a) de la LF [art. 4.1.f)].

7) Servir de órgano de relación y comunicación con instituciones y órganos nacionales y extranjeros que tengan asignadas funciones similares [art. 4.1.i)]. En especial, podrán colaborar para la difusión de sus actividades informativas con las autoridades competentes y organismos representativos de consumidores y usuarios (art. 4.3).

2. En este sentido, aunque expresamente no viene establecido por el Real Decreto, debe incluirse en esta función la necesaria cooperación para facilitar la solución extrajudicial de litigios transfronterizos entre consumidores y proveedores de servicios financieros. Así se ha previsto por la Comisión Europea mediante la creación en febrero de 2001 de FIN-NET o acuerdo sobre una red de denuncias transfronterizas extrajudiciales en el ámbito de los servicios financieros en el Espacio Económico Europeo ⁽⁴⁾, del que se ha publicado una guía en septiembre de 2002 ⁽⁵⁾, y al que está adscrito el Servicio de Reclamaciones del Banco de España.

Este acuerdo prevé que en caso de litigio entre un consumidor y un proveedor de servicios financieros que esté establecido en un Estado distinto al del consumidor, éste pueda contactar con el organismo de resolución extrajudicial en su país de residencia, que entendemos que en España deberán ser los Comisionados. Y éstos deberán dar toda la información necesaria al consumidor y al organismo competente del país del proveedor. En el caso en que el consumidor decida presentar su reclamación ante el organismo extranjero, puede solicitar que sea el organismo más próximo (los comisionados) el que envíe la denuncia al órgano competente, que deberá resolver el litigio siguiendo sus propias normas y teniendo en cuenta la Recomendación de la Comisión 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo. Pese a su reciente creación, debe destacarse el resultado satisfactorio de este sistema o acuerdo. En efecto, entre febrero y diciembre de 2001 han sido presentadas más de 400 quejas en materia de servicios bancarios, de seguros y de inversión.

IV. PROCEDIMIENTO DE ADMISIÓN Y TRAMITACIÓN DE LAS QUEJAS O RECLAMACIONES

1. Exige la LF como requisitos para la admisión y tramitación de reclamaciones ante el correspondiente Comisionado para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros, en primer lugar, que previamente se acredite haber realizado la oportuna reclamación, por escrito, ante el departamento o servicio de atención al cliente o, en su caso, defensor del cliente de la entidad financiera [salvo que el objeto de las quejas o reclamaciones sea la demora o incumplimiento de una decisión favorable para el cliente (art. 8.4 del RD 303/2004)]. Y

⁽⁴⁾ Ver *Memorándum de acuerdo sobre una red de denuncias transfronterizas extrajudiciales en el ámbito de los servicios financieros en el Espacio Económico Europeo*. <http://fin-net.jrc.it/en/>.

⁽⁵⁾ Ver http://europa.eu.int/comm/internal_market.

en segundo lugar, que hayan transcurrido dos meses desde la fecha de presentación de la reclamación, sin que ésta haya sido resuelta, o bien que haya sido denegada su admisión o desestimada su petición (art. 30.º Primero) total o parcialmente (art. 8.2 del RD 303/2004). No es una novedad del actual sistema la exigencia de la previa reclamación ante el departamento o servicio de atención al cliente para que pueda ser admitida a trámite la misma ante el comisionado. Por el contrario, ya se exigía la acreditación de haber efectuado la reclamación previa ante el defensor del cliente u órgano equivalente de la entidad de crédito, caso de que existiese (Norma 14.ª1 de la Circular BE 8/1990). Ahora bien, y precisamente con la finalidad de que dicha reclamación previa ante el correspondiente departamento o servicio de atención no implique una prolongación innecesaria del procedimiento, es por lo que se ha previsto que, en todo caso, transcurridos como máximo dos meses desde su presentación sin que haya sido resuelta, pueda presentarse la misma ante el comisionado. Esta posibilidad también estaba prevista anteriormente en la Circular BE 8/1990, norma 14.1, párrafo 2.º

El actual sistema merece ser criticado, puesto que al igual que ha venido sucediendo con la Circular BE 8/1990, no se ha previsto ninguna consecuencia, salvo la finalización del expediente y la posibilidad de acudir entonces al comisionado, para los supuestos de no resolución por parte de los departamentos o servicios de atención al cliente dentro del plazo máximo de dos meses (arts. 10.3 y 15.1 de la Orden ECO/734/2004). Al menos debería dejarse constancia de ello en el informe anual que deben elaborar (art. 17 de la Orden ECO/734/2004), aunque ni siquiera el art. 17 de la Orden ECO/734/2004 lo exige, cuando regula el contenido de dicho informe.

Así, la LF desarrollada en este extremo por el art. 8 del RD 303/2004 ha establecido la obligación para las entidades financieras de atender y resolver las quejas y reclamaciones que presenten sus clientes, siempre que las mismas versen sobre “sus intereses y derechos legalmente reconocidos, ya deriven de los contratos, de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros, en particular, del principio de equidad” (art. 2.2 de la Orden ECO/734/2004). Para ello deben contar necesariamente las entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras con un departamento o servicio de atención al cliente, pudiendo además opcionalmente designar un defensor del cliente. Esta misma obligación también es aplicable a las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva en virtud de lo previsto por el art. 48 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva.

El departamento o servicio de atención al cliente o, en su caso, el defensor del cliente, deben acusar recibo por escrito de las reclamaciones que se presenten y resolver las mismas o denegarlas también por escrito y motivadamente. Al

respecto, el art. 31 de la LF habilita al Ministerio de Economía para efectuar el oportuno desarrollo reglamentario regulando los departamentos o servicios de atención al cliente y del Defensor del Cliente, lo que ha sido llevado a cabo por la citada Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras ⁽⁶⁾, que contiene los requisitos y procedimientos que deben cumplir los departamentos y servicios de atención al cliente, así como el defensor del cliente de las entidades previstas en la propia Orden (arts. 1 y 2). En este sentido, debe destacarse y valorarse positivamente que la actual normativa haya impuesto la obligación a todas las entidades previstas por el art. 2 de la Orden ECO/734/2004 de contar necesariamente con un departamento o servicio de atención al cliente, con lo que se ha buscado la necesaria homogeneidad del sistema ⁽⁷⁾. En consecuencia, se ha establecido la obligatoriedad de que exista en todas estas entidades un órgano interno de defensa del cliente (departamento o servicio de atención) y voluntaria o facultativamente, ya sea de forma individual o agrupándose con otras entidades, un defensor del cliente externo, aunque también designado por la propia entidad o entidades (art. 5.2 de la Orden ECO/734/2004). Por ello, deberán ser adaptados los actuales reglamentos de las figuras del defensor del cliente bancario ⁽⁸⁾, del defensor del asegurado ⁽⁹⁾ y del protector del inversor ⁽¹⁰⁾.

2. La legitimación activa para presentar quejas o reclamaciones y consultas viene establecida en el art. 6 del RD 303/2004 de forma muy amplia. Así, pueden presentar éstas, personalmente o mediante representación “todas las personas físicas o jurídicas con capacidad de obrar conforme a derecho, españolas o extranjeras, que estén debidamente identificadas, en su condición de usua-

(6) BOE núm. 72, de 24 de marzo de 2004, pp. 12683 a 12688.

(7) RUIZ LÓPEZ, E.J., “La defensa del consumidor de servicios bancarios”, cit. *supra*, pp. 770 y ss.

(8) SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Introducción a la figura del ombudsman en la actividad bancaria”, *RDBB*, núm. 22, 1986, pp. 441 y ss.; id., “En torno a los ombudsmen bancarios”, *RDBB*, núm. 26, 1987, pp. 436 y ss.; ANDREU MARTÍ, M.^a del M., *La protección del cliente bancario*, cit. *supra*, pp. 174 y ss.; id., “Notas sobre la figura del defensor del cliente en la práctica bancaria española”, *RDBB*, núm. 54, 1994, pp. 425 y ss.

(9) Regulado en el art. 63 Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. V. sobre el mismo PEÑAS MOYANO, M.^a J., *La protección del asegurado...*, cit. *supra*, pp. 78 y ss.; SOTOMAYOR GRIPPINI, J.M.^a, “Aproximación a la figura del defensor del asegurado”, *RES*, núms. 73-74, enero-junio de 1993, pp. 17 y ss.; RUIZ RODRÍGUEZ, S., “El defensor del asegurado”, *RDSP*, núm. 2, 1995, pp. 7 y ss.

(10) V. los reglamentos de éste en la Bolsa de Madrid (Circular 8/1991) y Barcelona, respectivamente en <http://www.bolsamadrid.es> y <http://borsabcn.es>.

rios de servicios financieros, y siempre que se refieran a sus intereses y derechos legalmente reconocidos, ya deriven de los contratos, de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros, o se trate de una consulta sobre sus derechos en materia de transparencia y protección de la clientela y cauces legales existentes para su ejercicio”. De este modo, no se exige vínculo contractual alguno entre el usuario de servicios financieros y las entidades incluidas dentro del ámbito de aplicación de la normativa objeto de análisis.

Asimismo reconoce el art. 6.2 y 3 del RD 303/2004 legitimación activa no sólo a los propios usuarios en defensa de sus intereses personales, sino también la posibilidad de presentar quejas o reclamaciones y formular consultas a determinados sujetos, organismos y asociaciones en defensa tanto de intereses de particulares, propios o ajenos, como de intereses colectivos. Concretamente se otorga legitimación activa a: a) los inversores institucionales cuando actúen en defensa de los intereses particulares de sus clientes, partícipes o inversores; b) los tomadores de seguros, asegurados, beneficiarios, terceros perjudicados o derechohabientes de cualquiera de ellos; c) partícipes y beneficiarios de planes de pensiones; d) asociaciones y organizaciones representativas de legítimos intereses colectivos de los usuarios de servicios financieros, bien cuando se haya visto afectado un determinado cliente y tengan otorgada su representación, bien cuando se hayan visto afectados intereses colectivos, siempre que estén habilitadas para su defensa y protección y reúnan los requisitos de la LGDCU, o en su caso de la legislación autonómica al respecto; e) las oficinas y servicios de información al consumidor o usuario del art. 14 LGDCU, aunque sólo para formular consultas.

La legitimación pasiva viene establecida en el art. 1 RD 303/2004. Están legitimados pasivamente, respecto de los servicios bancarios: las entidades de crédito autorizadas para operar en el territorio nacional, las sociedades de tasación y los establecimientos de cambio de moneda autorizados para realizar operaciones de venta de billetes extranjeros y cheques de viajero o gestión de transferencias en el exterior. Por su parte, respecto de los servicios de inversión tienen legitimación pasiva las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión y las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva. En tercer lugar, en materia de seguros y planes de pensiones, las quejas, reclamaciones y consultas se podrán formular contra o ante: las entidades aseguradoras, entidades gestoras de fondos de pensiones, mediadores de seguros y entidades de crédito, estas últimas en cuanto a su actividad de comercialización de seguros o planes de pensiones o en su condición de depositarias de fondos de pensiones.

3. La LF ha previsto una ventanilla única para la recepción de las consultas, quejas o reclamaciones, ya que éstas —se prevé— pueden presentarse in-

distintamente ante cualquiera de los tres comisionados, con independencia de su contenido (art. 28 LF y art. 8.2 RD 303/2004) ⁽¹¹⁾. Para ello, la Disposición adicional única del RD 303/2004 prevé que el Ministerio de Economía deberá establecer los mecanismos necesarios para asegurar la comunicación entre sí por medios telemáticos, mediante formatos de intercambio de información entre los tres Comisionados y sus respectivos servicios de reclamaciones o unidades administrativas equivalentes. Del mismo modo, el Ministerio de Economía deberá establecer los mecanismos necesarios para asegurar la comunicación por medios telemáticos con los departamentos de atención al cliente de las entidades de crédito, entidades aseguradoras y empresas de servicios de inversión y, en su caso, del defensor del cliente.

4. Recibida la queja o reclamación por el correspondiente Comisionado para la Defensa de los Servicios Financieros, debe verificarse que reúne la misma los requisitos exigidos (art. 30.Segundo de la LF y art. 8.3 del RD 303/2004). Estos están establecidos en el art. 7 del RD 303/2004. Así, se requiere forma escrita, bien en soporte papel o por medios informáticos, electrónicos o telemáticos y se establece el contenido mínimo: a) completa identificación del reclamante y, en su caso, acreditación de la representación; b) identificación de la entidad reclamada, determinando en su caso la concreta oficina o sucursal contra la que se dirige la queja o reclamación; c) el motivo de la queja o reclamación, debiendo hacerse constar expresamente que ésta no está pendiente de resolución o litigio ante órganos administrativos, arbitrales o jurisdiccionales. Se prohíbe que el motivo de la queja o reclamación sea distinto del alegado en la reclamación previa ante el departamento o servicio de atención al cliente o ante el defensor del cliente, salvo que se trate de hechos acaecidos con posterioridad a su sustanciación; d) acreditación de que ha transcurrido el plazo de dos meses desde la presentación de la reclamación previa sin que haya sido resuelta o que su admisión ha sido denegada o desestimada total o parcialmente; e) lugar, fecha y firma. A dicho escrito deberá acompañarse cuanta documentación sea imprescindible para la resolución de la queja o reclamación planteada, sin perjuicio de que el comisionado reclame de la entidad reclamada la documentación que al respecto obre en poder de la misma.

Si la queja o reclamación cumple los requisitos formales anteriormente vistos, se procederá a la apertura del expediente en el que deben incluirse todas

(11) Siguiendo la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que obliga a cualquier organismo público receptor de cualquier escrito a remitírselo al que sea competente para su resolución.

las actuaciones llevadas a cabo ⁽¹²⁾. En caso contrario, se requerirá al reclamante para que complete la información en el plazo de diez días hábiles, con apercibimiento de que si no lo hiciese se dictará informe teniéndolo por desistido de su reclamación (art. 30.Segundo de la LF y art. 8.3 del RD 303/2004).

5. Una vez se proceda a la apertura del expediente de la correspondiente queja o reclamación, el Comisionado, dentro del plazo de diez días hábiles, debe:

- Informar al interesado de los siguientes extremos: 1) que la tramitación es totalmente independiente y no afecta al ejercicio de cualesquiera otras acciones o derechos que puedan asistirle (art. 11.1 y art. 7.6 del RD 303/2004); y 2) que la terminación del expediente mediante informe final del Comisionado sólo tiene carácter informativo, no siendo vinculante ni teniendo la consideración o naturaleza de acto administrativo, por lo que no puede interponerse recurso alguno contra él (art. 11.1 y art. 12.6 del RD 303/2004).
- Remitir a la entidad una copia de la queja o reclamación interpuesta y de los documentos aportados, la cual dispone de un plazo de quince días hábiles para presentar las alegaciones y documentación que estime convenientes, continuando la tramitación del expediente si éste transcurre sin contestación.

El procedimiento se encuentra regulado en el art. 11 del RD 303/2004, debiendo concluir el expediente con un informe motivado en el plazo máximo de cuatro meses desde la fecha de presentación de la queja o reclamación en los servicios de reclamaciones o unidades equivalentes adscritas al correspondiente comisionado (art. 12.1 del RD 303/2004), que deberá ser notificado a los interesados y a la entidad reclamada en el plazo de diez días hábiles a contar desde su fecha de emisión (art. 12.4).

6. El art. 12 del RD 303/2004 regula el informe que debe emitir en todo caso el comisionado correspondiente. No obstante, se admite que puedan presentar propuestas de informe los servicios de reclamaciones o unidades equiva-

(12) El art. 9 del RD 303/2004 posibilita la acumulación de expedientes para su tramitación conjunta en dos supuestos: a) cuando se trate de quejas o reclamaciones presentadas por distintas personas pero que afecten a la misma entidad y coincidan en lo sustancial en los hechos o problemas puestos de manifiesto y solicitudes formuladas, o sean coincidentes en su contenido, y b) cuando se trate de quejas o reclamaciones formuladas por una misma persona referidas a cuestiones de similar naturaleza, pero que no sean una mera reiteración. No obstante, en ningún caso la acumulación de expedientes afectará al volumen de quejas o reclamaciones a efectos de redacción de la memoria anual.

lentes adscritas al comisionado que deben ser elevadas al comisionado, junto con todos los documentos, alegaciones e informaciones, para que sea éste quien, en todo caso, concluya las actuaciones. Además de establecerse expresamente la necesidad de que el informe sea motivado el propio RD 303/2004 regula su contenido mínimo. Así, se exige que contenga conclusiones claras, en las que debe hacerse constar si ha existido quebrantamiento de las normas de transparencia y protección y si la entidad se ha ajustado o no a las buenas prácticas y usos financieros, y que se pronuncie sobre todas las cuestiones que haya planteado la queja o reclamación (art. 12.3 del RD 303/2004). También prevé el RD 303/2004 en su art. 12.5 que no existe obligación por parte de los comisionados en la resolución de los expedientes mediante informe de seguir los criterios anteriormente aceptados. Es decir, no obliga a los comisionados a mantener su criterio. Ahora bien, debe ser valorada positivamente la norma, puesto que en caso de cambio de criterio exige que éste se motive.

No establece el Reglamento ninguna forma especial para el informe. Así cabe tanto documento privado como su formalización por medios telemáticos, informáticos o electrónicos, siempre —eso sí— que acrediten la voluntad del comisionado.

El informe de los comisionados —como repetidamente establece el RD 303/2003— no tiene carácter vinculante, lo que no constituye una novedad, puesto que tampoco lo tenían los informes de los anteriores Servicios de Reclamaciones. Sin embargo, la ausencia de fuerza vinculante no ha supuesto un obstáculo para la eficacia de los informes, sino que por el contrario han sido pacíficamente aceptados por las entidades sometidas a la competencia de las instituciones supervisoras (BE, CNMV y Dirección General de Seguros), precisamente debido a la potestad de éstas⁽¹³⁾.

Se contempla también la posibilidad de falta de emisión del informe dentro del plazo máximo de cuatro meses, previéndose que ésta no implica la aceptación del motivo de la queja o reclamación. Si ello sucede debe informarse al interesado transcurrido dicho plazo y deben hacerse constar expresamente en el informe las causas que han impedido su emisión a tiempo (art. 12.1 y 2). Ahora bien, no se exige que consten expresamente en la Memoria Anual el número y causas de la no emisión en tiempo de los preceptivos informes, así como tampoco las consecuencias que puedan derivar para el Comisionado.

7. Además de la emisión del correspondiente informe por el Comisionado, el RD 303/2004 contempla otros modos de conclusión del procedimiento:

(13) Calificada de “autoridad moral” y valorada positivamente esta solución por RUIZ LÓPEZ, E.J., “La defensa del consumidor de servicios bancarios”, cit. *supra*, pp. 765, 778 y 779.

1. *Inadmisión de la queja o reclamación.* El extenso art. 10 del RD 303/2004 regula las causas o motivos por los cuales pueden inadmitirse las quejas o reclamaciones, así como el procedimiento previsto al efecto. En todo caso conlleva el archivo del expediente la constancia de la existencia de un procedimiento administrativo, judicial o arbitral sobre la misma materia (art. 10.3).
2. *Desistimiento.* Regulado en el art. 14, puede producirse en cualquier momento durante la tramitación, lo que da lugar a la finalización inmediata del procedimiento respecto del interesado, pero no necesariamente respecto de la entidad reclamada. En efecto, se prevé que el comisionado puede acordar su continuación por entender que existe un interés general en las cuestiones planteadas y, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias o de otro orden que correspondan, podrá formular a la entidad las indicaciones que estime pertinentes.
3. *Archivo de la queja o reclamación.* Regulado en el art. 13.1 párrafo 4.º del RD 303/2004, y previsto para los supuestos en que la entidad haya rectificado su situación con el reclamante durante el procedimiento antes de que se haya emitido el informe por el comisionado.

8. Por último se establece en el art. 15 del RD 303/2004 el deber de notificación por parte del comisionado al órgano de supervisión al que esté adscrito de aquellos hechos de los que haya tenido conocimiento durante el procedimiento que puedan constituir indicios de conductas sancionables. Expresa y reiteradamente se prevé dentro de este supuesto el incumplimiento o quebrantamiento de normas de transparencia y protección de la clientela [art. 24.a) de la LF, art. 13.2 y art. 15 del RD 303/2004]. De este modo, cuando el comisionado observe la violación de una norma deberá dar traslado a los órganos competentes del ente de supervisión al que esté adscrito. Esta circunstancia ya se encontraba prevista en la Circular BE 8/1990, norma 24.^a

V. DE LA FUNCIÓN DE ASESORAMIENTO O TRAMITACIÓN DE CONSULTAS

1. La función de asesoramiento asignada a los comisionados se encuentra regulada en los arts. 16 y 17 del RD 303/2004.

Ahora bien, la definición de consultas aparece en el art. 1.3, párrafo 3.º del RD 303/2004 como: las solicitudes de asesoramiento e información relativas a cuestiones de interés general sobre los derechos de los usuarios de servicios financieros en materia de transparencia y protección de la clientela, y sobre los cauces para su ejercicio, también las referidas a los requisitos que la normativa

vigente imponga a las actuaciones que el interesado pueda precisar, o sobre las características genéricas de los distintos tipos de procedimientos para hacerlos valer y los órganos competentes para su conocimiento y resolución.

No obstante, esta definición debe completarse con lo previsto en los arts. 5.5 y 16.4 RD 303/2004, que delimitan negativamente el concepto de asesoramiento, al establecer qué solicitudes no pueden ser objeto de consulta. El art. 5.5 prohíbe que la consulta se pronuncie “sobre peticiones de interpretación de la norma aplicable en relación a un supuesto concreto”, por ser esta una función judicial. Por su parte, el art. 16.4 prohíbe que las consultas se refieran “a una concreta operación con una entidad determinada... (y) a las condiciones materiales de las operaciones siempre que se ajusten a las normas de transparencia y protección de la clientela”. Parece que con ello se pretende evitar que se utilice la función de asesoramiento o emisión de consultas de forma abusiva, haciendo que los comisionados se constituyan en un servicio público y gratuito de asesoramiento jurídico en materia financiera ⁽¹⁴⁾.

2. El procedimiento a seguir hasta la conclusión mediante la correspondiente “contestación”, para el que se encuentran legitimados activa y pasivamente los mismos sujetos y entidades que para la tramitación de reclamaciones y quejas, es el siguiente:

1.º) Presentación de la consulta. Puede hacerse bien ante cualquiera de los comisionados, independientemente de su contenido, o bien directamente en los servicios de reclamaciones o unidades administrativas equivalentes que radiquen en la sede central del Banco de España, de la CNMV y de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, respectivamente, o en sus delegaciones. Estas deberán remitirlas al servicio de reclamaciones o unidad equivalente competente para su tramitación.

Las consultas pueden presentarse tanto en soporte papel como por medios informáticos, electrónicos o telemáticos, debiendo constar en ellas la identificación y domicilio a efectos de notificaciones de la persona o entidad que la realiza, los antecedentes y las circunstancias concurrentes, las dudas que le suscite la normativa aplicable y demás datos y elementos que puedan facilitar o ayudar a la formación de opinión por parte del comisionado competente. Se concede un plazo de diez días hábiles para que el interesado pueda subsanar cualquier falta de los anteriores requisitos o aportar los documentos y datos necesarios, archivándose la solicitud en caso contrario.

(14) RUIZ LÓPEZ, E.J., “La defensa del consumidor de servicios bancarios”, cit. *supra*, p. 776.

2.º) Derecho y deber de información: Recibida la consulta el comisionado debe informar al interesado de que su solicitud no interrumpe los plazos establecidos en el ordenamiento jurídico para el ejercicio de los derechos, ni suspende la tramitación de los procedimientos. Además, el comisionado podrá solicitar los informes que estime pertinentes de los centros directivos del organismo al que esté adscrito para la formación de su criterio al objeto de contestar al caso planteado.

3.º) Contestación a la consulta: El comisionado competente deberá contestar a la cuestión planteada en el plazo máximo de un mes desde la fecha de presentación, precisando los derechos del solicitante en materia de transparencia y protección a la clientela y los cauces legales existentes para su ejercicio. La contestación tiene carácter informativo y carece de efectos vinculantes. La falta de contestación en el plazo establecido no implica la aceptación de los criterios expresados por el solicitante en ella. Debe destacarse como crítica que el RD 303/2004 no establece ninguna consecuencia para los comisionados que no contesten a una consulta en el plazo previsto. En todo caso, debería ser incluido en la memoria anual, como mínimo, dentro del resumen estadístico de consultas atendidas, o mejor dicho, no atendidas al menos en plazo (*vide infra*).

VI. LA MEMORIA ANUAL

1. Dentro de las funciones de los comisionados se incluye la elaboración y publicación de una memoria anual [art. 4.1.e) del RD 303/2004] en la que deben dar cuenta de su gestión y cuyo contenido necesario viene descrito en el art. 18 RD 303/2004, de forma similar a la Memoria que ha venido realizando el Servicio de Reclamaciones del Banco de España. Dicha Memoria debe ser enviada para su conocimiento, antes de su publicación, al órgano u organismo de supervisión al que estén adscritos. Al mismo tiempo, y con independencia de que la Memoria sea objeto de publicación, debe remitirse copia al Instituto Nacional de Consumo (art. 18.2 del RD 303/2004).

2. La Memoria debe contener un resumen estadístico o descripción sucinta de todos los expedientes tramitados y consultas atendidas (número, origen de la incidencia, entidades afectadas, tipo de decisión, tipo de reclamación y cuantía). Respecto de los expedientes tramitados por quejas o reclamaciones debe indicarse cuál ha sido su modo de conclusión (informe favorable o desfavorable para el reclamante, desistimiento e inadmisión). En cuanto a las consultas debe indicarse su número, así como aquellas que pueden ser de interés general.

Debe la Memoria contener también el número y resumen de los supuestos de hecho y de derecho de los expedientes que han sido comunicados al órgano u

organismo de supervisión correspondiente. Asimismo, cuando los informes hayan sido favorables para el reclamante, debe indicarse si se han efectuado o no las correspondientes correcciones por las entidades afectadas.

Por último, la Memoria debe incluir un resumen de los criterios generales contenidos en la resolución de las consultas o reclamaciones cuando sean de interés general, así como propuestas de medidas para la mejora de la normativa y de los procedimientos para la protección de los usuarios de servicios financieros. Hay que destacar que ambos contenidos de la Memoria son reflejo de las funciones asignadas a los comisionados por el art. 4.1.g) y l).

3. Aunque el RD 303/2004 no establece expresamente que la Memoria contenga los expedientes de quejas, reclamaciones y consultas no finalizados mediante informe en los plazos previstos al efecto (4 meses y 1 mes respectivamente), esta información debería ser incluida en todo caso, pues sin duda informa de la gestión de los comisionados y es precisamente ésta la función asignada a la Memoria.

VII. LA DEFINICIÓN DE LAS NORMAS DE TRANSPARENCIA Y PROTECCIÓN DE LA CLIENTELA POR EL REGLAMENTO 303/2004 Y SUS CONSECUENCIAS

1. El Reglamento 303/2004, aunque tiene por objeto la regulación de la figura de los comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, aprovecha para dar una definición de las “normas de transparencia y protección de la clientela”. En efecto, el art. 6.4, párrafo 2.º establece: “Se considerarán normas de transparencia y protección de la clientela aquellas que contienen preceptos específicos referidos a las entidades a que se refiere el artículo 1, y que con la finalidad de proteger los legítimos intereses de los clientes, establecen un conjunto de obligaciones específicas aplicables a las relaciones contractuales entre unos y otros, exigen la comunicación de las condiciones básicas de las operaciones y regulan determinados aspectos de su publicidad, normas de actuación e información”.

Llama la atención que sea precisamente este Reglamento, dentro del conjunto de nuestro Ordenamiento Jurídico, el que dé un concepto de las normas de transparencia y, en consecuencia, se pronuncie sobre su naturaleza jurídica.

En efecto, uno de los aspectos que más polémica ha suscitado ha sido precisamente la naturaleza jurídica de las normas de transparencia y protección de la clientela, existiendo al respecto dos corrientes enfrentadas: por un lado, quienes afirman que esta normativa y, concretamente, las Circulares del Banco

de España y de la CNMV, es de Derecho público ⁽¹⁵⁾ y, por otro, quienes consideran, en cambio, que son normas de Derecho privado ⁽¹⁶⁾. Ambas posturas no sólo tienen importancia desde una perspectiva teórica, sino que tienen un indudable alcance práctico. En efecto, en función de la solución adoptada son distintas las consecuencias derivadas del incumplimiento de las Circulares, bien una simple sanción administrativa para la entidad incumplidora, si entendemos que las normas de transparencia son normas de Derecho público, o bien la aplicación del Derecho privado de contratos, en caso contrario.

2. Ante esta situación y entendiendo que poco o nada sirve al cliente que ante una reclamación por incumplimiento de normas de transparencia sólo pueda esperar que se imponga a la entidad transgresora una sanción, dejando intacta

(15) V. entre otros ARAGÓN REYES, M., “Las fuentes. En particular el problema de los Estatutos de los Bancos y de las Circulares del Banco de España”, en *Contratos Bancarios* (dir. García Villaverde, R.), Civitas, Madrid, 1992, pp. 41 y ss.; id., “Las fuentes. En particular los Estatutos de los Bancos y Cajas de Ahorros y las Circulares del Banco de España”, en *Derecho del Mercado Financiero*, t. II, vol. I, cit. *supra*, pp. 30 y ss.; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., en Alonso Ureba, A. y Martínez Simancas, J. (dir.), *El Derecho del Mercado Financiero*, t. II, vol. I, Civitas, Madrid, 1994, p. 121; FERNÁNDEZ ARMESTO, J. y DE CARLOS, L., *El Derecho del mercado financiero*, Civitas, Madrid, 1992; pp. 210 y ss.; SALINAS ADELANTADO, C., “La nueva normativa sobre la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios”, *RGD*, núm. 601, octubre de 1994, pp. 10745 y 10746; ANDREU MARTÍ, M.^a del M., “La reciente normativa sobre protección del prestatario hipotecario”, *RDBB*, núm. 57, enero-marzo de 1995, p. 105.

(16) V. entre otros CUÑAT EDO, V., “Las fuentes reguladoras de la actividad contractual bancaria”, en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, t. I, cit. *supra*, pp. 605 y ss.; GALÁN CORONA, E., “Las Órdenes Ministeriales y Circulares del Banco de España sobre protección de la clientela: su posición ordinal”, en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, t. II, cit. *supra*, pp. 886 y ss.; ILLESCAS, R., “Los contratos bancarios: reglas de información, documentación y ejecución”, *RDBB*, núm. 34, abril-junio de 1989, pp. 269 y ss.; VICENT CHULIÁ, F., “Problemas generales de los contratos bancarios”, Conferencia pronunciada en el Curso de formación de Jueces y Magistrados sobre *Contratos bancarios y financieros*, Centre d’estudis jurídics i de Formació, Generalitat de Catalunya, septiembre de 1994, pp. 21 y ss.; id., “Generalidades sobre el sistema financiero español (características, organización bancaria, fuentes del Derecho en la materia)”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 1994, pp. 32 y ss.; id., “Cuestiones abiertas en la contratación bancaria”, conferencia impartida en el *Curso sobre Contratos Bancarios*, Valencia, 3 de noviembre de 2003, CGPJ, en prensa; BOTANA GARCÍA, G. y RUIZ MUÑOZ, M., (coord.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, pp. 365 y 366; PETIT LAVALL, M.^a V., La protección del consumidor de crédito: las condiciones abusivas de crédito, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 181 y ss.; id., en Menéndez Menéndez-Díez Picazo (dir.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 1340 y ss.; GONZÁLEZ CASTILLA, F., “Las fuentes de regulación de los contratos bancarios sobre valores negociables”, en Cuñat Edo, V. y Ballarín Hernández, R. (dir.), *Estudios sobre Jurisprudencia Bancaria*, 2.^a ed., Aranzadi-Thomson, Navarra, 2002, pp. 54 y ss.

to su contrato, y más concretamente las condiciones económicas de éste, que son las reguladas por la normativa de transparencia, se entendió que las mismas debían aplicarse a las relaciones jurídico-privadas entre las entidades y los clientes, si no directamente, como mínimo como criterio o elemento de interpretación del derecho privado de contratos.

En efecto, fuera de la discutida naturaleza jurídica y con la finalidad de otorgar la debida protección a la clientela que ve perjudicados sus intereses económicos por la violación de normas de transparencia bancaria se ha afirmado que esta normativa debe aplicarse a las relaciones contractuales a través de la LGDCU y de la Ley de Crédito al Consumo, si el cliente es un consumidor, o si el cliente no reúne esta condición mediante el recurso a la buena fe, como criterio de integración del contrato (art. 1258 del Cc) ⁽¹⁷⁾ y, especialmente, a través de la LCGC. Concretamente los arts. 7 y 8 de la LCGC, por cuanto el art. 7.b) de la LCGC establece que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que sean ambiguas, ilegibles oscuras e incomprensibles, salvo que hayan sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y “se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato” ⁽¹⁸⁾, y el art. 8 de la LCGC, al sancionar con la nulidad de pleno derecho las condiciones generales que contradigan lo establecido en cualquier norma imperativa o prohibitiva, salvo que en éstas se haya establecido otro tipo de sanción. Y ésta es la solución que ha venido siguiendo la jurisprudencia, mucho más protectora de los intereses de los clientes, que ha estimado la nulidad de determinadas cláusulas por considerarlas abusivas, interpretando el art. 10 de la LGDCU de conformidad con el tenor de la normativa de transparencia bancaria ⁽¹⁹⁾.

3. Pues bien, parece que ha sido el RD 303/2004, en su art. 6.4, párrafo 2.º el que ha cerrado la polémica adoptando una postura al respecto. Considera éste que las normas de transparencia y protección de la clientela “establecen un conjunto de obligaciones específicas aplicables a las relaciones contractuales entre unos y otros”, es decir, se trata de normas con un contenido claro de

(17) GALÁN CORONA, E., “Las Órdenes Ministeriales y Circulares del Banco de España...”, cit. *supra*, pp. 892 y ss.

(18) ANDREU MARTÍ, M.ª del M., *La protección del cliente bancario*, cit. *supra*, p. 119.

(19) V. entre otras sentencias: AP Madrid, 28 de febrero de 1995; AP Asturias, 19 de abril de 1996; AP León, 8 de abril de 1997; AP Barcelona, 18 de enero de 1999; AP Pontevedra, 11 de febrero de 1999, citadas y comentadas por PETIT LAVALL, M.ª V., en Menéndez Menéndez-Díez Picazo (dir.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, cit. *supra*, pp. 1345 y ss.; GONZÁLEZ CASTILLA, F., “Las fuentes de regulación de los contratos bancarios sobre valores negociables”, cit. *supra*, pp. 59-61.

Derecho privado. Como ha afirmado VICENT CHULIÁ, las normas de transparencia “regulan relaciones *inter privados*, horizontales, por lo que son normas sobre contratos y no sólo sobre la actuación de las entidades de crédito en el mercado, no son meras normas administrativas sobre transparencia” ⁽²⁰⁾.

Y esta solución debe estimarse la más apropiada y favorable para los intereses de la clientela de las entidades que prestan servicios financieros, puesto que si el contenido de los contratos celebrados incumple la normativa de transparencia podrán acudir a la protección del Derecho privado de contratos, solicitando la nulidad de determinadas cláusulas de éstos y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

VIII. VALORACIÓN GLOBAL DEL SISTEMA

1. La creación de la figura de los comisionados debe enmarcarse dentro del creciente aumento de mecanismos de resolución de conflictos extrajudiciales o alternativos, conocidos como ADR (*Alternative Dispute Resolutions*). En efecto, los Comisionados y el consiguiente procedimiento de resolución de quejas, reclamaciones y consultas representa la actual ADR del Mercado Financiero, puesto que las entidades financieras no han querido someterse voluntariamente a otras instancias de ADR, como los Arbitrajes de Consumo o el Jurado de Autocontrol de la Publicidad (aunque el Jurado sí examina las reclamaciones presentadas contra ellas, al igual que contra cualquier reclamado no socio, emitiendo la correspondiente resolución) ⁽²¹⁾.

Sin embargo, aunque los comisionados constituyen una nueva institución, el cauce previsto por el RD 303/2004 para que los clientes puedan trasladar sus quejas, reclamaciones o consultas ante la autoridad supervisora de cada mercado o subsector del mercado financiero no introduce cambios muy sustanciales o innovadores respecto del anterior sistema de resolución extrajudicial de conflictos.

La figura de los Comisionados ha mejorado la anterior regulación del sistema existente en los tres subsectores del Mercado Financiero: bancario, mercado de valores y seguros. Por un lado, aunque conserva la separación entre

⁽²⁰⁾ “Cuestiones abiertas en la contratación bancaria”, Conferencia en *Curso sobre Contratos Bancarios*, Valencia, 3 de noviembre de 2003, CGPJ, en prensa, cit. *supra*.

⁽²¹⁾ VICENT CHULIÁ, F., “Cuestiones abiertas en la contratación bancaria”, Conferencia impartida en el *Curso sobre Contratos Bancarios*, Valencia, 3 de noviembre de 2003, CGPJ, en prensa, cit. *supra*; Id., “Condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas bancarias”, en RdP, 2004, núm. 13, p. 84.

ellos, al crearse un Comisionado específico para cada subsector, ha previsto una estrecha colaboración entre ellos, con una clara finalidad protectora de los intereses de los usuarios, mediante el establecimiento de la ventanilla única para la recepción de las consultas, quejas o reclamaciones y previendo el oportuno desarrollo reglamentario que establezca los mecanismos necesarios para garantizar la comunicación entre los tres Comisionados. Por otro lado, también debe valorarse positivamente la actual regulación al establecer ésta un procedimiento unitario o idéntico para los tres subsectores del mercado financiero.

2. Ahora bien, el procedimiento creado quizá no revista especial interés para el cliente de servicios financieros, puesto que no obtiene a través de él ni la nulidad de las cláusulas contractuales contra ley o abusivas, ni el oportuno resarcimiento de los daños causados, lo que sin duda puede ser un obstáculo para su funcionamiento, no lográndose los resultados previstos por el legislador: la efectiva protección de los clientes de los servicios financieros. Y ello porque en la actualidad la situación ha cambiado sustancialmente. Existen nuevas normas, sustantivas y procesales, cuya aplicación está comenzando a dar algunos resultados que deben ser positivamente valorados. En efecto, la creación de las acciones civiles colectivas o *class actions* en la LCGC (arts. 12, 13, 16, 17 y 19 modificados en parte por la Disposición Final Sexta de la LEC de 2000) y en la LEC 2000 (arts. 11, 13 y 15)⁽²²⁾, para proteger los intereses jurídicos colectivos y, en especial, los derechos e intereses de los consumidores y usuarios en cuanto colectividades (intereses difusos) constituyen hoy día una vía adecuada para la satisfacción de las pretensiones de los clientes de servicios financieros. Exponente de ello es la sentencia del JPI de Madrid, núm. 44, de 17 de octubre de 2003, que ha declarado la nulidad de diez cláusulas por considerarlas abusivas (aunque no es firme), ante demanda de acción colectiva de cesación presentada por la OCU al amparo del art. 12 LCGC solicitando la declaración de nulidad de diecisiete cláusulas contenidas en contratos de cuenta corriente, tarjetas de crédito, préstamos personales e hipotecarios de distintas entidades de crédito (BBVA, Bankinter, Caja Madrid y Santander Central Hispano), y ha exigido su eliminación de los contratos y que las referidas entidades se abstengan de utilizarlas en lo sucesivo.

(22) V. sobre el tema PORTELLANO DÍEZ, P.; PAU, A.; CURIEL, F.; BACHMAIER WINTER, L.; GASCÓN INCHAUSTI, F.; AGUILERA MORALES, M. y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, cit. *supra*, pp. 567 y ss.

LA AMORTIZACIÓN DE LA LETRA DE CAMBIO ⁽¹⁾

PABLO LUIS NÚÑEZ LOZANO

*Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL PROCEDIMIENTO DE AMORTIZACIÓN.
 - 1. Caracterización general.**
 - 2. Naturaleza jurídica.**
 - 3. Disposiciones aplicables.**

(1) Bajo el título *La amortización de la letra de cambio* se publica en esta Revista, sólo modificado en algunos de sus aspectos formales, el comentario a los artículos 84 a 87 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (en adelante, *LC*), que se ha de incluir en una obra colectiva que coordina el Profesor Ignacio Farrando Miguel. La índole de esta obra de destino, establecidos al efecto unos determinados criterios de uniformidad que exceden de los aspectos meramente formales de las colaboraciones que la han de integrar, justifica el tratamiento dispensado al tema objeto de estudio. En particular, estructurado el escrito cual exégesis de texto legal, me ha parecido oportuno no cambiar el orden de los apartados de los que se compone.

Manifiesto mi gratitud a los Profesores Guillermo J. Jiménez Sánchez y Alberto Díaz Moreno, que nuevamente, leyendo mi texto y formulando observaciones congruentes con su tenor, me han favorecido con su magisterio, por cierto concurrente —no quiero dejar de reiterarlo aquí— con la amistad. Los errores, claro está, sólo a mí son imputables.

Este trabajo se terminó de redactar en septiembre de 2003.

4. El supuesto de hecho.

- A) Documentos amortizables.
- B) Casos de pérdida.

5. Actuaciones del tenedor desposeído durante la tramitación del procedimiento de amortización.

- A) Actos tendentes a la conservación del derecho del tenedor desposeído.
- B) Requerimiento de pago de la letra de cambio perdida.

6. Competencia judicial.

- A) Competencia objetiva y funcional.
- B) Competencia territorial.
- C) Falta de competencia.

7. Postulación procesal.

- A) Representación procesal.
- B) Defensa técnica.
- C) Epílogo.

8. La solicitud de amortización de la letra de cambio.

- A) Legitimación procesal.
- B) Presentación, forma y contenido.

9. Sustanciación del procedimiento.

- A) Interdicción del pago.
- B) Publicación de la solicitud de amortización.

III. LA OPOSICIÓN A LA SOLICITUD DE AMORTIZACIÓN.

1. Disposiciones aplicables.

2. Competencia judicial.

3. Postulación procesal.

4. Significación de la oposición en cuanto pretensión.

5. Sustanciación de la oposición.

- A) Admisión.
- B) Tramitación.
- C) Resolución.

6. La sentencia de amortización de la letra de cambio.

7. Efectos de la amortización judicial de la letra de cambio.

- A) La pérdida de eficacia de la letra de cambio.
- B) La posición jurídica del tenedor relegitimado.
- C) La posición jurídica del portador amparado por el régimen de la adquisición *a non domino* de la letra de cambio.

I. INTRODUCCIÓN

En el plano de los principios, como en el de las concreciones, no son pocas las consideraciones de carácter general que podrían formularse para presentar una exégesis del tratamiento jurídico dispensado al supuesto genérico de la pérdida de la letra de cambio, ya que es el dogma de la incorporación del derecho al título el radicalmente afectado en circunstancias tales. Al respecto parece suficiente indicar, por vía de síntesis circunscrita al ámbito cambiario, que la tradicional configuración de la letra de cambio como título de presentación y rescate determina, en virtud de su disciplina normativa y conforme a la teoría general de los títulos-valores, que la legitimación por la posesión devenga inoperante para el tenedor de una letra de cambio en los casos de extravío, sustracción o destrucción, que son los contemplados en el Capítulo XI del Título I de la LC, comprensivo de los artículos 84 a 87 ⁽²⁾: no poseyéndose el

⁽²⁾ “*Artículo 84.*—En los casos de extravío, sustracción o destrucción de una letra de cambio, el tenedor desposeído de la misma podrá acudir ante el Juez para impedir que se pague a tercera persona, para que aquélla sea amortizada y para que se reconozca su titularidad.

El tenedor desposeído podrá realizar todos los actos tendentes a la conservación de su derecho. Podrá, incluso, si la letra hubiere vencido, exigir el pago de la misma, prestando la caución que fije el Juez o la consignación judicial del importe de aquélla.

Artículo 85.—Será Juez competente el que ejerza jurisdicción en la localidad fijada en la letra para su pago.

En la denuncia que al Juez haga el tenedor desposeído deberá indicar los requisitos esenciales de la letra de cambio y, si se trata de una letra en blanco, los que fueren suficientes para identificarla, así como las circunstancias en que vino a ser tenedor y las que acompañaron a la desposesión. Deberá acompañar los elementos de prueba de que disponga y proponer aquellos otros medios de prueba que puedan servir para fundamentar la denuncia.

Admitida la denuncia, el Juez dará traslado de la misma al librado o aceptante, ordenándole que, si fuera presentada la letra al cobro, retenga el pago y ponga las circunstancias de la presentación en conocimiento del Juzgado. Igual traslado se dará al librador y demás obligados

documento no podrá ejercerse el derecho incorporado, dado que el ofrecimiento de entrega al pagador constituye presupuesto del cobro (v., fundamentalmente, los artículos 45/I y 60/I/III), si bien cabría expresar alguna matización en torno a la pérdida de una letra de cambio por entidad de crédito (v. los artículos 43/III y 45/I⁽³⁾); pero tampoco se podrá realizar su valor por el medio típicamente cambiario de transmisión del crédito, puesto que la entrega del documento integra constitutivamente el endoso (v. los artículos 14/I y 24/II). A más de ello, la situación del tenedor desposeído puede incluso devenir más comprometida aún si ocurre que la letra de cambio perdida resulta adquirida por otra persona con arreglo al mecanismo de la adquisición *a non domino* regulado a la par que consagrado el efecto legitimador del endoso (v. el artículo 19).

El régimen jurídico establecido en los artículos 84 a 87 de la LC trata precisamente de ofrecer al tenedor desposeído un cauce adecuado para la salvaguardia de su interés, puesto en peligro, como se acaba de esbozar, en los casos de extravío, sustracción o destrucción de una letra de cambio. El sistema elegido por el legislador de 1985, que por cierto no expuso motivo alguno al respecto en su Preámbulo, se asienta sobre el reconocimiento de un derecho a la amortización judicial del título perdido. Se apartó así de la tradición jurídica patria, diríase que acomodada al modelo francés, y acogió la técnica amortizadora que

cuando fueren conocidos y se supiere su domicilio. Todos podrán formular ante el Juez dentro de los diez días siguientes las alegaciones que estimen oportunas.

El Juez, hechas las averiguaciones que estime oportunas sobre la veracidad de los hechos y sobre el derecho del denunciante dentro del plazo señalado en el párrafo anterior, ordenará inmediatamente que la denuncia se publique en el «Boletín Oficial del Estado», fijando un plazo de un mes, a contar desde la fecha de publicación para que el tenedor del título pueda comparecer y formular oposición. No obstante, si de las averiguaciones practicadas o de las alegaciones de los interesados resultase manifiestamente infundada la denuncia, podrá el Juez sobreseer el procedimiento sin publicarla, dejando sin efecto lo ordenado al librado o aceptante.

Artículo 86.—Si dentro del plazo de un mes se presentare un tercero, aportando la letra y oponiéndose a la denuncia, se dará traslado de la oposición al denunciante y al librado o aceptante y, previa audiencia del Ministerio Fiscal, el Juez resolverá, mediante el procedimiento previsto para los incidentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Artículo 87.—Transcurrido un mes desde la publicación de la denuncia sin que nadie la contradiga o al desestimar la oposición, el Juez dictará sentencia en la que declarará la amortización del título.

Declarada judicialmente la amortización de la letra, no tendrá ésta ninguna eficacia, y el denunciante cuyo derecho hubiere sido reconocido podrá exigir el pago de su crédito en la fecha del vencimiento de la letra amortizada, retirar la caución prestada si el pago ya hubiere tenido lugar o exigir la expedición de un duplicado si la letra amortizada no estuviese vencida.

Lo establecido en este capítulo se entenderá sin perjuicio de lo que dispone el párrafo segundo del artículo 19 de la presente Ley”.

(3) V. también, al respecto, Luis Javier CORTÉS: “La amortización de los títulos cambiarios”, en *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, dir. A. Menéndez, Madrid, 1986, pp. 841-872, *ibi* 868-870.

caracteriza los Ordenamientos de inspiración germánico-italiana⁽⁴⁾. Por parte del Derecho uniforme ginebrino (Convenios de 7 de junio de 1930) no había, rectamente entendida la expresión, condicionamiento sustantivo acerca de la cuestión que nos concierne: no contemplada en la Ley uniforme sobre la letra de cambio y el pagaré a la orden, en el artículo 9 del Convenio destinado a reglamentar ciertos conflictos de leyes en materia de letras de cambio y de pagarés a la orden se señala la Ley del país en el que dichos títulos sean pagaderos como la que ha de determinar las medidas que se deben tomar en caso de pérdida o de robo (se halla su trasunto en el artículo 105 de la LC). Pongo fin a estas sucintas referencias comparativas indicando que la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales, hecha en Nueva York el 9 de diciembre de 1988, contiene una regulación de la pérdida de títulos (Capítulo VII, artículos 78 a 83) de la que cabe destacar que no acoge un sistema amortizador, sino que articula la protección del interés de la persona que haya perdido un título en torno al reconocimiento de un derecho al pago no obstante no hallarse en posesión del título, supeditando su ejercicio al ofrecimiento al firmante requerido de un documento con menciones determinadas y, en su caso, a la prestación en favor de éste de garantía de que será indemnizado por cualquier pérdida que pueda sufrir como consecuencia del pago posterior del título perdido.

La disciplina normativa que va a ser objeto de estudio en las páginas siguientes no es aplicable únicamente a la pérdida de la letra de cambio. Por invocación contenida en el artículo 96 de la LC, sus artículos 84 a 87 han de regir también en los casos de extravío, sustracción o destrucción de un pagaré, bien entendido, conforme a la salvedad que expresamente se formula en el mismo artículo 96, que tal aplicabilidad vale en la medida de la compatibilidad con la naturaleza del pagaré del régimen jurídico llamado⁽⁵⁾. Asimismo por invocación, contenida esta otra en el artículo 155, lo establecido en sus artículos 85 a 87 en relación con la letra de cambio resulta aplicable al cheque, sin más particularidad que entender realizada al artículo 127 la referencia que en el último párrafo del 87 se hace al 19 (por demás, el texto del artículo 154 viene a

(4) V., ampliamente, Nemesio VARA DE PAZ, "El procedimiento de amortización del título en la Ley Cambiaria y del Cheque", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 19, 1985, pp. 485-553, *ibi* 485-494, y *Pérdida, sustracción y destrucción de los títulos valores*, Madrid, 1986, pp. 118-135, 201-250 y 299-324; CORTÉS, "La amortización...", pp. 844-851 y, no poco críticamente en relación con la opción legislativa, 867-868.

(5) De entrada cabe decir (con CORTÉS, "La amortización...", p. 870) que la aludida incompatibilidad se circunscribe a las menciones normativas del librado o aceptante de la letra de cambio, las cuales se han de considerar referidas al firmante del pagaré.

coincidir en lo sustancial —omitida, lógicamente, la mención de la eventualidad de vencimiento del título regulado— con el texto del 84).

Como ya se ha dicho, el régimen jurídico establecido en los artículos 84 a 87 de la LC tiende derechamente a proteger el interés del tenedor desposeído en los casos de extravío, sustracción o destrucción de una letra de cambio; concretamente, abriéndole la puerta para obtener de inmediato un requerimiento judicial de interdicción del pago del título perdido, para obtener después una declaración judicial de amortización del título perdido, para conseguir —en suma— la reconstitución de la legitimación perdida y que se hallaba al servicio de la titularidad del crédito incorporado, ésta subsistente no obstante la desposesión padecida. Mas no es el del tenedor desposeído, desde luego, el único interés privado digno de protección en las vicisitudes contempladas, ni estos otros, aparte el representado por el Ministerio Fiscal, han sido preteridos por el legislador, que ha prestado atención, en primer lugar, a la persona llamada a realizar el pago ordinario de la letra de cambio, sea en concepto de simple librado o lo sea en el de aceptante; asimismo se reserva participación en el procedimiento de amortización, en segundo lugar, a cualesquiera obligados en virtud del título perdido; en fin, el sistema se cierra con el reconocimiento expreso del derecho del adquirente *a non domino* del título perdido, conforme a lo que se dispone en el párrafo segundo del artículo 19, dejada a salvo su aplicación en los términos resultantes del artículo 87. Ahora bien, no trata la LC de otras cuestiones que pueden surgir como consecuencia de la pérdida de una letra de cambio: como ejemplo, significativo por cierto, la de la responsabilidad por los daños y perjuicios causados por la pérdida de un título ajeno, asunto con rastro en las resoluciones de los Tribunales ⁽⁶⁾.

(6) V. las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1983 —*Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1983/2920— (y el comentario de Antonio CARRETERO PÉREZ, “Extravío de letra de cambio entregada al Colegio Notarial para su protesto (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1983)”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 15, 1984, pp. 675-680) y de 17 de julio de 1999 —*Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, 1999/5956— (y el comentario de Nemesio VARA DE PAZ, “Responsabilidad de entidad bancaria por la pérdida de una letra de cambio (Comentario a la Sentencia de 17 de julio de 1999 de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo)”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 78, 2000, pp. 193-200).

V. también las Sentencias de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de 21 de diciembre de 1992 (*Revista General de Derecho*, 1993, núms. 589-590, p. 10847), de la Sección 19.ª de la de Madrid de 12 de julio de 1993 (*Revista General de Derecho*, 1993, núm. 591, p. 12272), de la Sección 3.ª de la de Las Palmas de 29 de julio de 1994 (*Aranzadi Civil*, 1994/1328), de la de La Rioja de 15 de junio de 1999 (*Base de Datos El Derecho*, 1999/21150), de la Sección 2.ª de la de Almería de 24 de enero de 2000 (*Aranzadi Civil*, 2000/3434) y de la Sección 4.ª de la de La Coruña de 21 de febrero de 2000 (*Base de Datos El Derecho*, 2000/20594).

II. EL PROCEDIMIENTO DE AMORTIZACIÓN

En el núcleo de la posición jurídica del tenedor de una letra de cambio que resulta perdida se halla, como ha quedado apuntado, el derecho a obtener una declaración judicial de amortización, ello con el designio de reconstituir la legitimación asimismo perdida. Conviene en este momento formular una caracterización general del procedimiento previsto a tal efecto, de modo que pueda realizarse un pronunciamiento sobre su naturaleza jurídica y, en consecuencia, indicarse las normas aplicables para integrar las contenidas en los artículos 84 a 87 de la LC, que no proporcionan sino una regulación fragmentaria del procedimiento de amortización.

1. Caracterización general

Con arreglo a lo establecido en los artículos 84 a 87 de la LC, el procedimiento de amortización de la letra de cambio perdida se ha de iniciar en virtud de solicitud formulada ante Juez competente por el tenedor desposeído, sobre el que pesa la carga de indicar en ella los datos identificadores del título y las circunstancias de su adquisición y las de la desposesión, así como la de aportar y proponer medios probatorios en apoyo de su petición. La admisión de la solicitud ha de ser seguida de su traslado al librado o aceptante, al que expresamente debe el Juez ordenar que no pague la letra perdida en el supuesto de que le sea presentada y que le notifique las circunstancias de la presentación; también al librador y a cualesquiera otros obligados por razón del título se ha de dar semejante traslado. Se abre un plazo de diez días durante el cual pueden los mencionados interesados formular alegaciones oportunas a la solicitud del tenedor desposeído y a cuyo término el Juez, salvo que decida poner fin al procedimiento porque de lo actuado resulte ser manifiestamente infundada la solicitud, ha de ordenar la publicación de dicha solicitud en el Boletín Oficial del Estado, la cual determina la apertura de otro plazo, éste de un mes, que se concede para la eventual comparecencia y oposición del portador actual del título objeto del procedimiento, que al efecto tiene que ser aportado. No verificada tal comparecencia y oposición, el procedimiento ha de culminar mediante sentencia en la que se declare la amortización del título. En otro caso, mediante el procedimiento previsto para los incidentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de la oposición se ha de dar traslado al solicitante de la amortización del título perdido y al librado o aceptante, y el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, debe dictar sentencia de amortización si lo procedente resulta ser la desestimación de la oposición. Amortizada la letra de cambio perdida, no tendrá ésta ninguna eficacia.

2. Naturaleza jurídica

Constituye opinión común en la literatura jurídica la adscripción del procedimiento de amortización de la letra de cambio perdida al ámbito de la jurisdicción voluntaria, si bien no puede omitirse que tal afirmación requiere ser matizada, por una parte, para poner de manifiesto que dicha adscripción vale en los términos expresados siempre y cuando no se formule oposición a la solicitud de amortización, y, por otra parte, para reseñar algún que otro pronunciamiento diverso ⁽⁷⁾.

Con razón se ha dicho ⁽⁸⁾ que el procedimiento de amortización delineado por la LC se acomoda a la noción resultante del texto del artículo 1811 de la LEC/1881 —tégase presente que el Libro III [*“Jurisdicción voluntaria”*] de esta Ley permanece parcialmente vigente [v. el ordinal primero del apartado primero de la disposición derogatoria única y la disposición final decimoctava de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 ⁽⁹⁾— (con arreglo a dicho artículo 1811, *“se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria, o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas”*), deviniendo proceso contencioso en el caso de que tempestivamente se presente un tercero aportando el título perdido y oponiéndose a la solicitud de amortización, caso contemplado en el artículo 86 de la LC y asimismo en consonancia sustancial con lo que se dispone en el artículo 1817 de la LEC/1881 (a cuyo tenor, *“si a la solicitud promovida se hiciere oposición por alguno que tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieren, al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fuere objeto de él, y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda, según la cuantía”* —de conformidad con lo establecido en el párrafo cuarto del ordinal primero del apartado primero de la disposición derogatoria única de la

⁽⁷⁾ Por entender deficiente la clasificación sistemática de los Libros II y III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (en adelante, *LEC/1881*), Ramón GARCÍA LUENGO y Rodolfo SOTO VÁZQUEZ, *El nuevo régimen jurídico de la letra de cambio en la doctrina y en la jurisprudencia*, Granada, 1986, pp. 357-358, estimaron preferible calificar simplemente el procedimiento de amortización como un procedimiento especial, renunciando a su inclusión en el ámbito de la jurisdicción contenciosa o en el de la voluntaria.

⁽⁸⁾ V. VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, pp. 494-495; CORTÉS, “La amortización...”, pp. 854-855 y 866-867; José Luis NAVARRO PÉREZ, *La Ley Cambiaria y del Cheque (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1991, p. 204; José Luis PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, “La amortización de la letra de cambio por extravío, sustracción o destrucción del documento en la Ley Cambiaria y del Cheque”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 1996, monográfico *Diez años de Ley Cambiaria y del Cheque*, pp. 179-204, *ibi* 190-191.

⁽⁹⁾ En adelante, *LEC/2000*.

LEC/2000, la referencia al juicio que corresponda por razón de la cuantía debe entenderse hecha al juicio verbal—).

3. Disposiciones aplicables

Si convenimos en que el procedimiento de amortización de la letra de cambio perdida participa de la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, entonces puede convenirse también en que la integración de las disposiciones contenidas en los artículos 84 a 87 de la LC ha de realizarse acudiendo a las normas aplicables del Libro III de la LEC/1881 y a las concordantes: en primer lugar, las de los artículos 2109 a 2118, que integran el Título I (“*Disposiciones generales*”) de la Segunda Parte (“*De los actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio*”), en virtud de la regla de especialidad resultante de los párrafos primero y segundo del artículo 2111; en segundo lugar, las consecuentemente procedentes del Título I (“*Disposiciones generales*”) de la Primera Parte; en fin, cualesquiera otras normas propias de la jurisdicción voluntaria (como las relativas a postulación procesal —en los artículos 4 y 10 de la LEC/1881 [v. el párrafo segundo del ordinal primero del apartado primero de la disposición derogatoria única de la LEC/2000]— o a competencia judicial —en el artículo 85 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁽¹⁰⁾—). De otro lado, habiendo alcanzado la eficacia derogatoria de la LEC/2000 (v. el apartado primero de la disposición derogatoria única) a la mayor parte del Libro I (“*Disposiciones comunes a la jurisdicción contenciosa y a la voluntaria*”) de la LEC/1881, no debería oponerse tacha a la búsqueda de reglas en los preceptos de aquélla reguladores de las cuestiones reguladas en dicho Libro I de ésta.

Para el caso de que el procedimiento devenga proceso contencioso, el artículo 86 de la LC, estableciendo una regla distinta de la que resulta del artículo 1817 de la LEC/1881, ordena al Juez resolver “*mediante el procedimiento previsto para los incidentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil*”, remisión que en la actualidad ha de entenderse básicamente referida a los artículos 392 y 393 de la LEC/2000.

4. El supuesto de hecho

En el párrafo primero del artículo 84 de la LC se delimita en lo esencial la posición jurídica del tenedor de una letra de cambio en los casos de extravío, sustracción o destrucción. Vengo hablando, para referirme al supuesto de hecho genéricamente tomado en consideración, de la pérdida de —la posesión de— la

(10) En adelante, *LOPJ*.

letra de cambio. Pues bien, con las miras puestas en su análisis conviene prestar atención separadamente, por una parte, al concreto tipo documental del que se trata (“*letra de cambio*”), y, por otra parte, a los diversos casos de pérdida del título (“*extravío, sustracción, destrucción*”).

A) Documentos amortizables

El vocablo *letra de cambio* posee un significado claro y preciso en el lenguaje jurídico, que resulta de lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la LC: en principio no puede merecer tal calificación jurídica sino el documento que reúna los requisitos establecidos de consuno en dichos artículos, lo cual viene a concretarse en la necesidad de que contenga ciertas menciones de conformidad con las reglas previstas en ellos al efecto indicado. Pues bien, si esto es así, quiere decirse que habrá que atender a la aludida norma para determinar si un documento perdido es susceptible de ser objeto del procedimiento de amortización regulado en los artículos 84 a 87. Al respecto no es exigible ningún otro requisito, particularmente el relativo a la obligación, que es de naturaleza tributaria, de utilizar efectos timbrados para extender en ellos las letras de cambio (v. el artículo 37.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y preceptos concordantes). En cuanto a las vicisitudes que pueda experimentar el *suplemento* (v. el artículo 13 de la LC), entiendo que al efecto del que se trata no ha de recibir una consideración separada de la letra de cambio a la que hubiese sido adherido.

Ahora bien, de acuerdo con una práctica tradicional, en la realidad del tráfico es relativamente frecuente que no todas las menciones necesarias sean escritas a la vez en el documento creado como letra de cambio; por mejor decir, en el documento creado con el designio de terminar completado, eventualmente, de modo que resulte ser letra de cambio. Me refiero, claro está, a la denominada *letra en blanco* (a la que no es equiparable la letra de cambio endosada en blanco⁽¹¹⁾). En puridad de conceptos, una letra en blanco no es una letra de cambio, porque carece de los requisitos necesarios a los que conciernen los artículos 1 y 2 de la LC, y así, precisamente, el artículo 12, del que suele decirse que regula la letra en blanco, lo que contempla es el supuesto de una letra de cambio emitida como incompleta y completada contrariamente a las estipulaciones habidas entre los interesados (decretándose la inoponibilidad de la contravención frente a quien haya adquirido la letra de mala fe o con culpa grave); esto es, se toma en consideración una letra de cambio completa, en la que concurren aquellos requisitos. Si bien el artículo 84/I delimita el supuesto de

(11) V., diversamente, GARCÍA LUENGO y SOTO VÁZQUEZ, *Nuevo régimen...*, p. 358.

hecho por referencia a una “*letra de cambio*”, en el 85/II aparece reflejado el supuesto de que la solicitud de amortización tenga por objeto una “*letra en blanco*”, lo cual cierra el paso a toda discusión al respecto⁽¹²⁾ más allá de la determinación de lo que haya que entender por letra en blanco en este contexto: a mi parecer, el documento que contenga, al menos, la denominación de letra de cambio (v. el artículo 1.1.º) y alguna suscripción cambiaria, no necesariamente la de libramiento. Por demás, en el plano de la valoración de los intereses en presencia se ha de reparar en que el poseedor de una letra en blanco se encuentra en la misma situación que el tenedor de una letra completa.

Lo normal en la práctica es que cada letra de cambio se extienda en un solo documento. No obstante, la LC admite y regula, pese al desuso de esta antigua práctica, la emisión de más de un ejemplar (artículos 79 a 81) y la saca de copias (artículos 82 y 83). Obviamente, tanto los duplicados como las copias se pueden perder, con evidente quebranto para el tenedor desposeído, si bien con distinto alcance según las circunstancias (por ejemplo, es más desfavorable la situación si el ejemplar perdido contiene la aceptación, o si la copia perdida incorpora alguna declaración cambiaria de las que pueden incorporarse a las copias). Se colige que tanto los duplicados como las copias, éstas en cuanto recojan alguna declaración cambiaria permitida en las copias, son amortizables por la vía del procedimiento en estudio⁽¹³⁾. Otro tanto cabe decir, *mutatis mutandis*, de la “*copia autenticada de la letra*” que el tenedor debe entregar al obtener satisfacción en vía de regreso por causa de aceptación parcial (v. el artículo 61).

En la literatura jurídica se encuentran referencias casuísticas a ciertos supuestos concretos respecto de los cuales cabe afirmar la posibilidad de amortizar el documento perdido. Paso a reseñarlas:

1) Es amortizable el título aun cuando circule con los efectos de una cesión ordinaria, sea por tratarse de título emitido con cláusula que así lo determine (v. el artículo 14/II de la LC), sea porque haya llegado el momento a partir del cual no es transmisible sino con tales efectos (v. el artículo 23/I de la LC)⁽¹⁴⁾.

(12) V. el Auto de la Sección única de la Audiencia Provincial de Salamanca de 4 de marzo de 2000 (*Aranzadi Civil*, 2000/1365): acordada en la instancia la inadmisión de una solicitud de amortización de dos letras en blanco (carentes en el momento de la pérdida, anterior al vencimiento, de la designación de tomador), se declara haber lugar al recurso de apelación, ordenándose la admisión de la solicitud y la tramitación del procedimiento.

(13) V. VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, p. 499; CORTÉS, “La amortización...”, pp. 852-853; PÉREZ-SERRABONA, “La amortización...”, p. 188.

(14) V. VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, pp. 496-497; José María DE EIZAGUIRRE, “Los valores en papel”, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 229, 1998, pp. 1009-1100, *ibi* 1042.

2) Es amortizable el título aun cuando contenga algún endoso limitado (v. los artículos 21 y 22 de la LC) ⁽¹⁵⁾.

3) Es amortizable el título aun cuando se haya producido la prescripción de las acciones derivadas del crédito incorporado (v. el artículo 88 de la LC), de modo que resulte posible ejercer después la acción de enriquecimiento (v. el artículo 65 de la LC) o cancelar la hipoteca con la que se hallare garantizado (v. el artículo 156 de la Ley Hipotecaria) ⁽¹⁶⁾.

4) Es amortizable el documento cambiario cumplimentado y suscrito como tal pero no emitido por el suscriptor, no siendo amortizables, por el contrario, los modelos de letra de cambio, significativamente los efectos timbrados, carentes de toda mención y suscripción, así como tampoco lo son los cumplimentados pero no suscritos ⁽¹⁷⁾.

Particular atención merece, en este orden de consideraciones, el caso de pérdida de una letra de cambio respecto de la cual se haya producido algún pago. La cuestión suscitada no va referida al supuesto del pago realizado por quien en su virtud deviene titular de un derecho de reembolso: por definición, los pagos recuperatorios (v., fundamentalmente, el artículo 57/III de la LC) no extinguen todas las obligaciones cambiarias, como tampoco las causales instrumentadas por medio de aquéllas, de modo que la pérdida de la letra de cambio no presenta entonces ninguna especialidad significativa en el sentido de su idoneidad para constituir objeto de un procedimiento de amortización ⁽¹⁸⁾. La cuestión suscitada es la del pago efectuado por la persona llamada a realizar el pago ordinario de la letra de cambio, sea en concepto de simple librado o lo sea en el de aceptante, o por el librador de una letra no aceptada: tales pagos sí producen aquellos efectos extintivos, sobre todas las obligaciones cambiarias y sobre todas las obligaciones causales, incluida, en el caso de letra no aceptada,

(15) V. VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, p. 496.

(16) V. VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, p. 497.

V. también la Sentencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona de 8 de enero de 2001 (*Aranzadi Jur.* 2001/97093): se desestima la solicitud de amortización de varias letras de cambio, en ausencia de oposición y sin que en la resolución del recurso de apelación se haga mención de cualesquiera alegaciones de interesados, por la circunstancia de que los títulos en cuestión habían sido emitidos dieciocho años antes de la presentación de la solicitud; esto es, “*por lo que todas las acciones dimanantes de las letras de cambio habrían prescrito con antelación a la solicitud de amortización*”.

(17) V. CORTÉS, “La amortización...”, pp. 851-852.

(18) Como señala VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, p. 508, dando énfasis a la legitimación para incoar el procedimiento, la del obligado en vía de regreso tras el pago es la propia de cualquier otro tenedor.

la subyacente al giro si el pagador es el librado. Pues bien, primero de todo hay que afirmar, aunque sea cuestión de matices, que una letra de cambio pagada no deja de ser letra de cambio ⁽¹⁹⁾, en apoyo de lo que basta indicar, aparte la cualidad probatoria de la posesión del título en cuanto a su pago (v. el artículo 45/I de la LC), que la letra de cambio pagada puede servir al ejercicio de una pretensión extracambiaria (por ejemplo, por el librado pagador en descubierto) y que incluso puede ser válidamente adquirida y con plena eficacia cambiaria si vuelve a la circulación (así, mediante endoso oportunamente realizado). De lo que se trata es de ver qué interés puede fundar una tal solicitud de amortización. Se alude al caso de que la letra de cambio perdida estuviese garantizada por hipoteca ⁽²⁰⁾ y a la posibilidad de que la letra de cambio perdida resulte adquirida por un tercero de buena fe ⁽²¹⁾. En cuanto al caso de que la letra de cambio perdida estuviese garantizada por hipoteca, obtener una sentencia de amortización permitiría salvar el escollo surgido de la desposesión al efecto de la cancelación registral de la garantía (v. los artículos 156 de la Ley Hipotecaria ⁽²²⁾ y 77 de la Ley sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión). En cuanto a la posibilidad de que la letra de cambio perdida resulte adquirida por un tercero de buena fe, dicese que la declaración judicial de nulidad del título ⁽²³⁾ cerraría el paso a tal eventualidad; pero es obligado advertir que dicha finalidad raras veces se conseguiría (en modo alguno si el pago se hubiese efectuado al vencimiento —v. el artículo 23 de la LC—), dado el lapso necesario para alcanzar la sentencia de amortización.

(19) Contrariamente, CORTÉS, “La amortización...”, pp. 851 y 857, no obstante lo cual estima que el pagador goza de legitimación para solicitar la amortización, que le interesa para evitar una válida adquisición por tercero, posible en el supuesto de no constar el pago en el documento.

(20) V. VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, pp. 507-509; José Manuel GONZÁLEZ PORRAS, *La hipoteca en garantía de letras de cambio*, Madrid, 1987, pp. 140-143; Juan ROCA GUILLAMÓN, “La hipoteca cambiaria”, en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, coord. U. Nieto y M. Muñoz, t. II-2, Madrid, 1996, pp. 267-356, *ibi* 339-341.

(21) V. VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, pp. 507-509; CORTÉS, “La amortización...”, pp. 851 y 857; GARCÍA LUENGO y SOTO VÁZQUEZ, *Nuevo régimen...*, p. 357.

(22) V. la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de mayo de 2003 (*Boletín Oficial del Estado* de 8 de julio de 2003): viene a afirmar que la cancelación de la hipoteca cambiaria puede hacerse sobre la base, en lugar del documento cambiario, del documento acreditativo del pago al que se refiere el artículo 45/I de la LC.

(23) Improcedente a juicio de GARCÍA LUENGO y SOTO VÁZQUEZ, *Nuevo régimen...*, p. 357.

B) Casos de pérdida

El procedimiento de amortización regulado en los artículos 84 a 87 de la LC es aplicable en los casos de extravío, sustracción o destrucción de una letra de cambio. Todos éstos son supuestos de pérdida, entendida conforme a su acepción común de *privación de lo que se poseía*. El legislador de 1985 optó por concretar de la forma mencionada el ámbito de aplicación del procedimiento; pero también habría podido delimitar el supuesto de hecho por medio de una noción genérica, fuera utilizando el vocablo *pérdida* u otro semejante (como, por ejemplo, se hace en los artículos 78 a 83 de la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales, que contemplan la “*pérdida de títulos*”), fuese valiéndose de una expresión perifrástica (como, por ejemplo, la del artículo 19/II de la LC, que, tratando de la adquisición a *non domino* del título, comienza así: “*Cuando una persona sea desposeída de una letra de cambio, por cualquier causa que fuere*”⁽²⁴⁾; v. también el artículo 548/I del Código de Comercio⁽²⁵⁾ —robo, hurto o extravío de los documentos de crédito y efectos al portador—). Aparte consideraciones más o menos estilísticas, lo cierto es que la dicción legal invita a que el análisis del supuesto de hecho se realice examinando separadamente cada uno de los tres casos específicos que lo integran. Antes de ello conviene señalar, cual nota común, que el resultado último, la pérdida de —la posesión de— la letra de cambio que motiva la incoación del procedimiento, se produce sin la anuencia o conformidad del tenedor al cabo desposeído, así como que éste, al solicitar la amortización, tiene que indicar las circunstancias que acompañaron a la desposesión (v. el artículo 85/II de la LC).

Se refiere el artículo 84 de la LC, en primer lugar, al extravío de una letra de cambio. En acepción común, *extravío* es *acción y efecto de extraviar o extraviarse*; en cuanto al verbo *extraviar*, en su forma pronominal significa *no encontrarse una cosa en su sitio e ignorarse su paradero*. Cabe decir, a partir de ello, que la letra de cambio se halla extraviada, al efecto que aquí interesa, cuando no consta que ha sido sustraída ni que ha resultado destruida. Ahora bien, más allá de cualesquiera otros desarrollos descriptivos del supuesto⁽²⁶⁾, no

(24) V. Luis Antonio VELASCO SAN PEDRO, “La adquisición «a non domino» de letra de cambio”, en *Revista de Derecho Mercantil*, 1986, núms. 181-182, pp. 423-463, *ibi* 430-431.

(25) En adelante, *CCom*.

(26) V. VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, p. 500; CORTÉS, “La amortización...”, p. 853.

parece que la inclusión en éste de una situación real presente problema jurídico alguno ⁽²⁷⁾.

Sí merece la pena, en cambio, parar la atención un tanto respecto del supuesto de sustracción. Como se sabe, la noción común de *sustracción* (por referencia al verbo *sustraer* —*hurtar; robar fraudulentamente*—) ha tenido tradicionalmente trasunto en el ámbito del Derecho penal (circunscribo las siguientes menciones a los delitos) asimismo distinguiendo entre los tipos del hurto y del robo (v., fundamentalmente, los artículos 234 y 237 del Código Penal ⁽²⁸⁾). Pues bien, la calificación penal de la sustracción, sea constitutiva de hurto o lo sea de robo, debe considerarse irrelevante al efecto de la aplicación del procedimiento de amortización que nos ocupa: es más, procede añadir que ni siquiera es necesario a tal efecto que la sustracción pueda recibir alguna de aquellas calificaciones ⁽²⁹⁾. En cuanto a supuestos análogos a los tipos antedichos (de indudable equiparación ha de reputarse la —poco probable— extorsión —v. el artículo 243 del CP—), cierta controversia se aprecia en la literatura jurídica en relación con los casos de apropiación indebida y de estafa (v., fundamentalmente, los artículos 252 y 248 del CP). Frente a la opinión contraria a la asimilación, fundada en el dato de que en tales casos no se verifica una desposesión del título, sino una entrega con voluntad viciada ⁽³⁰⁾, se alza la que da énfasis a la circunstancia de que el resultado final, la pérdida de la posesión de la letra, se verifica igualmente, si bien porque no se obtiene su restitución ⁽³¹⁾.

(27) Caso curioso es el contemplado en el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona de 8 de abril de 1997 (*Revista General de Derecho*, 1998, núms. 646-647, p. 10530): unos pagarés aportados con demanda de juicio ejecutivo se extravían en las dependencias judiciales junto al resto de los documentos del proceso; ello acreditado, se estima que “no cabe remitir a la parte al procedimiento de amortización”, pudiéndose tramitar la demanda porque ya se habían aportado.

(28) En adelante, *CP*.

(29) Así, NAVARRO, *La Ley Cambiaria...*, p. 203, señala que la sustracción puede venir motivada tanto por el ánimo de lucro como por el de perjudicar al tenedor desposeído o a otra persona; v. también Antonino VÁZQUEZ BONOMÉ, *Tratado de Derecho Cambiario. Letra, Pagaré y Cheque*, 3.ª ed., Madrid, 1997, p. 486.

(30) V. VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, pp. 500-501; Carlos VÁZQUEZ IRUZU-BIETA, “Ley Cambiaria y del Cheque (19/1985, de 16 de julio)”, en *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial*, dir. M. Motos y M. Albaladejo, t. XIX, Madrid, 1985, p. 432; Bienvenido GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y Formularios*, Pamplona, 1989, p. 1133.

(31) V., en relación con los casos de apropiación indebida, CORTÉS, “La amortización...”, pp. 853-854; PÉREZ-SERRABONA, “La amortización...”, p. 185.

La cuestión es ciertamente delicada, ya que entonces ⁽³²⁾ también habría que admitir el procedimiento de amortización si la entrega del título se hubiera realizado, por ejemplo, por incapaz o mediando error, siendo así que la vía de protección propia del Derecho cambiario para estos otros supuestos es la que se asienta sobre el sistema de excepciones oponibles. Mi parecer es conforme con la primera de las orientaciones indicadas. Queda fuera de discusión, por ejemplo, que si el tenedor de una letra de cambio la endosa en comisión de cobranza, después revoca el mandato y sin embargo no obtiene la restitución del título, carece de la posesión del documento, no pudiendo por tanto ejercer el derecho incorporado, que por cierto podría ser ejercido, acaso fraudulentamente en su propio favor, por el endosatario: diríase ⁽³³⁾ que la sustracción no se produce sino cuando se deniega la restitución debida. Ahora bien, tratándose del supuesto de sustracción, la voluntad de la persona que carece de la posesión del título, aun teniendo derecho a ella, no puede ser, por definición, irrelevante. Si no se posee porque posee otro, habiendo adquirido éste la posesión en virtud de una entrega cabalmente voluntaria, no puede sostenerse que la falta de posesión del dador haya sido debida a desposesión por causa de sustracción. Hay que reconocer que podría argumentarse en otro sentido trayendo a colación que la restitución es debida, siguiendo con el ejemplo de la apropiación indebida, con arreglo a la naturaleza de la relación subyacente a la entrega del título; pero el argumento, que además podría extenderse a cualesquiera otros supuestos (por ejemplo, ejercicio de la facultad resolutoria de la relación causal) chocaría, tal como veo el asunto ⁽³⁴⁾, con la idea según la cual no procede sacrificar o mermar el interés de terceros, el interés eventualmente afectado por una sentencia de amortización, sino cuando el interés de la persona que carece de la posesión de la letra de cambio deba prevalecer, y no acaece lo cual (insisto en ello) en los referidos casos de desposesión voluntaria por causa de entrega: lisa y llanamente, porque tal desposesión no es consecuencia, en puridad de conceptos, de sustracción.

Común a los dos supuestos examinados es la cuestión de si el procedimiento de amortización de la letra de cambio perdida es compatible con su reivindicación; por mejor decir, si, en su caso, el tenedor desposeído llegase a conocer la identidad del hallador del título extraviado (v., al hilo, el artículo 253 del CP —apropiación de cosa perdida—) o del detentador del sustraído, ¿podría solici-

(32) Apunta VARA DE PAZ, "El procedimiento...", pp. 500-501.

(33) Así, CORTÉS, "La amortización...", pp. 853-854.

(34) Coincidiendo sustancialmente con VARA DE PAZ, "El procedimiento...", pp. 500-501.

tar la amortización del título? Se ha dicho ⁽³⁵⁾ que la posibilidad de reivindicación excluye en línea de principio la de amortización, ya que la razón de ser del procedimiento de amortización, que es la sustitución del documento por el ejercicio del derecho, decae cuando la posesión puede recuperarse en virtud de reivindicación. La opinión contraria ⁽³⁶⁾ me parece más acertada, pero no por considerar que sólo hay sustracción con autónoma entidad, y no extravío ni destrucción, cuando se conoce el paradero de la letra y la identidad de su poseedor (puede constar el robo e ignorarse tales extremos), sino por estimar, más simplemente, que una restricción tal no resulta de la ley. A más de ello, el ejercicio de la acción reivindicatoria, por demás gravoso en mayor medida en cuanto a sus presupuestos, no permitiría alcanzar la finalidad del procedimiento de amortización en el caso de que el poseedor actual de la letra de cambio dejase de serlo (salvo que se supiera quién es el nuevo detentador —no adquirente de buena fe—). En suma, entiendo que ambas vías no son excluyentes entre sí, correspondiendo al tenedor desposeído la elección de lo más arreglado a su interés (pero sin posibilidad de acumulación —v. el artículo 1823 de la LEC/1881—).

La destrucción de una letra de cambio es el restante supuesto de pérdida contemplado en el artículo 84 de la LC. La destrucción de una letra de cambio significa, primero de todo, la desaparición de su materialidad, cualquiera que sea la causa (por ejemplo, un incendio o el desparramamiento de cierto líquido, su rompimiento por el tenedor o por otra persona) salvo, al efecto del que se trata, que resulte ser extintiva del crédito incorporado ⁽³⁷⁾. A la desaparición de la materialidad del título cabe equiparar, cual supuesto idóneo para incoar el procedimiento de amortización, su deterioro (por ejemplo, por tachadura, por rasgadura, por corte), siempre y cuando sea de tal entidad que provoque la

(35) V. VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, pp. 501-503.

(36) V. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Ley Cambiaria...*, pp. 431-432; CORTÉS, “La amortización...”, p. 854.

(37) Se alude al caso de condonación de las obligaciones cambiarias (v. VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, pp. 503-504; v. también Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. II, 4.ª ed., Madrid, 1993, pp. 564-565, en exégesis de los artículos 1188 y 1189 del Código Civil —en adelante, CC—). V., asimismo, José Cándido PAZ-ARES, “Naturaleza jurídica de la letra de cambio”, en *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, dir. A. Menéndez, Madrid, 1986, pp. 95-250, *ibi* 182, contrario a que pueda producirse una tal extinción por la sola voluntad del tenedor.

V. también el Auto de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de mayo de 1997 (*Aranzadi Civil*, 1997/1158): se manda continuar el procedimiento, no proseguido al haber estimado el Juez ser caso de solicitud infundada, concerniente a un cheque cuya destrucción resulta cuestionada, afirmándose que no cabe presumir que la destrucción se debiera a renuncia del derecho incorporado.

inutilidad del documento para servir como soporte de las relaciones cambiarias⁽³⁸⁾.

5. Actuaciones del tenedor desposeído durante la tramitación del procedimiento de amortización

En los términos que vienen siendo expuestos, la pérdida de la letra de cambio no provoca la extinción del crédito incorporado; pero, precisamente en virtud del fenómeno de la incorporación documental, el derecho no puede ser ejercido porque se carece de la posesión del título que lo representa. Éste es el axioma. Al restablecimiento de la situación alterada por causa de la pérdida se dirige derechamente el procedimiento de amortización, por medio del cual se persigue, en lo sustancial, reconstituir la legitimación asimismo perdida. Y es en ese contexto donde hay que situar lo que se dispone en el segundo párrafo del artículo 84 de la LC, que tiene por objeto habilitar al tenedor desposeído, durante la tramitación del procedimiento de amortización, de modo que pueda realizar unas actuaciones respecto de las cuales se requiere prístinamente la posesión del documento. De suyo es la segunda proposición normativa la que concierne al ejercicio del derecho incorporado: si en el núcleo de la letra de cambio se halla una orden de pago de una suma dineraria, la exigibilidad de su satisfacción integra la esencia misma del crédito; de aquí que se reconozca al tenedor desposeído la posibilidad de requerir el pago con tal de que la letra perdida sea pagadera por haberse verificado su vencimiento y, puesto que no se dispone de la legitimación documental, de que se asegure el correcto destino del pago eventualmente efectuado. Mas como quiera que el régimen jurídico de las relaciones cambiarias, favorecedor del acreedor y gravoso para el deudor en términos de comparación con el régimen común de las relaciones obligatorias, determina la sujeción del tenedor a la necesidad de levantar ciertas cargas en su caso, la primera proposición del precepto en examen refiere tal habilitación también a la realización de los actos tendentes a la conservación de su derecho.

La primera cuestión interpretativa que sugiere la lectura del segundo párrafo del artículo 84 de la LC es la relativa al lapso que hay que tomar en consideración en cuanto al alcance del precepto, porque no se indica en él a partir de qué momento puede el tenedor desposeído llevar a cabo las actuacio-

(38) V. José Cándido PAZ-ARES, "Las excepciones cambiarias", en *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, dir. A. Menéndez, Madrid, 1986, pp. 251-383, *ibi* 304-305; Juan Luis IGLESIAS PRADA, "El libramiento de la letra de cambio", en *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, dir. A. Menéndez, Madrid, 1986, pp. 385-448, *ibi* 428; CORTÉS, "La amortización...", p. 853. Contrariamente, según entiendo, VERA DE PAZ, "El procedimiento...", pp. 504-506.

nes referidas. Para dar respuesta a ello conviene precisar previamente cuál es el alcance de unas normas que en apariencia se limitan a permitir al tenedor desposeído realizar unas actuaciones propias de su posición jurídica en cuanto acreedor cambiario, bien es cierto que introduciendo una cautela si de lo que se trata es de requerir el pago de la letra de cambio perdida. Quizá no se discuta que el precepto sirve a dotar de plena eficacia jurídica a unas actuaciones que, en defecto de la posesión del título, no la obtendrían por sí (por ejemplo, acaso el más claro: el cumplimiento de la obligación cambiaria sin rescate del título —a salvo del supuesto de constancia documental del pago y también del de la posesión del documento acreditativo del pago previsto en el artículo 45/I— no libera plenamente al pagador en el sentido de que no sería un pago oponible *erga omnes*; pero un pago sin rescate, siendo imposible tal rescate por definición en la situación de la que se trata, y sin embargo efectuado con arreglo a las condiciones establecidas en el artículo 84/II, sí alcanzaría plenamente aquella eficacia liberatoria).

Si esto es así, quiere decirse que el término inicial del lapso cuestionado debe hacerse coincidir con el momento de oficializar la situación de pérdida de la letra de cambio; esto es, parece razonable pensar que las actuaciones reconocidas al tenedor cambiario serán idóneas en cuanto tales a partir de la admisión de la solicitud de amortización y no antes, ni siquiera tras su presentación⁽³⁹⁾. Estimo que la regla expuesta no admite excepciones, y a mayor abundamiento de lo dicho procede traer a colación el régimen estatuido en el artículo 64 de la LC para los casos de fuerza mayor impeditiva de tempestiva presentación de la letra de cambio y levantamiento del protesto en la medida en que, conforme a lo establecido en su último párrafo, *“no se entenderá que constituyen caso de fuerza mayor los hechos que sólo afecten personalmente al tenedor o a la persona encargada por él de la presentación de la letra o del levantamiento del protesto”*.

Por otra parte, la previsión contenida en el artículo 84/II de la LC deviene inoperante a la terminación del procedimiento de amortización: si por el sobreseimiento al que se refiere el artículo 85/IV (o, análogamente, por desistimiento), porque las actuaciones contempladas dejan de tener sentido; si por haberse dictado sentencia de amortización sin oposición de tercero, porque los

(39) V. VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, p. 528, que hace salvedad de los actos que no perjudiquen a terceros; CORTÉS, “La amortización...”, p. 860, que hace salvedad de los casos de urgencia; PÉREZ-SERRABONA, “La amortización...”, p. 195.

Contrariamente, argumentando sobre la base del entonces derogado artículo 522 del CCom. (derogado por la LC) y de los actualmente derogados artículos 2128 a 2130 de la LEC/1881 (derogados por la Ley 10/1992, de 30 de abril), GARCÍA LUENGO y SOTO VÁZQUEZ, *Nuevo régimen...*, p. 359.

efectos de ésta en los términos del artículo 87/II igualmente privan de sentido a tales actuaciones en cuanto a su configuración legal para la situación de pérdida de la letra de cambio (cabe hacer salvedad del lapso anterior, en su caso, a la expedición de un duplicado). No deviene inoperante la previsión del artículo 84/II en el supuesto de oposición de tercero con arreglo a lo que se dispone en los artículos 85/IV y 86, ya que por ello no decae el interés del tenedor desposeído en realizar las actuaciones contempladas; pero también el tercero que formula oposición, portador —actual— de la letra de cambio perdida, tiene el mismo interés, cuya defensa aconseja reconocerle la misma posibilidad que al tenedor desposeído, realizable en su condición de parte en el proceso contencioso precisamente iniciado en virtud de su oposición a la solicitud de amortización. Y, en fin, siendo favorable al tercero la resolución judicial de su oposición, obviamente también deviene inoperante la previsión de la que se trata.

A) Actos tendentes a la conservación del derecho del tenedor desposeído

¿Cuáles son los actos tendentes a la conservación del derecho del tenedor desposeído? Primero de todo hay que especificar que la norma en estudio, contenida en la proposición inicial del artículo 84/II de la LC, se refiere al derecho cambiario, claro está que de la titularidad, en principio, del tenedor desposeído: podrá realizar (se dice allí) todos los actos tendentes a la conservación de *su derecho*. Si tomamos en consideración, además, el texto de la proposición segunda de dicho artículo 84/II, que reconoce al tenedor desposeído la posibilidad de exigir el pago de la letra si hubiere vencido, no puede colegirse sino que el precepto en su conjunto trata del derecho incorporado al título perdido: ése es el derecho que puede resultar conservado (me atengo al léxico legal) en virtud de actos realizables por el tenedor desposeído.

La locución *conservación de su derecho*, presente en el artículo 84/II de la LC en el contexto referido, posee un significado claro y preciso en el lenguaje jurídico. Ya he aludido a ello. Se trata de la necesidad de levantar en su caso ciertas cargas, verdaderas *conditiones iuris*, a la que se supedita la apertura de la vía de regreso, impidiendo así que se produzca, con uno u otro alcance, el perjuicio de la letra de cambio (v., fundamentalmente, el artículo 63⁽⁴⁰⁾). Pues

(40) Y véase también un elenco sistematizado, diríase que exhaustivo, en Guillermo J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, "Las crisis cambiarias. Las acciones cambiaria, causales y de enriquecimiento", en *Derecho mercantil*, coord. G. J. Jiménez Sánchez, t. II, 7.ª ed., Barcelona, 2002, pp. 100-116, *ibi* 105-106.

bien, las actuaciones correspondientes son las tomadas en consideración por el artículo 84/II ⁽⁴¹⁾: básica y resumidamente, presentación de la letra de cambio (a uno u otro efecto) y levantamiento del protesto —u obtención de la declaración equivalente— (con una u otra finalidad). No veo indispensable detallar todos los posibles supuestos a los que sería de aplicación la norma examinada; pero sí merece la pena plantear si la conservación del derecho del tenedor desposeído exige llevar a cabo unas actuaciones prístinamente dirigidas a la realización de unos actos que en la situación de pérdida de la letra de cambio son materialmente imposibles. Si la presentación de la letra de cambio a la aceptación fuese necesaria (circunscribe el análisis, por vía de ejemplo, a la presentación al librado, debida por ser una letra pagadera a un plazo desde la vista —v. el artículo 27— o por contener la letra alguna cláusula que la imponga —v. el artículo 26/I/IV—), la presentación —no de la letra, que se halla perdida, sino— del testimonio de haberse admitido a trámite la solicitud de amortización carecería de sentido, porque resultado de ello no podría ser, en puridad de conceptos, ni la aceptación ni su denegación, como igualmente carecería de sentido levantar el protesto por falta de aceptación —ésta ciertamente inexistente— (v., hecha salvedad del caso de dispensa, el artículo 51/I/III), porque no podría cumplimentarse con arreglo a las exigencias formales requeridas al efecto y que presuponen la entrega de la letra al Notario (v. el artículo 52 y preceptos concordantes). En vista de lo anterior postulo estimar que la conservación del derecho del tenedor desposeído se puede lograr mediante el levantamiento de un protesto, diríase que atípico, que tenga por objeto hacer constar que no se ha podido presentar la letra de cambio a la aceptación por causa de pérdida, por donde se puede cohonestar que la pérdida del título no dispensa de las cargas y que el tenedor desposeído resulta habilitado para actuar con tal designio ⁽⁴²⁾; protesto cuya fecha, por cierto, cabría tomar como término inicial, para determinar la del vencimiento, si se tratara de una letra de cambio pagadera a un plazo contado desde la vista (v. el artículo 40/I).

En la literatura jurídica se han tomado en consideración otras actuaciones que cabría subsumir en la norma de la que se trata. Son las siguientes:

(41) Así, a lo que parece, CORTÉS, “La amortización...”, p. 860.

(42) Que quepa levantar protesto lo cuestiona, en términos no suficientemente precisos, VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, pp. 528-530, que asimismo trata de la posibilidad, descartándola según parece (y a mi juicio hay que descartarla en atención al régimen establecido para la pluralidad de ejemplares), de que el tenedor desposeído requiriese un duplicado con el solo propósito de solicitar la aceptación o levantar el protesto.

1) A partir, según entiendo, de la premisa de que lo perdido sea un ejemplar de la letra de cambio, la aceptación no se haya realizado, se solicite la aceptación en un duplicado y ésta resulte denegada, se ha dicho que el tenedor desposeído puede ejercer la correspondiente acción cambiaria en vía de regreso, prestando la caución que fije el Juez o la consignación judicial del importe de aquélla ⁽⁴³⁾. Me parece, *de contrario*, que el supuesto que he intentado reproducir no tiene cabida en el artículo 84/II de la LC: si se ejerce acción cambiaria de regreso por falta de aceptación —del ejemplar presentado con tal objeto—, el pago que se efectúe es plenamente liberatorio del pagador del ejemplar no aceptado —y de los obligados posteriores en la cadena de responsabilidad— siempre y cuando en otro ejemplar no conste declaración cambiaria suya de endoso o de aval (v. el artículo 80/III), de manera que no se ve razón para amparar ese pago, en los términos expuestos, en el régimen establecido en el artículo 84/II. Al hilo de esto puedo añadir ya que el ejercicio de la acción cambiaria en vía de regreso antes del vencimiento no constituiría, al efecto de lo que se dispone en dicho artículo 84/II, acto tendente a la conservación del derecho del tenedor desposeído, sino, precisamente, acto de ejercicio de su derecho, en concreto ejercicio ante los Tribunales (haré referencia a ello más adelante).

2) También se ha hecho cuestión de la interrupción de la prescripción cambiaria (v. los artículos 89/II de la LC y 1973 del CC) ⁽⁴⁴⁾. En relación con esto hay que tener presente, por una parte, que la solicitud de amortización de la letra de cambio perdida podría reputarse interruptora de la prescripción sólo en la medida de la amplitud que se confiriese a la orientación jurisprudencial proclive a admitir con tal eficacia actuaciones ante los Tribunales premonitorias del ejercicio de la acción de la que se trate ⁽⁴⁵⁾; por otra parte, como quiera que los actos interruptores de la prescripción sólo perjudican a los obligados cambiarios respecto de los cuales se hayan efectuado (v. el artículo 89/I de la LC), supuesto que la solicitud de amortización no se dirige de suyo contra ninguno de ellos, habría que estimar que tal eficacia sólo alcanzaría a los destinatarios del traslado de la solicitud que el Juez debe realizar (v. el artículo 85/III de la

⁽⁴³⁾ V. Vicente BALDÓ DEL CASTAÑO y José Manuel CALAVIA MOLINERO, *Letra de cambio. Estudio sistemático de la Ley Cambiaria de 16 de julio de 1985*, Barcelona, 1985, p. 301; PÉREZ-SERRABONA, “La amortización...”, p. 196.

⁽⁴⁴⁾ V. VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, p. 529, nota 104, a cuyo juicio no es menester llevar a cabo actos específicos para interrumpir la prescripción, toda vez que basta la solicitud de amortización, entiendo que por equivalencia a las actuaciones ante los Tribunales a las que se refieren los artículos 944 del CCom. y 1973 del CC.

⁽⁴⁵⁾ V., sobre este extremo, José Carlos VÁZQUEZ CUETO, *La prescripción de las acciones cambiarias*, Madrid, 1997, pp. 219-221.

LC). Sea lo que fuere, para la interrupción de la prescripción por medio de reclamación extrajudicial no es preciso estar en posesión del título (siquiera sea ésta necesaria para ofrecer la entrega al pagador —aparte, como siempre, el caso de que la condición de tenedor la ostente una entidad de crédito, conforme al artículo 45/I de la LC—), de modo que para ello no hay que recurrir a la previsión contenida en la primera proposición del artículo 84/II de la LC (siendo indudable, por demás, que un requerimiento de pago formulado al amparo de lo que se dispone en la proposición segunda de dicho artículo 84/II interrumpiría igualmente la prescripción, en puridad cual reclamación extrajudicial) ⁽⁴⁶⁾. Y, ya que ha surgido aquí el asunto de la interrupción de la prescripción cambiaria, téngase en cuenta que se podría verificar también (o volver a verificarse —si se admite la referida eficacia de la solicitud de amortización—) como consecuencia, en el concepto de reconocimiento de la deuda en su caso, de las alegaciones que realicen los obligados cambiarios en el curso del procedimiento de amortización (v. el artículo 85/III de la LC).

3) En fin, bajo la locución *todos los actos de derecho común* asimismo se han amparado en el artículo 84/II de la LC los siguientes: petición de secuestro conservativo de bienes del deudor, ejercicio de acción revocatoria en relación con actos de disposición realizados por el deudor, petición de admisión en el pasivo de la quiebra del deudor y de intervención en la asamblea de acreedores, inscripción de hipoteca cambiaria con anotación posterior en el duplicado eventualmente emitido tras la sentencia de amortización ⁽⁴⁷⁾. Ya me he manifestado en el sentido de que la fórmula legal utilizada para habilitar al tenedor desposeído (*todos los actos tendentes a la conservación de su derecho*) debe ser interpretada por referencia al derecho de crédito cambiario y a las actuaciones requeridas para evitar el perjuicio del título con uno u otro alcance, con lo cual no quiere decirse que actuaciones como las mencionadas no puedan llevarse a cabo, sino que su fundamento normativo habrá que buscarlo en otra sede, no en el precepto cambiario ahora objeto de estudio (por ejemplo, conforme al Derecho vigente, si se piensa en el embargo preventivo y en la exigencia de *fumus boni iuris*, el artículo 728.2 de la LEC/2000).

⁽⁴⁶⁾ V. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 3 de junio de 1997 (*Revista General de Derecho*, núm. 642, 1998, p. 3419): la entidad de crédito que había recibido una letra de cambio en virtud de descuento la pierde tras el vencimiento —e impago—, insta el procedimiento de amortización y sobre la base de la sentencia amortizadora demanda a su cliente (librador), que hace valer, por equiparación al perjuicio cambiario que hace perder la acción causal, la prescripción de la acción cambiaria directa; en suma, la cuestión de la interrupción de la prescripción no fue objeto de debate.

⁽⁴⁷⁾ V. VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, p. 528.

B) Requerimiento de pago de la letra de cambio perdida

En el artículo 84/II de la LC, luego de establecido que “*el tenedor desposeído podrá realizar todos los actos tendentes a la conservación de su derecho*”, se añade que “*podrá, incluso, si la letra hubiere vencido, exigir el pago de la misma, prestando la caución que fije el Juez o la consignación judicial del importe de aquélla*”. Una primera observación debe ser hecha: el precepto no contempla el ejercicio de acción cambiaria alguna. No habilita al tenedor desposeído para reclamar judicialmente el pago de la letra de cambio perdida⁽⁴⁸⁾. Diríase que tal aserto es obvio, porque una regulación del procedimiento de amortización sería internamente contradictoria si anticipase definitivamente lo que de suyo integra su objeto; esto es, la reconstitución de la legitimación perdida. Sin embargo, para evitar equívocos sobre el alcance de la previsión legal, que se refiere a la posibilidad de exigir el pago de la letra cuya amortización se ha solicitado, y sobre el carácter de la intervención judicial que se decreta, circunscrita a supeditar la eficacia del pago a la verificación de la cautela impuesta al efecto, me ha parecido conveniente no dejar de llamar la atención al respecto.

De lo que se trata es, en el caso de que la letra de cambio perdida estuviere vencida o fuere pagadera a la vista (v., para esta modalidad de vencimiento, el artículo 39 de la LC), de permitir al tenedor desposeído requerir un pago que en la situación contemplada, de pérdida de la posesión de la letra de cambio, no podría llevarse a cabo conforme a las previsiones de normales presentación y rescate del título. Se puede enfocar la cuestión desde otro punto de vista, quizás el más acorde con la última *ratio* de la norma en examen: permitiendo al tenedor desposeído requerir el pago de la letra de cambio perdida, precisamente *sub conditione* de prestación de caución o de consignación judicial, se logra la liberación del pagador en el sentido de que ese pago deviene oponible en el supuesto de que el título hubiera sido adquirido por un tercero de buena fe, a la par que el interés de éste resulta salvaguardado en virtud de la necesidad de materializar aquella cautela.

Así pues, el tenedor desposeído puede exigir el pago de la letra de cambio. Quiere decirse, rectamente interpretada la norma contenida en la proposición final del artículo 84/II de la LC (hermenéuticamente inseparable de la contenida

(48) V. la Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 28 de septiembre de 1999 (*Base de Datos El Derecho*, 1999/42455): por referencia a un pagaré extraviado, cuya amortización se declara, se afirma que en el curso del procedimiento de amortización no cabe imponer el pago, ya que la previsión de pago contenida en el artículo 84/II de la LC “*parte de un deudor que está dispuesto a satisfacer voluntariamente la suma debida, si bien ignora a quién debe efectuar el abono*”.

en su proposición inicial —repárese en la palabra *incluso*—), que el tenedor desposeído tiene que actuar, a partir del momento en que el pago es exigible en virtud del vencimiento del título o (siendo letra pagadera a la vista) porque el vencimiento se ha de provocar, como si mantuviera la posesión del documento, cuya presentación, no sucediera por hallarse perdido, resulta sustituida por el requerimiento al que se refiere dicho precepto, que no hace sino fijar las condiciones de eficacia del pago que eventualmente se realice. Tendrá el tenedor desposeído que requerir el pago tempestivamente (v. los artículos 43/I y 39 de la LC y preceptos concordantes) al librado o aceptante o al domiciliatario si lo hay —v. los artículos 5 y 32 de la LC— (observando, en su caso, las reglas establecidas respecto de la presentación al pago de las letras de cambio con pluralidad de librados —v. los artículos 3 y 44 de la LC— y las relativas al pago por intervención —v. el artículo 76/I de la LC—), debiendo levantar protesto por falta de pago si fuese necesario (v. los artículos 51/I y 63/I.b de la LC y preceptos concordantes) y avisar de tal fracaso (v. el artículo 55 de la LC), aunque ciertamente no podría cumplimentarse el protesto con arreglo a las exigencias formales requeridas al efecto y que presuponen la entrega de la letra al Notario (v. el artículo 52 de la LC y preceptos concordantes). Desatendido el requerimiento (o, en su caso, los varios realizados, conforme a las mencionadas reglas), el tenedor desposeído, aun habiendo tenido que levantar cuando proceda la carga concerniente a la acreditación de la falta de pago, conservando así sus acciones de regreso, no podría ejercer acción cambiaria alguna sino cuando obtuviera a su favor la sentencia de amortización (corriendo entre tanto la prescripción⁽⁴⁹⁾, sin perjuicio, como se dijo, de la posibilidad de interrumpirla): aparte las consideraciones propias de la naturaleza de la acción cambiaria, así como las ya realizadas en torno al limitado alcance de la habilitación resultante de lo que se dispone en el artículo 84/II de la LC, las normas procesales, en particular las reguladoras del juicio cambiario, abundan en ello al disciplinar la aportación de documentos al proceso por la parte actora (v. los artículos 265 —primer ordinal del apartado primero y apartado cuarto— y 819 y 821.1 de la LEC/2000)⁽⁵⁰⁾. Incluso estimo⁽⁵¹⁾ que no cabe al tenedor desposeído ejercer acción cambiaria —de regreso— ni siquiera en el supuesto de que la letra de cambio se hubiese perdido cuando ya se había levantado el protesto por falta de pago. Por la misma razón, de indisponibilidad de la letra de cambio —perdi-

(49) V. VÁZQUEZ CUETO, *La prescripción...*, p. 208.

(50) V. la Sentencia de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Murcia de 19 de febrero de 1996 (*Base de Datos El Derecho*, 1996/9864): por referencia a un cheque extraviado se afirma que, perdido el título, no es posible ejercer acción cambiaria alguna.

(51) Contra el parecer, según entiendo, de VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, pp. 532-533.

da—, se ha de entender excluido el recurso al giro de una letra de resaca (v. el artículo 62 de la LC ⁽⁵²⁾). En fin, como quiera que el deudor *ex causa* y dador de la letra de cambio *pro solvendo* (v. el artículo 1170/II/III del CC) tiene el derecho a rescatar el título contra el cumplimiento de la obligación principal, el tenedor desposeído, no habiendo obtenido el pago en virtud del requerimiento del que se trata, tampoco podría ejercer la acción causal que le correspondiese ⁽⁵³⁾, incluso la derivada del crédito adquirido con el título (v. el artículo 69 de la LC), en esta fase del procedimiento de amortización.

Hemos visto que el tenedor desposeído puede —y de suyo tiene, cual carga, que— exigir el pago de la letra de cambio perdida, y también se han señalado los posibles destinatarios de tal requerimiento de pago. Al hilo de ello cabe plantear si sería procedente, en el supuesto de requerimiento desatendido, el pago por otros sujetos, obligados cambiarios (en vía directa en caso de aceptación avalada o en vía de regreso —v., fundamentalmente, el artículo 57/I de la LC—, incluso en concepto de interviniente —v. el artículo 70/II—) o no (pago por intervención de un tercero distinto del librado —v. el artículo 70/II—). La respuesta no puede ser, coherentemente con lo mantenido respecto del alcance de la disposición del artículo 84/II, sino afirmativa, si bien es cierto que el derecho de rescate del título (v. los artículos 60/I/III y 74, 75 y 78) deviene, en la situación contemplada, mero derecho de pago, realizable, eso sí, con la verificación de la cautela prevista en el artículo 84/II. Cuestión diferente es que tales pagos, que en abstracto pueden interesar por diversos motivos (por ejemplo, significativamente, para aminorar el *quantum* de la propia responsabilidad —v. los artículos 58 y 59—), no sean de interés si, como es el caso, el ejercicio judicial del derecho de reembolso (v. los artículos 57/III y 77) ha de quedar necesariamente diferido a las resultas del procedimiento de amortización.

Lo que se dispone en la proposición segunda del artículo 84/II de la LC es aplicable en el caso de que la letra de cambio perdida hubiere vencido (y, como ya se ha indicado, en el caso de que la letra fuere pagadera a la vista —y fuere oportuna, conforme al artículo 39/II, la presentación al pago en el supuesto de que se mantuviera la posesión del documento—). Ocasión hubo de afirmar que el ejercicio de la acción de regreso por falta de aceptación (v. el artículo 50/II.a) no es posible en la situación de pérdida de la letra de cambio: lisa y llanamente, por falta de presupuesto (y, aun en el caso de que la pérdida del título se hubiera producido tras la denegación de la aceptación, dando incluso por bueno que no

(52) Y v. también Ricardo ALONSO SOTO, “El pago de la letra de cambio”, en *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, dir. A. Menéndez, Madrid, 1986, pp. 609-662, *ibi* 659.

(53) V. PAZ-ARES, “Naturaleza jurídica...”, pp. 233-235.

se hubiera dado lugar al perjuicio de aquél, tampoco podría ejercerse dicha acción cambiaria: lisa y llanamente, según también dije, porque tal reclamación judicial requiere la aportación del documento en cuanto en éste se funda constitutivamente el crédito insatisfecho; como tampoco, en atención a la circunstancia de no poder ofrecerse la restitución de la letra, acción causal alguna; ni siquiera cabría, por la misma razón, el giro de una letra de resaca). Toca ahora hacer una referencia a las restantes hipótesis de, con arreglo a una terminología clásica en la materia, *regreso por falta de las seguridades de pago*; esto es, cuando el librado, sea o no aceptante, se encontrare en suspensión de pagos, quiebra o concurso o hubiere resultado infructuoso el embargo de sus bienes (artículo 50/II.b) o cuando el librador de una letra cuya presentación a la aceptación haya sido prohibida se encontrare en suspensión de pagos, quiebra o concurso (artículo 50/II.c) ⁽⁵⁴⁾. Hay que mantener, sin necesidad de reiterar la argumentación, que tampoco en estos otros supuestos resulta posible ejercer —antes del vencimiento— la acción de regreso. Ahora bien, nada impide que se produzca el pago de forma voluntaria, por obligado cambiario o por persona no obligada en virtud de la letra de cambio perdida (v. de nuevo, fundamentalmente, los artículos 60 y 74). A tal eventual pago sería de aplicación la norma en examen.

La exigencia de someter a cautela el pago de la letra de cambio perdida, en el caso de que se obtenga, la concreta el artículo 84/II de la LC en la prestación de caución fijada judicialmente o en la consignación judicial del importe de la letra. Primero de todo es menester saber cómo determinar la medida procedente. Parece razonable pensar que deba ser el tenedor desposeído quien elija entre percibir el producto del pago prestando caución y su consignación ⁽⁵⁵⁾, siendo rechazable por el Juez la primera de dichas opciones si la garantía ofrecida no fuera idónea. Así, por ejemplo, diríase que se debería admitir tal elección si la garantía ofrecida fuera la personal prestada profesionalmente (el comúnmente —e incorrectamente— denominado *aval bancario*; o fianza prestada por sociedad de garantía recíproca; etc.) o real idónea (v., por ejemplo, el artículo 555/II del CCom., que menciona títulos de Deuda pública para el caso, análogo, de pagos al desposeído de títulos al portador); pero, más allá de cualesquiera menciones realizables por vía de ejemplo, lo que interesa resaltar es que se debe dar preferencia al cobro inmediato de la letra de cambio perdida. Para obtener el pago contra caución es ineludible la actuación previa del Juez competente en el

⁽⁵⁴⁾ Téngase presente que la Ley Concursal (disposición final decimoséptima) ha modificado el texto del artículo 50 de la LC en coherencia con el nuevo sistema concursal, si bien no será efectiva esa modificación hasta el 1 de septiembre de 2004 (disposición final quinta de aquélla).

⁽⁵⁵⁾ V., así, VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, p. 533.

procedimiento de amortización, ya que ha de admitirla según lo expuesto (por medio de auto, en su caso el de admisión a trámite de la solicitud de amortización —ex artículo 206.2.2.ª de la LEC/2000—); no así, en cambio, para consignar el importe de la letra de cambio perdida, lo que se ha de acomodar a la disciplina normativa concerniente a las cuentas de depósitos y consignaciones (v. el Real Decreto 34/1988, de 21 de enero) ⁽⁵⁶⁾.

Objeto de la consignación judicial prevista en el artículo 84/II de la LC ha de ser, en los términos empleados en el precepto, el importe de la letra de cambio perdida. Siguiendo la línea de razonamiento iniciada, de tratamiento sustancial del requerimiento de pago cual si de la presentación del título al pago se tratara, se ha de especificar ahora que las reglas que gobiernan el pago de las letras de cambio son también aplicables en la situación contemplada en cuanto al objeto del pago. Así, para alcanzar la integridad del pago habría que consignar no sólo la suma cambiaria (v. el artículo 1.2.º de la LC), sino también, en su caso, los intereses remuneratorios devengados (v. el artículo 6 de la LC), y ambas partidas habrían de ser tomadas en consideración por el Juez al efecto de fijar la caución si el tenedor desposeído ofreciese tal garantía. Ahora bien, admitido con carácter general el pago parcial de la letra de cambio como facultad del destinatario de la orden de pago en ella contenida (v. el artículo 45/II de la LC), así también habrá que admitir que la consignación judicial o el pago contra caución, por aquél, no alcancen el total del crédito cambiario, rigiendo entonces, en su caso, la regla del artículo 1173 del CC en cuanto a imputación del pago. Cualesquiera otros ofrecimientos de pagos parciales habrían de contar con la conformidad del tenedor desposeído (v., aparte los artículos 60/I/III y 74 de la LC, el 1169/I del CC), debiendo éste admitir, en cambio, los pagos que, sin cubrir el total del crédito cambiario, sin embargo satisfagan la exigencia de integridad del pago (así, aparte el pago —parcial de la letra— realizado en cumplimiento de una aceptación parcial —v. el artículo 30/I de la LC—, pago del avalista no obligado sino parcialmente —v. el artículo 35/I de la LC— o siendo parciales la aceptación o el aval avalados —v. el artículo 37/I de la LC— y pago por intervención en caso de pago parcial del librado o aceptante o en favor de avalista obligado parcialmente en vía de regreso o de su subavalista —v. el artículo 74 de la LC—). Por otra parte, en su caso, habría que atender a lo establecido en el artículo 58 de la LC respecto de las partidas que pueden incrementar el importe de lo originariamente debido (intereses moratorios y gastos) y respecto de la aplicación de un descuento si el pago viniera motivado

(56) Tratando del modo de la consignación, Rodolfo SOTO VÁZQUEZ y Carlos SOTO FERNÁNDEZ, *Manual de oposición cambiaria*, 2.ª ed., Granada, 1996, p. 531, invocan los artículos 2128 a 2130 de la LEC/1981 (derogados por la Ley 10/1992, de 30 de abril) como si estuvieran vigentes.

por hallarse el librado en suspensión de pagos, quiebra o concurso o haber resultado infructuoso el embargo de sus bienes, o por hallarse el librador, siendo la letra de cambio perdida una letra cuya presentación a la aceptación hubiese sido prohibida, en suspensión de pagos, quiebra o concurso.

La prueba del pago —no parcial— no podría obtenerla el pagador, obviamente, por medio de la entrega de la letra de cambio (v. los artículos 45/I, 53/II, 60/I/III y 78/II de la LC), porque el tenedor desposeído, evidentemente, no dispone del título. Sí tendría derecho aquél a obtener un recibo del pago —total o parcial— (v., además, los artículos 45/III y 61 de la LC) y testimonio de la resolución judicial atinente a la fijación de la caución ofrecida por el tenedor desposeído, aparte el caso de la consignación judicial (v., fundamentalmente, los apartados primero y segundo del artículo 3 del Real Decreto 34/1988, de 21 de enero). La entrega del protesto sería igualmente necesaria en su caso (v. los artículos 60/I, 61 y 78/II de la LC).

Pudiera ocurrir (y con esto pongo fin al tratamiento de las cuestiones más relevantes que pueden suscitarse en la aplicación del artículo 84 de la LC) que el tenedor desposeído, al efectuar el requerimiento de pago de la letra de cambio perdida, se encontrase con la alegación del requerido de haber procedido ya a la consignación de su importe por no haberse presentado oportunamente al pago (v. el artículo 48 de la LC). De entrada cabe afirmar que el consignador habría quedado liberado de su obligación⁽⁵⁷⁾ siempre y cuando, claro está, la consignación se hubiese acomodado a las exigencias establecidas en dicho artículo 48; por mejor decir, por más que el precepto se refiera a *todo deudor*, ya que también puede consignar quien no se halle obligado en virtud de la letra, la consignación produciría los efectos del pago en relación con el consignador. Ahora bien, en el artículo 48 citado se contemplan consignaciones extrajudiciales, mientras que la prevista en el artículo 84/II de la LC es la judicial: ¿podría valer al efecto del que se trata la consignación —ya realizada— en entidad de crédito o la notarial? (si fuese judicial la consignación ya realizada, a instancia del tenedor desposeído e incluso de oficio podría el Juez competente en el procedimiento de amortización solicitar la correspondiente transferencia de los fondos consignados —v. los artículos 6.2 y 7.4 del Real Decreto 34/1988, de 21 de enero—). A mi juicio, sí (si el artículo 48 de la LC, a diferencia del 1178/I del CC, admite tales consignaciones extrajudiciales, no se ve razón para que vengan a menos en su consideración en la situación de pérdida de la letra de cambio), extendiendo al consignatario, eso sí, la interdicción del pago que el Juez debe decretar con arreglo a lo que se dispone en el artículo 85/III de la LC. Por último: ¿resultaría excluido el pago contra caución ex artículo 84/II de la

(57) V., así, VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, p. 531.

LC si ya se hubiere consignado conforme al artículo 48 de la LC? No, a mi parecer: el consignatario se entendería autorizado, sobre obligado, para pagar y recibir los documentos a los que se ha hecho referencia al tratar de la prueba del pago.

6. Competencia judicial

Como se sabe, los criterios de atribución de la competencia judicial son el objetivo, el funcional y el territorial ⁽⁵⁸⁾. La LC, en el párrafo primero del artículo 85, toma en consideración sólo uno de ellos, el último de los indicados, para establecer una regla aplicable al procedimiento de amortización de la letra de cambio perdida, que habrá de seguirse ante el Juez que ejerza jurisdicción en la localidad fijada en el título para su pago. Podría, pero no parece conveniente, censurarse al legislador por no haber dictado, como si fuere caso de olvido, reglas relativas a los restantes criterios de atribución de la competencia: no hay más que integrar las normas contenidas en el Capítulo XI del Título I de aquella Ley, claro está que consecuentemente con lo postulado acerca de la naturaleza jurídica del procedimiento del que se trata. Y aun cabría añadir que resultaría inadmisibles pensar que el legislador pretendió atribuir la competencia a cualquier Juez con jurisdicción en dicha localidad. Sí merece reproche, por el contrario, el laconismo en que se incurrió al fijarse el criterio territorial de atribución de la competencia.

A) Competencia objetiva y funcional

Calificado el procedimiento de amortización de la letra de cambio perdida como un procedimiento adscrito al ámbito de la jurisdicción voluntaria, hecha la salvedad de la eventualidad de que devenga proceso contencioso, su conocimiento corresponde a los Juzgados de Primera Instancia (quiere decirse, en su caso, de Primera Instancia e Instrucción), que es lo que se dispone en el artículo 85.2.º de la LOPJ (v., además, de ésta, el artículo 89, acerca de la posibilidad de establecer como órganos distintos los Juzgados de Primera Instancia y los Juzgados de Instrucción). Con ello guarda concordancia el artículo 2109 de la LEC/1881.

⁽⁵⁸⁾ En esta exposición agruparé, siguiendo un sabio consejo *pedagógico* (v. Juan Luis GÓMEZ COLOMER, en Juan MONTERO AROCA *et alii*, *Derecho Jurisdiccional*, t. I, 10.^a ed., Valencia, 2000, p. 225), los primeramente mencionados.

Cabe considerar aplicable al procedimiento en estudio la disposición del artículo 2110 de la LEC/1881, del siguiente tenor: [I] *“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán practicarse las actuaciones a que el mismo se refiere ante los Juzgados Municipales de los pueblos que no sean cabeza de partido, o ante los Cónsules españoles en las naciones extranjeras, cuando lo requiera la urgencia del negocio o la circunstancia de existir los medios de prueba, o las mercancías o valores, o de haber ocurrido los hechos en el lugar o en la circunscripción de los Juzgados o Consulados respectivos”*; [II] *“En este caso el Juez municipal o Cónsul a quien se acuda dictará auto, en el que consigne la circunstancia que concurra y le faculte para conocer del negocio”*. Entre los supuestos que habilitan en virtud de tal norma para presentar la solicitud de amortización ante órgano diverso, sea judicial o lo sea consular, del prístinamente competente merece la pena destacar tanto el de urgencia del negocio como el de ocurrencia de los hechos en lugar donde no radique Juzgado de Primera Instancia: en síntesis, atendida la conveniencia de una pronta interdicción del pago del título perdido. La referencia a los *“Juzgados Municipales de los pueblos que no sean cabeza de partido”* se debe entender hecha a los Juzgados de Paz (v. los artículos 99 y 100.1 de la LOPJ), no necesariamente, a lo que creo a la vista del precepto habilitante, los radicados en el partido del Juzgado de Primera Instancia competente territorialmente (hay que tener en cuenta, además, que en la LEC/1881 no hay normas específicas sobre competencia territorial en materia de jurisdicción voluntaria); en cuanto a los *“Cónsules españoles en las naciones extranjeras”*, hay que tener presente, por una parte, que su jurisdicción en el ámbito de la voluntaria dimana también del artículo 27 del Real Decreto de 27 de abril de 1900, regulador de la función consular⁽⁵⁹⁾, y, por otra parte, que el artículo 2118 de la LEC/1881 les manda ajustar sus actuaciones a las prescripciones del mismo texto legal, lo cual, *mutatis mutandis*, se ha de concretar en la aplicación de los artículos 84 a 87 de la LC y preceptos concordantes.

Ahora bien, conforme a la regla séptima del artículo 2111 de la LEC/1881, *“cuando, en virtud de lo establecido en el artículo 2110, las diligencias se hayan practicado ante algún Juez municipal, instruidas que fueren en su parte más esencial y urgente, dicho Juez las remitirá al de primera instancia, y éste las ultimaré en la forma que proceda, ejecutando luego lo que se previene en la regla anterior”* (la regla sexta se refiere a la resolución que ha de poner fin a las actuaciones en el ámbito de la jurisdicción voluntaria en negocios de comercio). En exégesis de este precepto se ha dicho que la competencia que de él dimana en favor de los *Jueces municipales* es limitada, no así, sino plena, la atribuida a

(59) V. Francisco RAMOS MÉNDEZ, *La jurisdicción voluntaria en negocios de comercio*, Madrid, 1978, pp. 183-185; GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria...*, p. 79.

los Cónsules ⁽⁶⁰⁾. Entiendo, no obstante, que la regla séptima del citado artículo 2111 es asimismo aplicable en el caso de que una solicitud de amortización de letra de cambio se hubiese presentado ante órgano consular español en el extranjero: parece razonable pensar que si dicha regla se circunscribió, en su tenor, al supuesto de haberse acudido ante *Juez municipal* fue a partir de la premisa de considerar como natural que los órganos consulares conociesen plenamente de los asuntos atendida la índole de los presumiblemente planteables ante ellos con mayor frecuencia (la evocación del tráfico marítimo se produce por sí sola —de hecho, entre las materias específicamente mencionadas en el artículo 27 del Real Decreto de 27 de abril de 1900, de la categoría *negocios de comercio* sólo se incluye la concerniente a “*resolver las cuestiones que se susciten entre patronos y tripulantes*” [“*procediendo correccionalmente en los casos de faltas e instruyendo sumario en caso de delitos*”]; v., a mayor abundamiento, los artículos 578, 580, 583, 611, 612, 624, 634, 683, 766, 798, 822, 824, 835, 839, 847 y 851 del CCom., todos ellos del Libro III, que trata “*del comercio marítimo*”—). Por otra parte, el Juez de Primera Instancia destinatario de las diligencias instruidas por el Juez de Paz ante el que se hubiere presentado la solicitud de amortización deberá ser el competente territorialmente, determinándose tal competencia con arreglo a los criterios que propongo más adelante.

Las resoluciones de los Juzgados de Primera Instancia recurribles ante instancia superior lo son ante las correspondientes Audiencias Provinciales (v., aparte el artículo 2112 de la LEC/1881 y preceptos concordantes, el 82.4 de la LOPJ y el 455.2.2.º de la LEC/2000); en el caso de actuación ante Juzgado de Paz, ante el correspondiente Juzgado de Primera Instancia (v., aparte los aludidos artículos de la LEC/1881, el 85.3.º de la LOPJ y el 455.2.1.º de la LEC/2000), si bien debe precisarse que lo procedente sería, atendido el designio de los artículos 2110 y 2111.7.ª de la LEC/1881, presentar la solicitud de amortización en el órgano competente, porque, inadmitida una solicitud por Juez de Paz, carecería de sentido que se le ordenase, en virtud de estimación de recurso, la admisión de la solicitud y la tramitación de un procedimiento del que sólo debería conocer instruyendo las diligencias “*en su parte más esencial y urgente*” —idea ésta que cabe extender al caso de actuación ante Cónsul español en el extranjero— (ciertamente, el artículo 2114 de la LEC/1881 trata específicamente de las apelaciones de las resoluciones dictadas por los *Jueces municipales*, en modo tal que puede resultar verosímil que la estimación de un recurso comporte ordenar al Juez de Paz instruir diligencias sin perjuicio de la resolución del procedimiento por el órgano competente tras la remisión de aquéllas; pero ha de entenderse, a lo que creo, que la referida previsión debe

(60) V. GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria...*, pp. 82-83.

quedar circunscrita a los casos en que esté justificada la actuación del Juez de Paz en función del motivo concreto de haberse acudido ante él con arreglo a lo establecido en el reseñado artículo 2110: la regulación del procedimiento de amortización de la letra de cambio, contenida en los artículos 84 a 87 de la LC, permite afirmar que la remisión de las diligencias comenzadas a instruir por un Juez de Paz debería realizarse tras la admisión de la solicitud de amortización, a la que indisolublemente ha de seguir la interdicción del pago del título perdido).

Lo anteriormente dicho acerca de la competencia limitada de los Jueces de Paz, ex artículos 2110 y 2111.7.^a de la LEC/1881, cabe predicarlo de los Juzgados de Primera Instancia no competentes territorialmente con arreglo a lo establecido en el artículo 85/I de la LC (téngase presente que no hay Juzgados de Paz en los municipios en los que exista algún Juzgado de Primera Instancia —v. el artículo 99.1 de la LOPJ—).

B) Competencia territorial

De la fijación del punto de conexión para la determinación de la competencia territorial trata el párrafo primero del artículo 85 de la LC, del cual resulta que aquél es el lugar de pago de la letra de cambio perdida; por mejor decir, según el tenor de la norma, “*la localidad fijada en la letra para su pago*”. Así pues, el órgano judicial competente para conocer del procedimiento de amortización de la letra de cambio es el Juzgado de Primera Instancia que ejerza jurisdicción en dicha localidad (concurriendo dos o más, en virtud de reparto —v. los artículos 167 de la LOPJ y 68 y 69 de la LEC/2000—; cabría considerar aplicable, por referencia a la interdicción del pago, lo establecido en el artículo 70 de la LEC/2000: “*Los Jueces Decanos y los Presidentes de Tribunales y Audiencias podrán, a instancia de parte, adoptar las medidas urgentes en los asuntos no repartidos cuando, de no hacerlo, pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio grave e irreparable*”). Diríase que el análisis del artículo 85/I de la LC podría quedar limitado a su reseña en los términos expuestos; pero no es así, ya que la sencillez de la fórmula empleada por el legislador no se compadece con la diversidad de supuestos que han de ser tomados en consideración ⁽⁶¹⁾.

Se ha de tomar como punto de partida de la exégesis del precepto en examen el dato, normativo, de que la letra de cambio debe contener “*el lugar en*

(61) Lo que no es de recibo es limitarse a afirmar que la competencia “*se determina de modo fijo, sin posibilidad de alternancias: el Juzgado del lugar de pago, que en la letra constituye requisito esencial para su validez, por lo cual siempre es determinable*” (VÁZQUEZ IRU-ZUBIETA, *Ley Cambiaria...*, p. 436).

que se ha de efectuar el pago” (v. el artículo 1.5.º de la LC), bien entendido que la palabra *lugar* significa, por ministerio de la ley, *localidad o población*, claro está que a los efectos de dicho texto legal (v. el artículo 92). Un primer problema se puede plantear en relación con la cuestión, discutida doctrinalmente, de la admisibilidad de la indicación en la letra de cambio de más de un lugar de pago: en tal supuesto, la determinación del órgano judicial competente podría quedar a la elección del solicitante de la amortización, en aplicación del principio que más adelante se concretará.

La ausencia de la mención requerida no comporta necesariamente que el documento creado con el designio de ser letra de cambio no pueda considerarse letra de cambio, ya que tal omisión es susceptible de subsanación, en su caso, por la vía de la autointegración del título: *“A falta de indicación especial, el lugar designado junto al nombre del librado se considerará como el lugar del pago y, al mismo tiempo, como lugar del domicilio del librado”* (artículo 2/I.b de la LC). Parece razonable pensar que esta regla debe regir igualmente al efecto de la determinación del Juez competente territorialmente en el procedimiento de amortización, ello no obstante el tenor del artículo 85/I de la LC⁽⁶²⁾; en su caso, en el supuesto de letra de cambio librada contra una pluralidad de librados (v. los artículos 3 y 44 de la LC), el solicitante de la amortización podría elegir el lugar con arreglo al cual determinar el órgano judicial competente (puede traerse a colación el artículo 53.2 de la LEC/2000, sin que la cita de este precepto, argumentativa, deba entenderse incurso en yerro de confusión: el librado de una letra de cambio cuya amortización se solicita no resulta llamado al procedimiento en cuanto demandado⁽⁶³⁾⁽⁶⁴⁾). Aún cabe añadir que, a falta de indicación especial, incluso no habiéndose designado lugar alguno junto al nombre del librado, mas habiéndose designado un lugar junto a la firma del librador y estando librada la letra contra el propio librador (v. los artículos 1.8.º, 2/I.c y 4.b de la LC), tal lugar designado se debería considerar como el lugar de pago al efecto del que se trata; conclusión que procede extender, en su caso y en

(62) Así también, VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, p. 511; CORTÉS, “La amortización...”, p. 856.

(63) V. la Sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Jaén de 17 de mayo de 2000 (*Aranzadi Jur.*, 2000/196935): sin reparo alguno se refiere, en “*autos de jurisdicción voluntaria*” (un procedimiento de amortización), a *demandante* y a *demandado*; también la Sentencia de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Alicante de 26 de febrero de 2001 (*Aranzadi Jur.*, 2001/160567); etc.

(64) Carlos SANZ DE HOYOS, *Derecho cambiario. Análisis de la Ley Cambiaria y del Cheque*, Madrid, 1987, p. 152, hace la salvedad respecto de la postulada *facultas electionis*, y no sin razón (v. el artículo 44 de la LC), de que no todos los librados hubiesen prestado la aceptación.

los términos expuestos anteriormente, al supuesto de letra de cambio librada por una pluralidad de libradores.

En la hipótesis de letra en blanco, fuera de los casos enunciados precedentemente, la regla contenida en el artículo 85/I de la LC es inaplicable⁽⁶⁵⁾. ¿Cómo determinar entonces la competencia territorial? No siendo aplicable dicha norma, no habiendo norma al respecto en relación con la jurisdicción voluntaria, cabría considerar que si la *ratio* del precepto —inaplicable— se halla en el designio de atribuir la competencia territorial en el procedimiento de amortización al órgano con jurisdicción en el lugar de pago de la letra perdida, entonces podría determinarse la competencia territorial con arreglo a las reglas generales que gobiernan el cumplimiento de las obligaciones (v. el artículo 1171/III del CC), por donde resultaría que el fuero determinante sería el del deudor⁽⁶⁶⁾, entendiéndose por tal al deudor principal. Ahora bien, ¿el fuero del librado, de suyo meramente llamado a realizar el pago ordinario, quedaría excluido en el caso de que la letra perdida no contuviera aceptación? Téngase presente, de un lado, que una suerte de preocupación del legislador en orden a salvaguardar el interés del librado en cuanto a la localización del pago, y aun de la presentación a la aceptación, se puede apreciar sin dificultad en varios preceptos (v. fundamentalmente, bien es cierto que con diverso alcance en cada caso, los artículos 1.5.º, 2/I.b, 25, 32, 44 y 54 de la LC); también, de otro lado, que la circunstancia de no haber sido aceptada en su caso la letra perdida no debe estimarse relevante en este contexto, ya que el procedimiento de amortización no tiene por objeto una pretensión de condena: el librado, aun no aceptante, es el destinatario de la interdicción del pago (v. el artículo 85/III de la LC). Hecha esta salvedad, me parece correcta la solución apuntada por los autores mencionados en la nota anterior; quiere decirse hecha la salvedad de no excluir en su caso el fuero del librado —no aceptante—, al fin y al cabo destinatario natural de la orden de pago, aunque no deudor por principio, de la letra de cambio. Es más, en virtud de la argumentación desarrollada estimo que cabría considerar preferente el fuero del librado —no aceptante— (teniendo en cuenta, en su caso, lo dicho

(65) Efrén VILLÁN SÁNCHEZ y Alejandro GARCÍA MORATILLA, “Extravío, susstracción o destrucción de los títulos cambiarios”, en *Estudios sobre Derecho procesal*, dir. I. Díez-Picazo Giménez y J. Martínez-Simancas Sánchez, t. III, Madrid, 1995, pp. 2697-2718, *ibi* 2706-2707, tratando de la competencia territorial, parecen desconocer la posibilidad de que el procedimiento de amortización tenga por objeto una letra en blanco.

(66) Así, VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, p. 512 (que se refiere al “*domicilio del firmante del título, obligado cambiario*”); también CORTÉS, “La amortización...”, p. 856 (que especifica lo siguiente: “*si es conocido por el titular desposeído, y, en otro caso, ante el de cualquier otro lugar que por su conexión con los hechos, pueda con facilidad y seguridad investigarlos y fijarlos*”), seguido por PÉREZ-SERRABONA, “La amortización...”, p. 190.

acerca de la pluralidad de librados), subsidiario el del librador o, en su caso, el de los firmantes del título, en su caso a elección, entre éstos, del solicitante de la amortización. Queda añadir que los fueros generales, de las personas físicas y de las personas jurídicas y de los entes sin personalidad, se encuentran fijados en los artículos 50 y 51 de la LEC/2000 respecto del ejercicio de acción personal, dedicado el 52 siguiente a los fueros especiales; preceptos cuya aplicación, por cierto, en concepto de supletorios del régimen jurídico de la jurisdicción voluntaria y cambiando lo que se deba cambiar, bien podría fundar asimismo la conclusión expuesta.

También en relación con el supuesto de solicitud de amortización de una letra en blanco cabría plantear si, no siendo aplicable la regla contenida en el artículo 85/I de la LC (por carecer de la mención requerida —y de la mención que habría permitido la autointegración del título—), podría tenerse por competente territorialmente al Juez de Primera Instancia con jurisdicción en el lugar que debería resultar indicado en el título como lugar de pago en cumplimiento del comúnmente denominado *pacto de completamiento*. Entiendo que sí, siempre y cuando el pacto de completamiento alcance indubitadamente al lugar de pago de la letra de cambio incompleta en el momento de su emisión. Concurriendo dicha circunstancia, la competencia no habría que determinarla acudiendo, como antes se expuso, a los fueros generales.

Si no pudiera determinarse la competencia territorial de acuerdo con las reglas expuestas precedentemente, por su orden, cabría reputar competente al Juez con jurisdicción en el lugar del domicilio del solicitante de la amortización (v., *mutatis mutandis*, el artículo 50.2 de la LEC/2000).

C) Falta de competencia

Examinados los criterios de atribución de la competencia judicial para el conocimiento del procedimiento de amortización de la letra de cambio perdida, queda por ver la cuestión de la falta de competencia, de la que someramente trataré distinguiendo, como antes, entre la competencia objetiva y funcional, de un lado, y, del otro, la territorial. Las normas que hay que tomar en consideración son las generales al respecto, toda vez que, por una parte, las disposiciones directamente aplicables al procedimiento en estudio, y, por otra, las reguladoras de la jurisdicción voluntaria, no establecen previsión alguna. En este punto resulta preciso insistir en la idea según la cual hay que acudir, en su caso y entre otras aplicables en virtud de su carácter de generales, a las normas de la LEC/2000 que regulan materias antaño reguladas en el Libro I (“*Disposiciones comunes a la jurisdicción contenciosa y a la voluntaria*”) de la LEC/1881; eso sí, cambiando lo que se deba cambiar (por ejemplo, la alusión a *parte procesal*, a *demandante* o a *demandado*).

A la falta de competencia objetiva o funcional, falta manifiesta, se refiere el artículo 238.1.º de la LOPJ, que decreta la nulidad de pleno derecho de los actos judiciales producidos en circunstancia tal. El artículo 225.1.º de la LEC/2000 establece el mismo régimen; sin embargo, en virtud de la disposición final decimoséptima de ésta, dicho precepto es inaplicable en tanto no se reforme aquélla. Del control de oficio de la competencia objetiva trata el artículo 48 de la LEC/2000; del de la funcional, si bien sólo por referencia expresa al conocimiento de los recursos, el 62. Del control de la competencia objetiva a instancia de parte trata el artículo 49 de la LEC/2000, siendo denunciable su falta mediante la declinatoria; institución ésta mediante la que asimismo se podrá denunciar, conforme al 63.1/II, la falta de competencia funcional. En cualquier caso, el auto declarativo de la falta de competencia debe indicar la clase de órgano judicial competente (v. los artículos 48.4 y 65.3 de la LEC/2000, no obstante ser literalmente concernientes sólo a la falta de competencia objetiva). De los recursos en materia de competencia objetiva trata el artículo 66 de la LEC/2000; precepto éste que ha de considerarse aplicable asimismo en materia de competencia funcional.

En cuanto a la falta de competencia territorial, primero de todo hay que fijar si la norma contenida en el artículo 85/I de la LC es de *ius cogens* o, por el contrario, el fuero legal establecido resulta ser disponible. La razón de ser de tal planteamiento es que el artículo 54.1 de la LEC/2000 exceptúa de la posibilidad de prorrogar los fueros legales aquellos casos, entre otros, en los que la ley les “atribuya expresamente carácter imperativo”. Ciertamente, esta circunstancia, la *atribución expresa de carácter imperativo*, no concurre en la regla que formula el precepto cambiario en examen. Ahora bien, si se admite que en el ámbito de la jurisdicción voluntaria deben tenerse por indisponibles las reglas de determinación de la competencia territorial⁽⁶⁷⁾, entonces deberá convenirse en que lo establecido en el artículo 85/I de la LC tiene carácter imperativo⁽⁶⁸⁾, aunque la norma no se lo atribuya expresamente, por ser ello lo consecuente con la adscripción del procedimiento de amortización de la letra de cambio a dicho ámbito jurisdiccional. Del control de oficio de la competencia territorial trata el artículo 58 de la LEC/2000, que manda al órgano judicial, habiéndose declarado mediante auto la falta de competencia, remitir las actuaciones al que considere territorialmente competente, o al designado por el demandante en el supuesto de que ostentase *facultas electionis*. Del control de la competencia territorial a instancia de parte trata el artículo 59 de la LEC/2000, bien es cierto que por referencia exclusiva a los casos de fijación legal de la competencia en

(67) V. GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria...*, pp. 86-87; Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *La jurisdicción voluntaria*, Madrid, 2001, p. 131.

(68) Así también, CORTÉS, “La amortización...”, p. 856.

virtud de reglas no imperativas; pero no menos cierto es que el artículo 63.1/II, ya invocado, permite proponer la declinatoria “*para denunciar la falta de competencia de todo tipo*”, por donde cabe enlazar con la tesis según la cual deben merecer igual tratamiento todas las manifestaciones no dispositivas de la competencia ⁽⁶⁹⁾: la inhibición en favor del órgano territorialmente competente, así como la remisión a éste de las actuaciones, se contemplan, para el caso de estimación de la declinatoria, en el artículo 65.5. De los recursos en materia de competencia territorial trata el artículo 67.

7. Postulación procesal

La disposición derogatoria única de la LEC/2000 (v. el párrafo segundo del ordinal primero del apartado primero) ha mantenido, en espera de la anunciada Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, la vigencia de dos preceptos de la LEC/1881 que atañen a la postulación procesal en el ámbito de la jurisdicción voluntaria: número quinto del artículo 4 y número tercero del artículo 10. Son éstas las normas que hay que tomar en consideración al efecto de perfilar este otro extremo del procedimiento de amortización de la letra de cambio perdida: con arreglo a la terminología que impera, *representación procesal y defensa técnica*.

A) Representación procesal

El artículo 3 de la LEC/1881 establecía la regla general de la necesaria comparecencia en juicio “*por medio de Procurador legalmente habilitado para funcionar en el Juzgado o Tribunal que conozca de los autos, y con poder declarado bastante por un Letrado*”. El siguiente artículo 4 contenía ciertas excepciones a la expuesta regla general, una de las cuales, la expresada en el número quinto, es la que nos interesa por no haber resultado afectada por la eficacia derogatoria de la LEC/2000, de modo que, con arreglo a ello, subsiste la posibilidad, tratándose de “*actos de jurisdicción voluntaria*”, de que los interesados comparezcan por sí mismos, “*pero no valiéndose de otra persona que no sea Procurador habilitado en los pueblos donde los haya*”. Quiere decirse, en consecuencia, que para comparecer en el procedimiento de amorti-

(69) V., así, Piedad GONZÁLEZ GRANDA, “Sujetos y actuaciones del proceso. Las costas procesales”, en *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. V. Cortés Domínguez y V. Moreno Catena, t. I, Madrid, 2000, p. 165.

zación, que lo es de jurisdicción voluntaria, no es preciso valerse de procurador, sino que los interesados pueden hacerlo por sí mismos ⁽⁷⁰⁾.

Ahora bien, es menester cuestionar si la aludida subsistencia de vigencia alcanza estrictamente a la dispensa del requisito de representación procesal por medio de procurador o, por el contrario, se extiende también a la facultad de recurrir a *otra persona* en el caso de que no haya procurador en la circunscripción correspondiente (o, habiéndolo, no se obtenga la prestación de tal servicio profesional). Al efecto de fundar la segunda de las interpretaciones apuntadas puede servir el siguiente argumento, que invita a prescindir del apego a la literalidad: la disposición derogatoria única de la LEC/2000 decreta la vigencia del número quinto del artículo 4 de la LEC/1881; esto es, la locución “*en los actos de jurisdicción voluntaria*”. Obviamente, ello carecería de sentido si no se enlazara con el primer párrafo de dicho artículo 4, y, siendo así, de entrada no se ve razón para mutilar la proposición normativa en éste contenida. Al hilo de esto conviene reparar en que la eficacia de las declaraciones legales de vigencia recae, en puridad de conceptos, sobre normas jurídicas, no sobre artículos, apartados, etc. Y, al cabo, la subsistencia de vigencia contemplada en aquella disposición derogatoria única se ha de entender referida al régimen de la representación procesal en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, precisamente en los mismos términos en que venía rigiendo, también respecto de los demás supuestos entonces exceptuados del requisito de representación procesal.

Mayor interés aún presenta la habilitación resultante del segundo párrafo del artículo 4 de la LEC/1881: “*Se exceptúa de la limitación a que se refiere el párrafo anterior el factor mercantil cuyo apoderamiento conste inscrito en el Registro Mercantil para ostentar la personalidad de sus mandantes en los actos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento o la empresa*”. Si se admite, como he sugerido, que la subsistencia de vigencia decretada por la disposición derogatoria única de la LEC/2000 no se construye al señalamiento del supuesto exceptuado, sino que se extiende al régimen que lo gobernaba, entonces se ha de admitir la vigencia, en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, de la previsión recién transcrita, de modo que, en su caso, los legitimados para intervenir en el procedimiento de amortización de la letra de cambio puedan resultar representados procesalmente por *factor inscrito* (que, ocioso parece decirlo, es supuesto diverso de la intervención de quienes pueden actuar, por no ser preceptivo el auxilio de procurador, en su condición de representantes orgánicos). Naturalmente, premisa para ello sería que la antedicha legitimación

(70) Así también, CORTÉS, “La amortización...”, p. 858. Contrariamente, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Ley Cambiaria...*, p. 440; NAVARRO, *La Ley Cambiaria...*, p. 207.

derivara de una letra de cambio, la pérdida, conectada con el *giro o tráfico del establecimiento o la empresa* del así representado.

Ciertamente puede refutarse la tesis propuesta con este otro argumento, claro está que de sentido contrario: la declaración de vigencia que hace la disposición derogatoria única de la LEC/2000 afecta únicamente a la inclusión del supuesto mencionado (“*actos de jurisdicción voluntaria*”) en el elenco de las excepciones a la regla, que sigue siendo la general, de preceptiva representación procesal por medio de procurador, pero con sujeción íntegra al régimen instaurado por dicha Ley, el cual (frente al de la LEC/1881) no contempla la posibilidad de representación procesal, aun cuando no sea preceptiva, por medio de persona que no sea “*procurador legalmente habilitado*” (v. el artículo 23 de la LEC/2000 y preceptos concordantes). No puedo, ante tal eventualidad discursiva, sino insistir en que la declaración de vigencia recae sobre la norma jurídica: no sobre su receptáculo formal (artículo, apartado, etc.); pero tampoco sobre el íntegro régimen jurídico de la institución afectada. Y ello se concreta, como vengo diciendo, en que la norma jurídica declarada vigente por la disposición derogatoria única de la LEC/2000 es la que concierne al binomio regla-excepción en cuanto a la representación procesal, en los términos expuestos. Y así, por ejemplo, si el anterior régimen de la representación procesal contenía la exigencia del *bastanteo del poder*, suprimido hoy en día, debería admitirse la comparecencia por medio de procurador, aun siendo potestativa (así, en acto de conciliación —a lo que también concierne aquella disposición derogatoria única—), sin necesidad de satisfacer tal requisito que establecía el artículo 3 de la LEC/1881.

B) Defensa técnica

El mismo esquema, *mutatis mutandis*, cabe reproducir en cuanto a la defensa técnica. En efecto, la regla de la necesaria dirección de los litigantes por “*Abogado habilitado legalmente para ejercer su profesión en el Juzgado o Tribunal que conozca del proceso*”, no debiendo “*proveerse a ninguna solicitud que no lleve la firma del Abogado*”, la formulaba el artículo 10 de la LEC/1881 admitiendo, no obstante, varias excepciones, de las que nos interesa la contenida en el número tercero, declarado vigente por la disposición derogatoria única de la LEC/2000; esto es, “*los actos de jurisdicción voluntaria de cuantía determinada que no exceda de 400.000 pesetas, así como los que tengan por objeto la adopción de medidas urgentes o que deban instarse en un plazo perentorio*”. Y el procedimiento de amortización de la letra de cambio perdida se adscribe, como sabemos, al ámbito de la jurisdicción voluntaria. Ahora bien, el tenor de la norma que permanece vigente invita a realizar algunas consideraciones adicionales.

Entiendo que el procedimiento de amortización de la letra de cambio perdida, en cuanto adscrito al ámbito de la jurisdicción voluntaria y en tanto permanezca en él no deviniendo proceso contencioso, constituye excepción a la regla general según la cual es preceptiva la dirección letrada para actuar ante órganos judiciales⁽⁷¹⁾. Ciertamente, el número tercero del artículo 10 de la LEC/1881 condiciona la excepción a que el *acto de jurisdicción voluntaria* tenga cuantía determinada y ésta no sea superior a la fijada (por mejor decir, su equivalente en euros), de manera que ello comportaría⁽⁷²⁾ una restricción al efecto del que se trata (y plantearía algunas cuestiones de interés —por ejemplo, letra con cláusula de devengo de intereses, letra generadora de intereses moratorios, letra en blanco—). Sin embargo, la excepción no resulta condicionada por tal requisito cuantitativo si el acto *tiene por objeto la adopción de medidas urgentes* (o porque *deba instarse en un plazo perentorio*, lo cual concierne a plazos legales —por ejemplo, para la formulación de ciertas *protestas*—). Ese motivo de urgencia concurre en el procedimiento en examen, que tiene por objeto (lo dice el artículo 84/I de la LC) impedir que el título se pague a tercera persona y amortizarlo. No se oculta que una pronta interdicción del pago del título perdido no ha de revestir siempre, como si fuera por definición, el carácter de urgente: hay diferencia, por ejemplo, entre la pérdida de un título acaecida meses antes de su vencimiento y la pérdida de un título vencido (conforme al artículo 46/II de la LC, “*el librado que pagare antes del vencimiento, lo hará por su cuenta y riesgo*”⁽⁷³⁾). Con todo, por el contrario también hay que tomar en consideración, en este contexto, el interés en obtener prontamente una sentencia de amortización y evitar así válidas adquisiciones del título perdido (ya que, “*declarada judicialmente la amortización de la letra, no tendrá ésta ninguna eficacia*”, ello “*sin perjuicio de lo que dispone el párrafo segundo del artículo 19 de la presente Ley*” —artículo 87/II/III de la LC—). Lo dicho vale incluso en el supuesto de que se alegue la destrucción del título, porque ¿y si, contra la creencia del solicitante, no resultó destruido?

Pudiera oponerse a lo mantenido que la dispensa de dirección letrada sólo debería alcanzar a la presentación de la solicitud de amortización, pero no a eventuales actuaciones posteriores del solicitante ni a las de otros interesados en el procedimiento⁽⁷⁴⁾. No obstante, se ha de reparar en que el precepto que permanece vigente de la LEC/1881 se refiere a *actos de jurisdicción voluntaria*,

(71) Así también, CORTÉS, “La amortización...”, p. 858. Contrariamente, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Ley Cambiaria...*, p. 440; NAVARRO, *La Ley Cambiaria...*, p. 207.

(72) Así, GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria...*, p. 1133.

(73) V. ALONSO SOTO, “El pago...”, p. 626.

(74) Así, PÉREZ-SERRABONA, “La amortización...”, p. 190.

no a *escritos* (como lo hacía el número cuarto, ahora derogado, del mismo artículo 10).

C) Epílogo

En los dos apartados precedentes he tratado de las cuestiones planteadas intentando sentar conclusiones acomodadas al Derecho aplicable. Mas no ha de verse en ello ánimo alguno de aconsejar que se prescinda del auxilio de unos profesionales que, al cabo, se presumen idóneos para representar y asistir a sus clientes ante los órganos judiciales. El éxito de una solicitud de amortización de letra de cambio no depende sólo, ni mucho menos, de la realidad del supuesto de hecho.

8. La solicitud de amortización de la letra de cambio

El párrafo segundo del artículo 85 de la LC está dedicado a la solicitud de amortización de la letra de cambio perdida, por medio de la cual se ha de incoar el procedimiento. De suyo, en dicho lugar, así como en los siguientes párrafos tercero y cuarto y artículos 86 y 87/I, se utiliza la palabra *denuncia* para hacer referencia a tal solicitud; en los artículos 85/IV, 86 y 87/II, la palabra *denunciante* es la utilizada para nombrar a quien ha incoado el procedimiento. Si bien no incurre el legislador en imperdonable incorrección desde el punto de vista de la exigencia de precisión en el uso del lenguaje (así, aun sin desconocer el relativo alcance de la cita, puede reseñarse que el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española registra que *denunciar* significa, en Derecho, “*dar a la autoridad judicial o administrativa parte o noticia de una actuación ilícita o de un suceso irregular*”), no es menos cierto que el contenido del escrito del que se trata no se agota en una declaración de hechos, sino que comprende también, siquiera pueda admitirse que implícitamente en su caso, unas pretensiones dirigidas al órgano judicial, de modo que me parece más correcto, en aras de aquella deseable precisión lingüística, valerme de las palabras que vengo empleando: *solicitud* y *solicitante*. Por demás puede traerse a colación que en un contexto análogo se descubre asimismo la preferencia por los vocablos de los que voy a prescindir: la regulación “*Del robo, hurto o extravío de los documentos de crédito y efectos al portador*” (artículos 547 a 566 del CCom.), como, respecto de esta materia, la Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Comercio de 1882 (“*Efectos al portador*”). Con todo, llevar más allá de lo dicho la crítica terminológica no parece oportuno.

A) Legitimación procesal

Para designar a quien puede incoar el procedimiento de amortización de la letra de cambio perdida, la LC utiliza la locución “*el tenedor desposeído de la*

misma”, en concreto en el párrafo primero del artículo 84, cuyo texto conviene recordar: “*En los casos de extravío, sustracción o destrucción de una letra de cambio, el tenedor desposeído de la misma podrá acudir ante el Juez para impedir que se pague a tercera persona, para que aquélla sea amortizada y para que se reconozca su titularidad*”. La expresión “*el tenedor desposeído*” reaparece, en el siguiente párrafo segundo, al efecto de habilitarle, durante la tramitación del procedimiento, de modo que pueda realizar unas actuaciones respecto de las cuales se requiere prístinamente la posesión del documento. Y resulta empleada una vez más, ahora en el párrafo segundo del artículo 85, diríase que ya cual equivalente al vocablo *denunciante*, que es el que se usa en adelante, como había reseñado, por referencia a quien ha incoado el procedimiento.

Va de suyo que la noción de legitimación documental, entendida como presunción por la apariencia de titularidad de una posición jurídica en virtud de la posesión del documento con arreglo a su ley de circulación, subyace por regla general, con uno u otro alcance, a los diversos usos del vocablo *tenedor* en la LC, mas no puede afirmarse taxativamente que siempre se utilice dicha palabra en el plano de la aludida sinonimia. A veces se emplea con el inequívoco significado de *acreedor cambiario* (paradigmáticamente, aparte el número IV del Preámbulo —anunciándose, cual “*mecanismo fundamental para reforzar la garantía del tenedor*”, el “*establecimiento de la solidaridad pasiva absoluta de los deudores cambiarios*”—, en el artículo 57/I: “*Los que hubieren librado, aceptado, endosado o avalado una letra de cambio responden solidariamente frente al tenedor*”), fijando reglas en las que la noción de legitimación documental, por más que pueda considerarse presupuesta, no se halla directamente implicada al efecto de la específica regulación establecida: se trata de normas jurídicas que en puridad hay que referirlas a la posición jurídica de acreedor cambiario, con independencia de que éste haya podido beneficiarse o no de la legitimación documental (hoy en día parece claro que los que hubieren librado, aceptado, endosado o avalado una letra de cambio responden solidariamente frente al cesionario de la letra de cambio, como también que éste carece de la legitimación documental que el artículo 19/I reconoce en favor de los adquirentes del título transmitido por endoso; contrariamente, los antedichos deudores no lo son del tenedor autorizado para ejercer los derechos derivados de la letra de cambio —documentalmente legitimado— en virtud de un endoso de apoderamiento, conforme a lo que resulta del artículo 21, como tampoco lo son del tenedor que puede ejercerlos —documentalmente legitimado— en virtud de un endoso en garantía, conforme a lo que resulta del artículo 22). También se utiliza la palabra *tenedor* con el inequívoco significado de —acreedor cambiario— *demandante* (asimismo paradigmáticamente, en el artículo 20: “*El demandado por una acción cambiaria no podrá oponer al tenedor excepciones fundadas en sus relaciones personales con el librador o con los tenedores*

anteriores, a no ser que el tenedor, al adquirir la letra, haya procedido a sabiendas en perjuicio del deudor”), y respecto de ello puede darse por reproducida, *mutatis mutandis*, la observación anteriormente formulada (con la particularidad de que, siendo demandante un cesionario, el régimen de las excepciones habrá de resultar acomodado a lo establecido en el artículo 24/I, el cual, al decretar que “*la cesión ordinaria de la letra transmitirá al cesionario todos los derechos del cedente*”, obliga a introducir una especialidad en el caso de que se sucedan transmisiones cambiarias y no cambiarias; la argumentación puede conducirse por el mismo camino haciendo ver que la cuestión de las excepciones resulta específicamente tratada en supuestos en los que la legitimación documental no se pone al servicio de la titularidad del crédito cambiario —v. los artículos 21/II y 22/II—). Incluso se usa la palabra *tenedor* en un contexto en el cual, estando indubitadamente presupuesta la noción de legitimación documental, en puridad de conceptos se hace referir, no —sólo— a la posición jurídica de acreedor cambiario, sino —también— a la de titular del crédito derivado de la relación causal que dio lugar a la emisión del título (aparte el artículo 102, en el 69: [I] “*Si el librador, mediante cláusula inserta en la letra, declara que cede sus derechos referentes a la provisión, éstos pasan al tenedor*”; [II] “*Notificada al librado la cesión, éste únicamente puede pagar al tenedor debidamente legitimado, contra entrega de la letra de cambio*”). En algún caso, el vocablo *tenedor*, rectamente entendido, no puede referirse a la legitimación documental ni a la titularidad de una posición jurídica sino sólo en cuanto eventuales: en el artículo 9/III se dispone que “*los tomadores y tenedores de letras tendrán derecho a exigir a los firmantes la exhibición del poder*”; quiere decirse en un momento en que no se ha celebrado aún el contrato de entrega del título. Hay preceptos en los que la noción de legitimación documental sí se halla directamente implicada al efecto de la específica regulación establecida: no se puede obviar la mención de la proposición primera del artículo 19/I (“*El tenedor de la letra de cambio se considerará portador legítimo de la misma cuando justifique su derecho por una serie no interrumpida de endosos, aun cuando el último endoso esté en blanco*”), en la que se consagra el efecto legitimador del endoso, ni la del 46/III (“*El que pagare al vencimiento quedará liberado, a no ser que hubiere incurrido en dolo o culpa grave al apreciar la legitimación del tenedor. A tal efecto, estará obligado a comprobar la regularidad de la serie de los endosos, pero no la autenticidad de la firma de los endosantes*”), atinente a la corrección del pago por razón de la legitimación de quien lo reciba. Y, en fin, no pocas veces ocurre que la utilización de la palabra *tenedor* no viene a denotar terminantemente ni legitimación documental ni titularidad de una posición jurídica, como, por ejemplo, en el artículo 43/I (“*El tenedor de una letra de cambio pagadera en día fijo o a un plazo a contar desde la fecha o desde la vista, deberá presentar la letra de cambio al pago en el día de su vencimiento, o en uno de los dos días hábiles siguientes*”) o en el 103/I

(“La Ley del país donde la letra de cambio ha de pagarse regula si la aceptación puede limitarse a una parte de su importe y si el tenedor está obligado o no a recibir un pago parcial”). Esta enumeración, desde luego realizada sin pretensión alguna de exhaustividad, puede complementarse con la de otros vocablos de los que se vale la LC a los efectos procedentes en cada caso, como *acreedor cambiario* (en el apartado IV del Preámbulo y en el artículo 45/I), *tomador* (en el artículo 9/III), *portador* (en los artículos 28/II, 29/II, 45/I/II, 46/I, 51/VI, 56/III, 57/II, 81/II y 82/I), *portador legítimo* (en los artículos 19/I, 81/I y 83/I), *simple portador* (en el artículo 25) y *poseedor* (en el artículo 83/I).

Pues bien, presentado que ha sido un panorama que no es sólo terminológico, vuelvo a tomar en consideración la locución *tenedor desposeído*, que por tres veces se encuentra en la regulación de la amortización de la letra de cambio contenida en los artículos 84 a 87 de la LC. Como quiera que, según ha sido visto, se puede colegir que el vocablo *tenedor* se utiliza equívocamente en dicho texto legal, la determinación de la legitimación procesal para la incoación del procedimiento de amortización de la letra de cambio perdida no se puede hacer sino examinando individualizadamente los supuestos en los que cabe afirmarla a partir de la regla general, ahora novedosamente consagrada en el ámbito de la jurisdicción contenciosa pero aplicable en el de la voluntaria cambiando lo que se deba cambiar, según la cual “*serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso*” (precepto —artículo 10/I de la LEC/2000— del que se dice que refleja la noción, anteriormente formada en doctrina y jurisprudencia, de legitimación ordinaria); frente a ella, o a su lado si así se prefiere ver, la regla según la cual “*se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular*” (artículo 10/II de la LEC/2000, del que se dice que acoge, por vía de remisión, los diversos casos de legitimación extraordinaria).

Así pues, hay que desarrollar y concretar las ideas expuestas, y hay que hacerlo en el contexto de un procedimiento de jurisdicción voluntaria como es el de amortización de la letra de cambio⁽⁷⁵⁾. Previamente debe traerse a colación de nuevo, para mejor fundar las consideraciones que haré para poner fin a este apartado, que por medio de la amortización de la letra de cambio perdida se persigue, básicamente, reconstituir la legitimación documental asimismo perdida por mor de la desposesión del título; legitimación documental que se hallaba al servicio de la titularidad del crédito incorporado, ésta subsistente no obstante

(75) V. la Sentencia de la Sección 7.^a de la Audiencia Provincial de Valencia de 4 de noviembre de 1993 (*Aranzadi Civil*, 1993/2343); la Sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Murcia de 20 de junio de 1998 (*Aranzadi Civil*, 1998/6103), lisa y llanamente ininteligible.

la desposesión padecida (a lo largo de las páginas precedentes me he referido varias veces a la noción de legitimación documental en cuanto institución al servicio de la titularidad del crédito incorporado: es ahora el momento de advertir de que la fórmula empleada se corresponde con el caso paradigmático, y de que ha sido así empleada por el único motivo de hacer más cómoda la exposición por la vía de la elipsis; pero debería parecer claro que la legitimación documental puede hallarse, como también he tenido ocasión de mencionar, al servicio de titularidades diversas de la del crédito incorporado). Y de la misma manera debe precisarse en este instante que no sólo eso, la reconstitución de la legitimación documental, se persigue con la amortización de la letra de cambio, sino también evitar, en virtud de la declaración judicial que haga perder al título toda eficacia, ulteriores adquisiciones *a non domino*.

Consecuentemente con lo expuesto, en primer lugar debe considerarse legitimado para incoar el procedimiento de amortización de la letra de cambio a quien por causa de la pérdida del título haya quedado privado de la legitimación documental de la que gozaba en virtud de su posesión con arreglo a su ley de circulación, sea en concepto de acreedor cambiario o lo sea en el de titular de una posición jurídica distinta:

1) Documentalmente legitimado como titular del crédito cambiario (y, en su caso, de los derechos referentes a la provisión —v. el artículo 69 de la LC—) lo está el adquirente del título por vía cambiaria:

a) Documentalmente legitimado como acreedor cambiario lo está el tomador de la letra de cambio, que es como se denomina a la persona a quien se ha de hacer el pago o a cuya orden se ha de efectuar (v. el artículo 1.6.º de la LC —la palabra *tomador* sólo aparece, como he reseñado, en el artículo 9/III—). Tomador puede ser incluso, al efecto del que se trata, el propio librador (v. el artículo 4.a) con tal de que sea letra aceptada; siendo la perdida una letra a la propia orden no aceptada y el desposeído su tomador, que ciertamente no es acreedor cambiario ni está, en puridad de conceptos, legitimado documentalmente, su legitimación para instar la amortización del título no es la inherente a tales atributos jurídicos, de los que carece, sino la que emana de la desposesión de un documento creado por él e idóneo para resultar adquirido *a non domino*, con la consecuencia, en su caso, de quedar cambiariamente obligado ante un tal adquirente o ante ulteriores a éste, a quienes, por demás, no se puede reivindicar el título, de modo que las normas aplicables a esa situación (v. los artículos 19/II y 87/III) sirven a fundar su legitimación procesal, y lo dicho vale para el caso, sin duda poco probable, de una letra a la propia orden y al propio cargo (v., además, el artículo 4.b), y, *mutatis mutandis*, respecto del supuesto de emisión involuntaria de la letra de cambio (desposesión padecida por quien la había firmado y, claro está, no la había entregado, sin embargo de lo cual existe el

riesgo de que el título circule y de que el firmante tenga que responder como se ha expuesto).

b) Documentalmente legitimado como acreedor cambiario también lo está el endosatario de la letra de cambio (v. los artículos 19/I, 14/I y 17/I de la LC) con tal —vale la pena precisarlo— de que no se haya privado al título de su carácter de naturalmente endosable (v. los artículos 1.6.º y 14/I/II) ni de que el endosatario lo sea en virtud de un endoso parcial (v. el artículo 15/II), un endoso limitado (v. los artículos 21 y 22) o un endoso hecho por el interviniente en el pago (v. el artículo 77), y con independencia de que el endosatario se halle designado en el título como tal endosatario o no, ya que el efecto legitimador del endoso se produce aun cuando el último endoso esté en blanco (v. los artículos 19/I y 16/II) o sea un endoso al portador (v. el artículo 15/III), todo ello incluso si se trata de un endoso posterior al vencimiento e incluso de un endoso extemporáneo —siempre y cuando el endoso posterior al vencimiento no sea un endoso hecho por el aceptante— (v. el artículo 23/I) o de un endoso de una letra con cláusula de prohibición de ulteriores endosos insertada por un endosante (v. el artículo 18/II). De la legitimación documental de la que goza el endosatario también gozan la persona con cuyo nombre se haya completado el endoso hecho en blanco (v. el artículo 17/II.1) y el tercero al que se haya entregado la letra endosada en blanco sin haberse completado tal endoso en blanco ni haberse realizado un nuevo endoso (v. el artículo 17/II.3). En el caso de un endoso posterior a una transmisión no cambiaria, la legitimación documental que nace de ese endoso no basta, debiendo resultar integrada con la extracambiaria requerida según el título de la transmisión no cambiaria. En fin, es irrelevante, tratando de la legitimación procesal del documentalmente legitimado, que el endoso formal o aparentemente pleno encubra o disimule una entrega de la letra de cambio —*inter partes*— no transmisora de ella ni de los derechos resultantes de ella; esto es, que sea un endoso limitado encubierto.

c) La legitimación documental que resulta puesta al servicio de la titularidad del crédito cambiario también se puede obtener, o en su caso recuperar, en virtud del pago de la letra de cambio realizado por quien, al hacerlo, adquiere un derecho de reembolso con arreglo al régimen jurídico cambiario —v., ahora, el artículo 59 de la LC— (téngase presente que anteriormente, tratando de los documentos amortizables, ya presté atención a la cuestión del pago efectuado por la persona llamada a realizar el pago ordinario de la letra de cambio, sea en concepto de simple librado o lo sea en el de aceptante, o por el librador de una letra no aceptada, pagos que producen efectos extintivos sobre todas las obligaciones cambiarias y sobre todas las obligaciones causales, incluida, en el supuesto de letra no aceptada, la subyacente al giro si el pagador es el librado, no obstante lo cual cabe reconocer al pagador y desposeído el derecho a solicitar la amortización del título pagado y perdido, como *mutatis mutandis* cabe reconocerlo —añado ahora— al aceptante y tenedor de la letra

al vencimiento, y, por razón de exigencia derivada del vínculo extracambiarario del que se trate, al domiciliatario pagador —v. los artículos 5 y 32— o a la entidad a la que se haya presentado la letra para la obtención del pago por medio de un sistema de compensación —v. el artículo 43/II—. Si quien ha pagado era un obligado cambiario, con derecho de reembolso referido a los derechos derivados de la letra de cambio (v. el artículo 57/III, diríase que con alcance general sin perjuicio de particulares manifestaciones de la regla expuesta —en el artículo 37/II, que contempla el pago realizado por un avalista, como en el 77, que contempla el pago realizado por intervención por cuenta de cualquier obligado en vía de regreso y realizable, conforme al 70, por cualquier obligado cambiario a excepción del aceptante e indicado al efecto o no, como, incluso, en el artículo 10, que contempla el pago realizado por obligado cambiario habiéndose contraído tal responsabilidad en virtud de actuación representativa irregular—), la legitimación documental emana, en línea de principio, de la posesión del título rescatado, con arreglo al postulado que inspira la disposición contenida en la última proposición del artículo 45/I, aparte la posibilidad de reforzar la prueba del pago por la vía de expedientes tales como la tachadura del propio endoso y de los endosos de los endosantes subsiguientes (v. los artículos 60/II y 19/I), la actuación notarial en el supuesto de que el pago se haya producido tramitándose el protesto (v. el artículo 53/II) o, con alcance general, la mención documental del pago (v. los artículos 60/I, 73/II y 78). Si quien ha pagado no era un obligado cambiario (persona indicada al efecto o no —v. el artículo 70/I—), asimismo con derecho de reembolso referido a los derechos derivados de la letra de cambio (v. el artículo 77), asimismo vale en cuanto a la legitimación documental obtenible, cambiando lo que se deba cambiar, lo anteriormente dicho respecto del pago efectuado por obligado cambiario. Estas consideraciones son predicables, *mutatis mutandis*, de la pérdida de la “*copia autenticada de la letra*” que el tenedor debe entregar al obtener satisfacción en vía de regreso por causa de aceptación parcial (v. el artículo 61).

2) Documentalmente legitimado como titular de una posición jurídica diversa de la de acreedor cambiario lo está el endosatario que lo sea en virtud de un endoso limitado: de apoderamiento o en garantía (v., respectivamente, los artículos 21 y 22 de la LC), con independencia de que el endoso limitado sea completo o en blanco. En el caso del endoso de apoderamiento, el endosatario resulta documentalmente legitimado para ejercer los derechos derivados de la letra de cambio, bien entendido que en cuanto mandatario del endosante por razón de un mandato de cobro; lo expuesto vale asimismo en el supuesto específico de un endoso de apoderamiento realizado por un tal endosatario, así como en el supuesto de un endoso realizado por el endosatario que lo sea en

virtud de un endoso en garantía ⁽⁷⁶⁾. En el caso del endoso en garantía, el endosatario resulta también documentalmente legitimado para ejercer los derechos derivados de la letra de cambio, pero bien entendido que en cuanto acreedor pignoraticio (si bien no puede omitirse la reseña de la posibilidad de que el endosatario no sea el titular del crédito garantizado mediante la transmisión de la letra por endoso en garantía —v. el artículo 1863 del CC—). Tanto en el caso del endoso de apoderamiento como en el del endoso en garantía, el endosatario desposeído y solicitante de la amortización del título puede solicitar, evidentemente, la reconstitución de la legitimación perdida y que se hallaba al servicio de la titularidad de la correspondiente posición jurídica; esto es, la propia legitimación documental, sea como mandatario, sea como acreedor pignoraticio ⁽⁷⁷⁾. Y, a lo que creo, cabría incluso admitir que dicho endosatario desposeído pudiera solicitar la reconstitución de la legitimación documental del endosante, no la propia, con independencia de la eventual repercusión de tal proceder en el ámbito de las relaciones internas (se alude, básicamente, a la cuestión de la renuncia del mandatario, que, como se sabe, se presenta particularmente controvertida en los dominios de la comisión mercantil). Análogamente, en ambos casos, el endosante, al cabo titular del crédito cambiario y poseedor mediato del título que lo incorpora, podría considerarse legitimado para solicitar la amortización del título perdido, si bien con reconstitución de la legitimación documental en favor del endosatario desposeído: claramente en el caso del endoso en garantía, dado que así lo requiere la protección del interés del endosatario, acreedor pignoraticio; pero también en el caso del endoso de apoderamiento, dada la posibilidad de que el mandato se hubiera dado irrevocablemente, por ejemplo *in rem suam*.

En segundo lugar debe considerarse legitimado para incoar el procedimiento de amortización de la letra de cambio a quien, no obstante carecer de legitimación documental derivada de su posesión con arreglo a su ley de circulación, sin embargo sea titular de una posición jurídica tal que venga a menos por causa de la desposesión padecida o, en términos generales, que sirva a fundar el interés en obtener la amortización del título perdido:

1) Procesalmente legitimado debe considerarse al cesionario de la letra de cambio o, en general, al adquirente de ella por cualquier medio distinto del endoso —sea o no una letra librada no a la orden— (v. los artículos 14/II y 24 de

⁽⁷⁶⁾ V., acerca de dichos supuestos, José María VIGUERA RUBIO, *La prenda cambiaria: el endoso en garantía*, Madrid, 1994, pp. 85-89.

⁽⁷⁷⁾ Según parece, PÉREZ-SERRABONA, “La amortización...”, p. 188, niega la legitimación procesal del endosatario que lo sea en virtud de endoso limitado.

la LC), porque, si bien es cierto que en esos casos no se adquieren los derechos resultantes de la letra de cambio (v. el artículo 17/I), sino los derechos del cedente o, en general, del transmitente por vía no cambiaria (derechos que son de naturaleza cambiaria, mas no adornados, en cabeza del cesionario o, en general, del adquirente, de las notas caracterizadoras de los derechos que derivan del título), la posesión del documento es necesaria para su ejercicio. Obviamente, con la solicitud de amortización no se puede pretender entonces la reconstitución de una legitimación documental de la que se carecía y que, por tanto, no pudo perderse por causa de la desposesión padecida; pero sí, a más de la amortización misma, la reconstitución de la legitimación documental existente en el momento inmediatamente anterior a la desposesión, de modo que así pueda procederse a integrar la propia legitimación, que no sería, claro está, la documental cambiaria, sino extracambiaria.

2) Si se admite, como se acaba de ver, que la protección de la posición jurídica del adquirente del crédito cambiario por vía no cambiaria, carente de legitimación documental como tal acreedor, sirve a justificar su legitimación procesal para solicitar la amortización de la letra de cambio perdida, bien entendido que en solicitud de la reconstitución de la legitimación documental existente en el momento inmediatamente anterior a la desposesión padecida, entonces habría que admitir, por la misma razón, que la legitimación procesal habría que reconocerla en aquellos otros supuestos en los que la pérdida de la posesión del título pueda y deba ser reparada, en los términos expuestos, a través del procedimiento en estudio. Reitero, para mayor precisión en el análisis, que se trata de supuestos en los que el desposeído no gozaba, en puridad de conceptos, de legitimación documental —ni, aun careciendo de ella, era titular del crédito cambiario—, no obstante lo cual puede considerarse legítimo su interés en que se reconstituya la legitimación documental existente en el momento inmediatamente anterior a la desposesión padecida; a saber:

a) El supuesto del pago de la letra de cambio realizado por quien no era obligado cambiario o por quien no satisfizo las exigencias del pago por intervención requeridas al efecto de la adquisición de los derechos derivados de la letra de cambio (v. los artículos 57/III —y preceptos concordantes— y 77 de la LC). La posición jurídica de un tal pagador es reconducible a la posición jurídica general de quien paga una deuda ajena (v. los artículos 1158 y 1159 del CC y preceptos concordantes), por tanto sin adquisición de los derechos derivados de la letra de cambio, no obstante lo cual resulta necesaria la posesión del documento, al cabo título de rescate, al efecto de pretender la satisfacción de los derechos que correspondan al pagador en virtud del pago efectuado.

b) El supuesto de la entrega de la letra de cambio con finalidad de mandato de cobro ⁽⁷⁸⁾ o de garantía sin formalización de endoso, ni limitado ni pleno pero limitado encubierto ⁽⁷⁹⁾. Premisa de la toma en consideración de este otro supuesto de carencia de legitimación documental que derivase de la posesión del documento con arreglo a su ley de circulación es la afirmación de la posibilidad de conferir un mandato de cobro de la letra de cambio o de constituir una prenda sobre ella sin hacer uso de los mecanismos típicamente cambiarios previstos al efecto; posibilidad que no cabe sino reconocer, bien entendido que de conformidad con las normas, diríase que generales o comunes, que gobiernan ambas instituciones: respecto de lo que ahora interesa, básicamente, pero no sólo, en lo atinente a la necesidad de una legitimación extracambiaria, sea como mandatario, sea como acreedor pignoraticio. Pues bien, siendo esto así, parece razonable pensar que el desposeído, mandatario del tenedor documentalmente legitimado o acreedor pignoraticio suyo, tenga interés en solicitar la amortización del título perdido y la reconstitución de la legitimación documental existente en el momento inmediatamente anterior a la desposesión padecida, máxime si se repara en que una tal actuación podría incluso reputarse debida por razón de la relación de la que trajo causa la entrega de la letra: aun en el caso de que no cupiese imputar al desposeído responsabilidad por la pérdida del título frente a su contraparte en la relación jurídica en cuestión (v. el artículo 1094 del CC y preceptos concordantes), la diligencia exigible a un mandatario de cobro o a un acreedor pignoraticio debería considerarse comprensiva, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la cosa, del deber de emprender una actuación precisamente enderezada a evitar el perjuicio verosíblemente resultante de la despo-

(78) V. la Sentencia de la Sección 19.^a de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de julio de 1993 (*Revista General de Derecho*, 1993, núm. 591, p. 12272): planteada reclamación de cantidad en concepto resarcitorio frente a la entidad de crédito a la que se había entregado una letra de cambio en gestión de cobro (sin indicarse en la resolución judicial si por medio de endoso o no), extraviada durante su traslado al cliente en devolución por falta de pago, se declara, más bien cual *obiter dictum*, que para instar el procedimiento de amortización se halla legitimado el “*tenedor en gestión de cobro*”.

(79) Contrariamente, haciendo particular referencia a la posesión por un depositario o por un mandatario, VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, p. 507, y “Responsabilidad...”; PÉREZ-SERRABONA, “La amortización...”, p. 188.

V. la Sentencia de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de junio de 1994 (*Revista General de Derecho*, 1995, núms. 604-605, p. 1086): tratándose de un cheque librado al propio cargo por cuenta de una sociedad que no aparece designada como tomadora ni en ningún otro concepto, perdido el título por un empleado suyo, encargado de su entrega al tomador, se rechaza la solicitud de amortización instada por dicha sociedad, supuesto que la legitimación procesal no corresponde a “*cualquiera que haya perdido el título, sino sólo a la persona legitimada por su posesión para ejercitar el derecho reconocido en él*”.

sesión padecida ⁽⁸⁰⁾. En suma, porque, salvando la distancia que marca la ausencia de legitimación documental, los intereses atendibles no son diferentes a los concurrentes en el supuesto de un endoso limitado. Entiendo, en fin, que el razonamiento propuesto puede extenderse a situaciones análogas de posesión inmediata de la letra de cambio entregada sin finalidad transmisora del crédito cambiario, significativamente el supuesto de su entrega a un depositario; también la desposesión padecida por el librado que tuviese la letra presentada a la aceptación o por la persona que la tuviese para prestar su aval (situaciones que no son necesariamente de emisión involuntaria —si la pérdida se produce antes de la estampación de la firma—); también la pérdida de la letra entregada al Notario (para protesto o para otra diligencia); también la pérdida de la presentada a una entidad para la obtención del pago por medio de un sistema de compensación (no habiéndose obtenido tal pago). En todos estos supuestos, la legitimación procesal del poseedor mediato habría que afirmarla igualmente, en su caso sin perjuicio, claro está, de la protección de la posición jurídica del poseedor inmediato que resultó desposeído.

c) El supuesto de la entrega de la letra de cambio, reembolsada por el librador, al tercero por cuenta del cual se hubiese realizado el giro (v. el artículo 4.c de la LC). La desposesión afecta a dicho tercero por cuanto puede necesitar el título para reclamar al librado el pago de la deuda referente a la provisión; en su caso, para reclamar al aceptante el pago de la letra si se hubiese verificado transmisión del crédito cambiario adquirido por el librador en virtud del reembolso realizado.

Mención separada merece, en tercer lugar, el supuesto de la desposesión padecida por quien hubiese rescatado la letra de cambio en virtud de un hecho atinente a la relación causal en la que fuera parte o en la que de otro modo hubiera intervenido (se presupone, por tanto, que la entrega se había realizado *pro solvendo* —el marco normativo del fenómeno lo proporciona el artículo 1170/II/III del CC—; por demás, como quiera que lo que concierne a la coordinación de la obligación cambiaria y la obligación causal es notablemente prolijo y casuístico ⁽⁸¹⁾, en el análisis circunscribe las referencias al caso, de suyo paradigmático, de la entrega *solvendi causa*, así como al hecho del cumplimiento de la obligación causal, no sin antes reseñar la posibilidad de verificación de otros hechos atinentes a la relación causal, así su resolución, los subrogados del

⁽⁸⁰⁾ V. la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 15 de junio de 1999 (*Base de Datos El Derecho*, 1999/21150): extravío de letra de cambio entregada a entidad de crédito “*en comisión de cobranza*”, sin especificación en el texto de la Sentencia acerca de la existencia o no de endoso.

⁽⁸¹⁾ V., entre tantos, PAZ-ARES, “Naturaleza jurídica...”, pp. 209-245.

pago, etc.). En estos casos, la legitimación procesal para la incoación del procedimiento de amortización de la letra de cambio perdida, que hay que afirmarla en favor del desposeído, emanará normalmente de la titularidad de una posición jurídica de aquellas que legitiman a tal efecto y que ya han sido reseñadas. No obstante, conviene hacer algunas precisiones:

1) El cumplimiento de la obligación causal por el deudor *ex causa*, claro está que presupuesta su regularidad, le confiere el derecho de rescate de la letra (o, por mejor decir, el deudor *ex causa* no puede ser compelido a cumplir la obligación causal sino contra restitución del título), por donde tenemos otra vía, distinta en puridad de conceptos del pago de la letra, idónea para recuperar la legitimación documental que se tenía antes de la entrega del título: se trata, en consecuencia, de una situación idéntica, en cuanto a la desposesión habilitante para la solicitud de amortización, a la del pago de la letra por obligado cambiario, sólo diferente en cuanto al hecho del que nace el derecho de rescate. Lo dicho vale incluso, *mutatis mutandis*, en el caso del pago por el librado de la deuda referente a la provisión, sea pago realizado al librador y acreedor *ex causa* (si, por el motivo que fuere, éste le hubiese entregado la letra), sea pago realizado a un cesionario legitimado documentalmente como acreedor *ex causa* (puesto que ha de restituir la letra —v. el artículo 69 de la LC—).

2) El cumplimiento de una obligación causal puede ser realizado, en línea de principio, por persona distinta del deudor *ex causa*. Este pago de deuda ajena, asimismo presupuesta su regularidad, también confiere al pagador el derecho de rescate de la letra (o, por mejor decir, el ofrecimiento de pago al acreedor *ex causa* comporta un requerimiento de devolución del título —que debe ser atendido en la misma medida en que el acreedor ha de pasar por el pago de un tercero—), cuya posesión resulta necesaria al efecto de pretender la satisfacción de los derechos que le correspondan en virtud del pago efectuado. Evidentemente, en este otro caso, el desposeído que solicita la amortización de la letra de cambio no puede pedir sino la reconstitución de la legitimación documental existente en el momento inmediatamente anterior a la desposesión.

Mención aparte también merece, en cuarto lugar, la solicitud de amortización de una letra en blanco; quiere decirse, al efecto del que ahora se trata, letra en blanco de la que no resulte (bien entendida la fórmula que emplee) legitimación documental del poseedor en virtud de la posesión del documento con arreglo a su ley de circulación (la matización es importante porque, en puridad de conceptos, una letra en blanco no es una letra de cambio, no obstante lo cual es amortizable, según hubo ocasión de explicar con anterioridad). Pues bien, la legitimación procesal en el caso de la desposesión de una letra en blanco (insisto que en el supuesto acotado como anteriormente lo he hecho) ha de afirmarse en favor de quien la tuviese con el designio de emitirla en un momento posterior

(habiendo recabado ya, por ejemplo, una firma de aceptación o de aval —entiéndase *el librador* aún no firmante—) o de quien la hubiese adquirido en blanco (la persona a la que el librador se la hubiese entregado sin designarla como tomador o, en general, la persona a la que le hubiese sido entregada en blanco).

En fin, entiendo ⁽⁸²⁾ que no goza de legitimación procesal quien no haya tenido la posesión de la letra de cambio perdida, así el destinatario de una letra perdida durante el envío. En casos tales, la legitimación procesal habría que reconocerla al desposeído, fuera poseedor inmediato o lo fuera mediato, del título perdido.

B) Presentación, forma y contenido

Aparte las cuestiones que ya se han examinado acerca de la presentación de la solicitud de amortización de la letra de cambio perdida, como la concierne a su presentación ante órgano diverso del competente en los supuestos contemplados en el artículo 2110 de la LEC/1881, y dejando de lado aquellas otras cuestiones que al respecto no revisten de suyo caracteres especiales en el procedimiento en estudio, como la declaración como hábiles de “*todos los días y horas sin excepción*” cuando de “*actuaciones de jurisdicción voluntaria*” se trate (v. el artículo 1812 de la LEC/1881), ahora resulta oportuno tomar en consideración cuál ha de ser el contenido de la solicitud con arreglo a lo establecido en el artículo 85/II de la LC, bien entendido que no hay en este otro texto legal exigencia alguna que expresamente vaya referida a la forma de la solicitud (siendo así, además, que el artículo 1816 de la LEC/1881 precisamente consagra en el ámbito de la jurisdicción voluntaria el principio de libertad de forma en las alegaciones de los intervinientes) ⁽⁸³⁾. Por demás, que la presentación de la solicitud no se halla sujeta a plazo es evidente ⁽⁸⁴⁾. Y, aunque la cuestión pueda en línea de principio tenerse por discutible, entiendo ⁽⁸⁵⁾ que una solicitud de amortización puede comprender por acumulación la de una pluralidad de

(82) Frente a NAVARRO, *La Ley Cambiaria...*, p. 205.

(83) Un tanto aisladamente en el panorama de la literatura jurídica en la materia, y a mi parecer sin acierto, indican que la forma debida es la de demanda VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Ley Cambiaria...*, pp. 436-437; NAVARRO, *La Ley Cambiaria...*, pp. 207-208, añadiendo incluso que la tal demanda se ha de dirigir contra todos los obligados cambiarios y contra el tenedor, aun desconocido e incierto.

(84) V. CORTÉS, “La amortización...”, p. 858; PÉREZ-SERRABONA, “La amortización...”, p. 190.

(85) Frente a NAVARRO, *La Ley Cambiaria...*, p. 207.

títulos (de hecho, algunas resoluciones judiciales se han adoptado, sin planteamiento del problema como tal, en procedimientos concernientes a más de una letra de cambio⁽⁸⁶⁾), lo cual, claro está, tendría que comportar las consecuentes adaptaciones procedimentales.

El contenido de la solicitud de amortización de la letra de cambio, aparte las menciones generales de los escritos que han de surtir efecto en actuaciones judiciales, lo delimita el artículo 85/II de la LC viniendo a conformar dos grupos de alegaciones: de una parte, la descripción del título perdido y cuya amortización se pide (*“los requisitos esenciales de la letra de cambio y, si se trata de una letra en blanco, los que fueren suficientes para identificarla”*); de otra parte, el relato de la adquisición y de la pérdida del título por el solicitante de su amortización (*“las circunstancias en que vino a ser tenedor y las que acompañaron a la desposesión”*). También se refiere aquel precepto al recurso a la actividad probatoria a instancia del solicitante: *“Deberá acompañar los elementos de prueba de que disponga y proponer aquellos otros medios de prueba que puedan servir para fundamentar la denuncia”*. Prestemos atención separada a cada una de estas cuestiones.

Como he anunciado, el solicitante de la amortización de la letra de cambio perdida la ha de describir: diríase que se trata de la identificación de la cosa. La LC utiliza con tal propósito una fórmula que no parece sobradamente precisa⁽⁸⁷⁾. Carecería de sentido, en efecto, que la alegación se circunscribiese a *“los requisitos esenciales de la letra de cambio”*, pues por éstos hay que entender, en puridad de conceptos, los que de consuno resultan de lo establecido en los artículos 1 y 2. Ahora bien, no se comprende por qué no sería necesario proceder a una más completa descripción del título, a una descripción que abarcase otros elementos personales, otras declaraciones cambiarias, otras menciones cartulares: en suma, todo aquello que sirviera para individualizar el título, sobre el que después tienen que recaer las actuaciones y las consecuencias del procedimiento de amortización. Que ése, aun cuando imprecisamente manifestado, es el propósito de la norma lo revela la fórmula que en particular se refiere al supuesto de letra en blanco, porque entonces han de indicarse *“los que fueren suficientes para identificarla”*. Ahora bien, tampoco sería acertado entender que la descripción de la letra en blanco perdida se habría de circunscribir a los

(86) V., por ejemplo, las Sentencias de la Sección 7.^a de la Audiencia Provincial de Valencia de 4 de noviembre de 1993 (*Aranzadi Civil*, 1993/2343), de la Sección 2.^a de la de Murcia de 20 de junio de 1998 (*Aranzadi Civil*, 1998/6103) y de 10 de julio de 2001 (*Aranzadi Jur.*, 2001/268923), así como el Auto de la Sección única de la de Salamanca de 4 de marzo de 2000 (*Aranzadi Civil*, 2000/1365).

(87) Comparten la crítica VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, pp. 513-515; CORTÉS, “La amortización...”, p. 858; PÉREZ-SERRABONA, “La amortización...”, p. 191.

requisitos esenciales —de la letra de cambio— con tal de que fueren suficientes para identificarla, sino que igualmente se han de incluir cualesquiera datos idóneos para lograr el propósito dicho. En conclusión, de lo que se trata es de alegar de manera que las sucesivas actuaciones judiciales puedan practicarse por referencia a un documento suficientemente individualizado, bien entendido, *de contrario*, que un documento cambiario puede resultar suficientemente individualizado incluso sin la referencia a alguno de los requisitos necesarios para su calificación jurídica como tal documento cambiario. En estas ideas cabe abundar teniendo en cuenta que el mismo texto legal presupone alegaciones que de suyo exceden de las literalmente evocadas en el pasaje en examen: aparte los datos de la letra perdida que pueden servir a la fijación de las circunstancias de la adquisición (por ejemplo, los del último endoso), en el artículo 85/III se toma en consideración la posibilidad de que haya obligados diversos del librador, incluso localizables en sus domicilios.

El solicitante de la amortización de la letra de cambio perdida también ha de dar noticia de “*las circunstancias en que vino a ser tenedor y las que acompañaron a la desposesión*” (algunos autores estiman, a mi juicio erróneamente porque se aferran sin fundamento a una construcción gramatical ciertamente mejorable, que la locución transcrita se refiere, en el artículo 85/II de la LC, sólo al caso de la solicitud de amortización de una letra en blanco⁽⁸⁸⁾); esto es, el solicitante ha de dar noticia de las circunstancias de la adquisición y de la pérdida del título. En realidad, alegando tales hechos, el solicitante de la amortización hace que afloren otros tantos presupuestos jurídicos con alcance procesal. En primer lugar, siguiendo el orden trazado por el precepto, el solicitante hace valer, al cabo de todo, su legitimación procesal⁽⁸⁹⁾, noción que abarca en línea de principio las diversas situaciones posibles, detalladas como se hizo anteriormente. En segundo lugar, el solicitante especifica cuál es el caso concreto de pérdida de la letra verificado (ya examinados en páginas precedentes los diversos casos de pérdida); por mejor decir, puede afirmarse que señalará el extravío salvo que le conste la sustracción o la destrucción.

Asimismo se prevé en el artículo 85/II de la LC el recurso a la actividad probatoria a instancia del solicitante de la amortización de la letra de cambio perdida. Obviamente, pretender en el contexto de este escrito alcanzar un trasunto de todos los temas implicados en una actividad procesal como la

(88) V. GARCÍA LUENGO y SOTO VÁZQUEZ, *Nuevo régimen...*, p. 358; Alfonso VILLAGÓMEZ, “Procedimientos judiciales en los supuestos de extravío, sustracción o destrucción de letras de cambio, pagarés y cheques”, *La Ley*, 1986, t. 1, pp. 1043-1046, *ibi* 1044-1045; SANZ DE HOYOS, *Derecho cambiario...*, p. 153.

(89) Así también, VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, p. 515.

probatoria excedería con creces de los límites naturales de la exégesis ahora hacedera, no obstante lo cual conviene efectuar las observaciones más necesarias para el cabal entendimiento de la norma examinada, en particular de su alcance. Primero de todo se ha de señalar que los términos del precepto (“*Deberá acompañar los elementos de prueba de que disponga y proponer aquellos otros medios de prueba que puedan servir para fundamentar la denuncia*”) no deben ser interpretados en el sentido de tener por necesaria la presentación, con la solicitud, de documentos para fundar en ellos la pretensión ejercida o para acreditar o justificar por medio de ellos los hechos alegados⁽⁹⁰⁾: de un lado, porque, en puridad de conceptos, el único documento en el que con certeza podría establecerse tal fundamento es precisamente el documento cuya amortización se solicita, por definición perdido para el solicitante (habría que hacer la salvedad, mas sin llegar a desvirtuar el razonamiento esbozado, del supuesto, que de suyo no es de desposesión, del deterioro equiparable a la destrucción); de otro lado, porque, no habiendo norma expresa de orientación distinta, no rigiendo en el ámbito de la jurisdicción voluntaria norma alguna de alcance preclusivo (antes bien, al contrario —v. el ya reseñado artículo 1816 de la LEC/1881—), la posibilidad de aportar con el escrito instante del procedimiento medios de prueba no puede entenderse como exigencia preclusiva, máxime si se repara en el carácter de urgencia que en general reviste el procedimiento de amortización de la letra de cambio, cuando menos en una fase, la inmediatamente subsiguiente a la presentación de la solicitud, en la que el Juez debe, por regla, adoptar de inmediato una medida cautelar, por donde se pone de manifiesto que pugnaría con la finalidad del procedimiento supeditar su iniciación a que el interesado formara su arsenal probatorio. Quiere decirse, en suma, que la solicitud de amortización ha de ser admitida siempre que, estando referida a un documento amortizable y teniendo por base un caso de pérdida, en ella resulte suficientemente individualizado el documento al efecto de realizar las actuaciones previstas. Cuestión distinta es la eventual necesidad de una acreditación o justificación de los hechos alegados, pero su práctica no puede quedar supeditada a la aportación de los oportunos medios al presentar la solicitud, ni siquiera a su proposición en ese momento, lo que bien puede acaecer anteriormente al pronunciamiento judicial sobre la publicación de la solicitud o sobre el sobreseimiento del procedimiento, como se prevé en el último párrafo del artículo 85 de la LC; necesidad que incluso puede surgir precisamente a raíz de las demás alegaciones que al expediente pueden llegar. Sobre tales extremos he de volver.

(90) Así también, RAMOS MÉNDEZ, *La jurisdicción voluntaria...*, p. 191.

9. Sustanciación del procedimiento

He tenido ya ocasión de afirmar que la solicitud de amortización ha de ser admitida (por medio de auto —*ex artículo 206.2.2.ª de la LEC/2000*—) con tal de que tenga por objeto un documento amortizable y por base un caso de pérdida, bien entendido que el documento perdido y cuya amortización se pretende ha de resultar suficientemente individualizado al efecto de que puedan realizarse las subsiguientes actuaciones previstas, precisamente a cuyo análisis se dedican las páginas siguientes.

A) Interdicción del pago

Tras la admisión de la solicitud de amortización de la letra de cambio perdida, conforme a lo establecido en la primera proposición del párrafo tercero del artículo 85 de la LC, “*el Juez dará traslado de la misma al librado o aceptante, ordenándole que, si fuera presentada la letra al cobro, retenga el pago y ponga las circunstancias de la presentación en conocimiento del Juzgado*”. Se trata de una norma que tiende derechamente a proteger el interés del tenedor desposeído. Los principios que informan la disciplina cambiaria conducen a la regla según la cual el pago regularmente hecho al legitimado por la posesión del título con arreglo a su ley de circulación es un pago liberatorio: el artículo 46/III acoge dicho postulado haciendo supuesto del pago realizado —al vencimiento— por un obligado cambiario, bien entendido que la fórmula empleada (*el que pagare al vencimiento quedará liberado*) se ha de interpretar en el sentido de que un tal pago ha de producir todos los efectos inherentes al pago según las circunstancias concretas (así, por ejemplo, pagada en descubierto la letra por el librado no aceptante, éste devendría acreedor del librador). Aparte cualesquiera otras consideraciones hacederas en torno al pago y en particular a su regularidad, el caso es que al tenedor desposeído interesa que el título perdido no resulte pagado, porque entonces tendría que encauzar la defensa de su derecho únicamente por medio de la acción que le correspondiese frente al detentador (al afirmar lo cual presupongo, claro está, la corrección del pago que hubiese sido hecho), mientras que la orden de retención del pago, como estamos viendo, le asegura, cuando menos, que un pago efectuado en su contravención no pueda ampararse en la legitimación documental del poseedor del documento. Por eso se prevé al regular el procedimiento de amortización que de inmediato se decrete judicialmente la interdicción del pago del título cuya amortización se haya solicitado: como con acierto se ha indicado ⁽⁹¹⁾, ésta es la manera de suspender la eficacia legitimadora de la —posesión de la— letra de cambio.

(91) V. VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, p. 517.

Parece razonable pensar que la interdicción del pago se tiene que decretar aun en el supuesto de que la causa de pérdida del título alegada por el solicitante de su amortización haya sido la de destrucción, atendido que puede ser, contra la creencia de éste, que la letra no haya resultado destruida.

Nada impide, ciertamente, que el tenedor desposeído procure directamente, al margen de toda iniciativa amortizadora o sin perjuicio de la actuación judicial prevista o incluso anticipándose a ésta, evitar el pago de la letra de cambio perdida mediante una comunicación privada al librado, en su caso con el detalle de lo imprescindible para el conocimiento de la situación creada (sin perjuicio de lo que de inmediato se dirá en torno a su eficacia, una tal comunicación puede resultar particularmente conveniente en el supuesto de que el título perdido sea pagadero a la vista⁽⁹²⁾ ⁽⁹³⁾). Ahora bien, el problema que plantea un tal requerimiento extrajudicial, cualquiera que sea la forma elegida (aun dotada de fe pública), es el de su eficacia en orden a colocar al requerido en posición de poder —y deber— denegar el pago con el amparo de no incurrir en falta de pago y tener preparada su defensa ante una eventual acción cambiaria; esto es, de modo que disponga de los medios necesarios, o pueda obtenerlos con una razonable diligencia, para eventualmente destruir la presunción de titularidad que el sistema cambiario conecta a la posesión del documento con arreglo a su ley de circulación⁽⁹⁴⁾. En efecto, aun dando por bueno que el actual poseedor de la letra de cambio perdida no pudiera beneficiarse de la regla de la adquisición *a non domino*, no puede afirmarse que la simple notificación privada del hecho de la pérdida del título sea suficiente para hacer del pagador un pagador doloso o gravemente negligente⁽⁹⁵⁾. No veo de qué manera podría el tenedor desposeído

(92) V. VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, p. 495, que pone de manifiesto la inidoneidad del procedimiento de amortización tratándose de títulos pagaderos a la vista.

(93) V. la Sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 8 de junio de 1998 (*Aranzadi Civil*, 1998/1240): dictada en grado de apelación en juicio ejecutivo, en dicha resolución se dice que “*la falta de utilización de cualquiera de los medios de actuación que los arts. 84 y ss. LCCH arbitra para el caso de extravío, sustracción o destrucción de los pagarés impide conceder a la comunicación que la ejecutada hizo a su banco la eficacia anulatoria que se pretende*”; también la Sentencia de la Sección 19.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de junio de 1999 (*Aranzadi Civil*, 1999/1679): asimismo dictada en grado de apelación en juicio ejecutivo de pagaré, contiene declaraciones análogas a las de la anterior resolución citada.

(94) El planteamiento que subyace puede hallarse luminosamente expuesto, bien que en otro contexto, en Alberto DÍAZ MORENO, “El endoso extemporáneo de la letra de cambio”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 33, 1989, pp. 9-58, *ibi* 27-35.

(95) Sin embargo, para VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, p. 518, una denuncia privada de la desposesión impone al deudor “*un deber de mayor diligencia si no quiere verse imputar, siguiendo las normas generales, dolo o culpa grave en la realización del pago*”.

proporcionar al requerido de retención del pago la prueba que éste necesitaría en su caso para hacer frente a una acción cambiaria (así, en principio podría pensarse, por ejemplo, que la acreditación de haber presentado la solicitud de amortización sería idónea para —permítase la expresión— poner al librado en mala fe, aun antes de la interdicción judicial; ahora bien, debidamente analizado el supuesto, en seguida se echa de ver la insuficiencia del recurso al efecto del que se trata). Precisamente por todo ello, la interdicción del pago prevista es —sólo— la que judicialmente se decreta en el marco del procedimiento de amortización. A mayor abundamiento, en interpretación sistemática, puede traerse a colación que en un supuesto análogo, el de la pérdida del cheque, la LC, que asimismo regula la amortización de este otro título (v. los artículos 154 y 155), sin embargo ha reconocido expresamente eficacia a la interdicción privada del pago, atribuyendo esa facultad al librador, sólo a éste (v. el artículo 138/III), sin que haya trasunto de nada de ello en la regulación de los restantes títulos cambiarios⁽⁹⁶⁾.

Los efectos de la interdicción judicial del pago dirigida al librado adquieren verdadera significación, aun efectuada antes, al vencimiento de la letra de cambio (bien entendido que el vencimiento se produce en virtud de la simple presentación al pago si se trata de letra pagadera a la vista —v. el artículo 39/I de la LC—, sea por indicación expresa —v. los artículos 1.4.º y 38/I.3— o lo sea por omisión de tal indicación expresa —v. el artículo 2/I.a—), porque su pago anterior al vencimiento se entiende hecho por su cuenta y riesgo (v. el artículo 46/II). Ahora bien, puede ocurrir, por una parte, que la interdicción del pago sea realizada cuando ya el librado haya efectuado el pago a la presentación del título, de modo que, correctamente efectuado ese pago (liberatorio⁽⁹⁷⁾), el tenedor desposeído tendría que encauzar la defensa de su derecho por medio de la acción que le correspondiese frente al detentador. Por otra parte, aun habiéndosele ordenado retener el pago, el librado podría realizarlo (cualquiera que fuese el motivo para ello), eso sí, por su cuenta y riesgo, en el sentido, ya apuntado, de que carecería del amparo resultante de la legitimación documental

(96) V. la Sentencia de la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de marzo de 1997 (*Aranzadi Civil*, 1997/793): el caso enjuiciado presentaba no poca complejidad por mor de una cláusula puesta en un pagaré por la entidad de crédito domiciliataria, calificada por la Audiencia Provincial como *conformación* (a semejanza de la admitida para el cheque en el artículo 110 de la LC) o como *aval*, porque a su juicio los efectos han de ser los mismos; aparte tan discutible planteamiento, lo cierto es que el firmante del pagaré, ya entregado e incluso endosado, había ordenado a la domiciliataria su *bloqueo por extravío*; interpuesta por el tenedor una demanda en reclamación de los daños y perjuicios causados por la desatención del efecto cambiario, la domiciliataria resultó condenada, parece ser que con el fundamento de que la interdicción privada del pago no la había cursado el tenedor.

(97) V. BALDÓ y CALAVIA, *Letra de cambio...*, p. 302.

del poseedor del documento ⁽⁹⁸⁾. Lo cierto es que si el librado estuviera dispuesto a pagar la letra no obstante habersele ordenado judicialmente no hacerlo (por ejemplo, sabedor de que la solicitud de amortización carece de fundamento, como si un tenedor anterior recurriera a ella para pretender solventar por esa vía alguna controversia con la persona a la que había transmitido la letra —la figura de la revocación del cheque se hace presente, *mutatis mutandis*, como caso paradigmático de lo dicho—), lo más aconsejable sería que procediera a consignar de conformidad con lo que se dispone en el artículo 1176/II del CC y preceptos concordantes. Al amparo de lo establecido en el artículo 48 de la LC podría el librado consignar a falta de presentación al pago en el plazo legal, aun habiéndosele ordenado la retención del pago ⁽⁹⁹⁾. En cualquier caso de consignación, el librado debería dar traslado de la interdicción judicial al consignatario e informar de la consignación al Juez del procedimiento de amortización.

La comunicación judicial al librado no sólo tiene por objeto notificarle la admisión de la solicitud de amortización de la letra de cambio en la que aparece designado como tal y ordenarle no pagarla en el caso de que le fuera presentada al cobro (aparte la invitación, que más adelante examinaré, a interesarse en el procedimiento y así formular alegaciones), sino también intimarle para que, en esa eventualidad, ponga las circunstancias de la presentación en conocimiento del Juzgado. Se ha dicho que la finalidad de la norma al respecto es que el solicitante de la amortización pueda conocer el hecho de la posesión por otra persona del título perdido, de modo que pueda reivindicarlo ⁽¹⁰⁰⁾. Siendo esto cierto, no menos lo es que la reivindicación del título no constituiría una alternativa necesaria para el solicitante de la amortización, pudiendo proseguir el procedimiento iniciado, si bien con la particularidad de conocerse la identidad del portador actual de la letra de cambio.

¿Cabe entender que la interdicción judicial del pago comporta, implícitamente, una orden de no aceptación del título perdido en el caso de que sea presentado a ese fin? ⁽¹⁰¹⁾. Hay que dejar de lado, naturalmente, la consideración del supuesto como notablemente improbable, porque hay que hacer un serio esfuerzo de imaginación para representarse mentalmente la situación de un librado que, requerido judicialmente para no pagar una letra cuya amortización

(98) Así también, VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, p. 520; CORTÉS, “La amortización...”, p. 859; PÉREZ-SERRABONA, “La amortización...”, p. 193.

(99) Así también, VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, p. 521.

(100) V. VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, p. 521.

(101) Afirman que sí VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, pp. 520-521, señalando que la aceptación prestada, no obstante, es vinculante, y PÉREZ-SERRABONA, “La amortización...”, p. 192.

se ha solicitado por causa de pérdida, accede a prestar su aceptación habiéndose presentado a tal fin precisamente la letra presumiblemente perdida (adopto como premisa, claro está, que se trata de la misma letra). Ahora bien, dicho esto, tengo que añadir que no veo motivo para privar de validez a una tal aceptación (al cabo, declaración cambiaría con alcance meramente obligatorio), máxime tras haber convenido en que incluso puede el librado, en su caso, realizar un pago liberatorio aun estando ya requerido para no pagar. Por otra parte, el librado tendría que poner en conocimiento del Juzgado las circunstancias de la presentación, aunque ésta no lo haya sido al pago. Pero el problema no es ése. El problema es el de la eficacia de la hipotética interdicción judicial de la aceptación (como sabemos, la eficacia de la interdicción judicial del pago estriba en suspender la eficacia legitimadora de la —posesión de la— letra de cambio en cuanto a su pago), y, a lo que creo, no sería otra que la exclusión de la posibilidad de ejercer anticipadamente la acción de regreso por falta de aceptación —no por denegación parcial de la aceptación— (v. el artículo 50/II.a de la LC). Desde este punto de vista parece razonable admitir que la interdicción judicial del pago del título perdido lleva consigo la de su aceptación.

En el artículo 85/III de la LC se dice que el *traslado de la denuncia* se ha de hacer *al librado o aceptante*. Diríase que la especificación es irrelevante en este contexto (*la aceptación irá firmada por el librado* —artículo 29/I—); esto es, que dicha especificación carece de efectos normativos. Ahora bien, esta mención invita a plantear diversas cuestiones, todas ellas a partir de la idea de que la comunicación judicial se ha de dirigir a la persona a la que la letra se ha de presentar al pago, puesto que tal comunicación judicial tiende, primordialmente, a la interdicción del pago sin perjuicio de la producción de los restantes efectos referidos:

1) Si la letra perdida fuese una letra en blanco sin designación del librado, evidentemente no podría cumplirse la norma conforme a su literalidad en cuanto a la interdicción del pago. No obstante, como quiera que, según en seguida se verá, la comunicación judicial que se ha de hacer al librado igualmente se ha de hacer *al librador y demás obligados*, la expresada circunstancia no ha de presentar problema alguno en esta fase del procedimiento de amortización.

2) En el supuesto de pluralidad de librados, la comunicación judicial se debe dirigir a todos ellos, pues existe la posibilidad de que a cualquiera de ellos se presente al pago el título perdido (posibilidad no excluida por las reglas que gobiernan la presentación al pago en tales casos —v. los artículos 3 y 44 de la LC—).

3) En el supuesto, tan frecuente en la realidad del tráfico, de la letra de cambio perfectamente domiciliada (haya sido por la indicación del librador o lo

haya sido por la del librado en el momento de la aceptación —v., respectivamente, los artículos 5 y 32 de la LC—), ¿quién ha de ser el destinatario de la comunicación judicial de la que se trata? Cuando en la literatura jurídica se ha tomado en consideración esta hipótesis ha sido para señalar que sería conveniente que la comunicación judicial se hiciera directamente al domiciliatario además de al librado⁽¹⁰²⁾. Entiendo, sin embargo, que una correcta intelección de las normas aplicables conduce a la conclusión de que dicha comunicación judicial, sobre conveniente, debe ser hecha, además de al librado, al domiciliatario. En efecto, si se ha establecido una medida cautelar con las miras puestas en evitar que se realice el pago del título perdido, lógico es que la interdicción sea dirigida a aquel al que se ha de realizar la presentación al pago (se reduciría, acaso absolutamente, la eficacia de la medida cautelar si se confiase al librado, requerido judicialmente, el traslado de la interdicción al domiciliatario). Por otra parte, que la comunicación judicial al domiciliatario no excluya la que en línea de principio se ha de dirigir al librado se puede justificar teniendo en cuenta el interés de éste en personarse en el procedimiento y así formular alegaciones (admitido como premisa que la comunicación judicial se debe dirigir directamente al domiciliatario, cabría pensar que no sería necesario dirigirla también al librado, corriendo entonces a cargo del domiciliatario, requerido judicialmente, el deber de hacer el correspondiente traslado al librado, del mismo modo que las entidades de crédito domiciliatarias han de hacer respecto de la cédula de notificación del protesto por falta de pago —v. el artículo 52/IV—; solución descartable a lo que creo, por no proceder la equiparación de una comunicación judicial a una notarial).

4) Destinatario de la comunicación judicial ha de ser también, si lo hay, el indicatario; esto es, la persona designada en la letra por el librador, un endosante o un avalista, para que la acepte o la pague en caso de que sea necesario (v. el artículo 70/I de la LC y preceptos concordantes). Y así también, porque en su caso se le ha de presentar la letra al pago (v. el artículo 76/I), el aceptante por intervención; figura ésta, la del aceptante por intervención, de todos modos subsumible en la mención que el mismo artículo 85/III, segunda proposición, realiza de los *demás obligados* (no creo que la referencia al aceptante, en la primera proposición de dicho párrafo tercero del artículo 85, comprenda al aceptante por intervención).

Consideración aparte merece el caso de la letra de cambio perdida que, estando domiciliada en una cuenta corriente bancaria y habiéndose decretado judicialmente la interdicción de su pago, haya sido presentada a un sistema de compensación (presentación que equivale a la presentación al pago —v. el

(102) V. VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, pp. 519-520.

artículo 43/II de la LC—), en particular habiéndose producido el *truncamiento* del documento. Pues bien, denegado el pago por la entidad domiciliataria en virtud de la interdicción judicial, ésta debería poner en conocimiento del Juez del procedimiento de amortización las circunstancias de la presentación, lo cual se concretaría en la indicación de la entidad tenedora.

En el artículo 85/III de la LC, luego de disponerse que el Juez dé traslado de la denuncia al librado o aceptante, se añade lo siguiente: “*Igual traslado se dará al librador y demás obligados cuando fueren conocidos y se supiere su domicilio*”. La inicial referencia al librador permite colegir sin atisbo de duda que la inmediatamente efectuada a los demás obligados debe ser entendida como alusiva a los obligados cambiarios (distintos, claro está, del librador, distintos también del aceptante, éste anteriormente mencionado en el mismo párrafo tercero del artículo 85); esto es, si los hay, endosantes, avalistas (antes, al interpretar la primera parte del artículo 85/III, no he predicado del avalista del aceptante su equiparación al destinatario de la orden de pago contenida en la letra de cambio, porque a tal avalista no se ha de presentar la letra al pago) y aceptantes por intervención (de los que sí he predicado esa equiparación por la consideración expuesta). En suma, el *traslado* del que habla el artículo 85/III, segunda proposición, se ha de hacer a los —restantes— firmantes del título perdido.

Ahora bien, dicese en el precepto en estudio que tal comunicación judicial se hará a los sujetos invocados *cuando fueren conocidos y se supiere su domicilio*. Resulta cuando menos llamativa la fórmula empleada: diríase que es más que obvio que el *traslado* del que se habla, al librador y demás obligados, sólo puede hacerse si son conocidos —y se sabe su domicilio—, del mismo modo que al librado o aceptante no se podría hacer si fuere desconocido —o no se supiere su domicilio—, siendo así que el referido condicionamiento no lo establece el artículo 85/III de la LC respecto del destinatario de la orden de pago contenida en la letra de cambio. Pudiera parecer, de resultados de una primera lectura, que no se trata sino de un *lapsus calami* del legislador: conviniendo en esta apreciación, habría que prescindir de aquel inciso y aplicar sin más ni más las normas generales en materia de comunicaciones judiciales (las contenidas en el Capítulo V —“*De los actos de comunicación judicial*”— del Título V —“*De las actuaciones judiciales*”— del Libro I —“*De las disposiciones generales relativas a los juicios civiles*”— de la LEC/2000) y aun la regla segunda del artículo 2111 de la LEC/1881 en cuanto se refiere a personas que sean ignoradas (“*En los casos en que las diligencias puedan afectar a los intereses públicos o a personas que, presentes o ausentes, gocen de una especial protección de las leyes, o sean ignoradas, se citará al Ministerio Fiscal en las cabezas de partido y a los Fiscales municipales en los demás pueblos*”). Con todo, se impone intentar que la norma jurídica no quede mutilada y que pueda aplicarse en sus propios términos, porque lo cierto es que la Ley ordena al Juez realizar

una comunicación a determinados sujetos *cuando fueren conocidos y se supiere su domicilio*. Así las cosas, primero de todo entiendo, supuesto que el solicitante de la amortización tiene que describir la letra y relatar las circunstancias de su adquisición y de su pérdida (v. el artículo 85/II de la LC), que no ha lugar a que se produzcan los efectos propios de la comunicación judicial prevista en el artículo 85/III respecto de aquellos obligados cambiarios (distintos del aceptante) a los que no se haya realizado dicha comunicación por no haber sido designados como tales por el solicitante de la amortización ni haber resultado conocidos al Juez en virtud de los medios de prueba obrantes en el procedimiento. Pero también entiendo que, constando en autos la identidad de obligados cambiarios distintos del aceptante, no ha lugar a comunicación edictal (v. el artículo 164 de la LEC/2000) respecto de aquellos a los que no se haya podido realizar la prevista comunicación judicial por haber resultado infructuosas las necesarias averiguaciones sobre el domicilio (v. el artículo 156 de la LEC/2000), pareciéndome dudoso que sí sea procedente la comunicación edictal en el supuesto de inscripción en el Registro Central de Rebeldes Civiles (v. el artículo 157 de la LEC/2000). En fin, en su caso (v. el artículo 164 de la LEC/2000) habrá que recurrir a la comunicación edictal respecto del librado o aceptante, como asimismo respecto de los obligados cambiarios distintos del aceptante y cuyo domicilio resulte conocido, bien entendido que dejando a salvo la eventualidad de que el acto de comunicación judicial no haya podido producir efecto por causa de nulidad (v. el artículo 166 de la LEC/2000 —y, con alcance general, el artículo 238.3.º de la LOPJ, así como el artículo 225.3.º de la LEC/2000, que en virtud de la disposición final decimoséptima de ésta es inaplicable en tanto no se reforme aquélla—): por ejemplo, sería liberatorio en su caso (v. el artículo 46/III de la LC) el pago de la letra de cambio efectuado por el librado aun después de habersele ordenado edictalmente retener el pago si se hubiera recurrido improcedentemente a la vía de la comunicación edictal.

¿Cuál ha de ser el contenido de la comunicación judicial que tenga por destinatario algún obligado cambiario distinto del aceptante? Parece razonable pensar que ha de ser el mismo de la que tenga por destinatario al librado o aceptante. Recapitulando, y haciéndolo con arreglo a la catalogación de los actos de comunicación judicial recogida en el artículo 149 de la LEC/2000, tenemos que la comunicación judicial prevista en el artículo 85/III de la LC es, a la vez, una notificación (porque tiene por objeto dar noticia de la admisión de la solicitud de amortización), un emplazamiento (porque el destinatario puede interesarse en el procedimiento y formular alegaciones en el plazo de los diez días siguientes) y un requerimiento (porque el Juez formula una interdicción del pago y asimismo ordena que las circunstancias de la presentación del título perdido sean puestas en conocimiento del Juzgado —v. además, en cuanto a la facultad del requerido para responder en el acto, el artículo 152.3 de la LEC/2000—). Como he apuntado, no parece que haya razón suficiente para

estimar que la comunicación judicial destinada a los obligados cambiarios distintos del aceptante no deba comportar el mismo requerimiento que a éste se ha de dirigir (repárese, en particular, en el uso de la palabra *igual* al comienzo de la segunda proposición del artículo 85/III de la LC, esto aparte la genérica consideración de la posibilidad de los pagos efectuados por sujetos distintos del librado —v., en particular, el artículo 60 de la LC—). Insisto en ello a la vista de alguna declaración en la literatura jurídica que censura el hecho de que la norma en estudio no haya impuesto también la orden de retención a firmantes distintos del librado ⁽¹⁰³⁾.

B) Publicación de la solicitud de amortización

Como ya he puesto de manifiesto, a tenor de lo que se establece en el artículo 149.2 de la LEC/2000, el acto de comunicación judicial previsto en el artículo 85/III de la LC participa de la naturaleza de los emplazamientos, ya que en este último precepto se dispone, respecto de los destinatarios, que *“todos podrán formular ante el Juez dentro de los diez días siguientes las alegaciones que estimen oportunas”* (y asimismo debe recordarse que también me he pronunciado en el sentido de que para ello no es necesario valerse de procurador ni de abogado). Se abre en el procedimiento de amortización, así pues, una fase durante la cual pueden los interesados personarse y actuar (v., además, la regla primera del artículo 2111 de la LEC/1881); fase en cuyo transcurso, por su parte, el Juez debe llevar a cabo, con arreglo a lo que se dice en el artículo 85/IV de la LC, *“las averiguaciones que estime oportunas sobre la veracidad de los hechos y sobre el derecho del denunciante”*.

Para las actuaciones anteriormente referidas (las de los interesados y la judicial) se fija un plazo, que hay que entender que es común, de diez días ⁽¹⁰⁴⁾. Ahora bien, en el caso de que el acto de comunicación judicial se haya de realizar respecto de una pluralidad de destinatarios, la última de las comunicaciones practicadas será la determinante del *dies a quo* del plazo dentro del cual deberá el Juez culminar las antedichas averiguaciones, sin perjuicio de que cada

(103) V., así, VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, p. 519. En sentido coincidente con lo expuesto, BALDÓ y CALAVIA, *Letra de cambio...*, p. 302; GARCÍA LUENGO y SOTO VÁZQUEZ, *Nuevo régimen...*, p. 360; GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria...*, p. 1135; NAVARRO, *La Ley Cambiaria...*, p. 208; PÉREZ-SERRABONA, “La amortización...”, p. 192.

(104) Erróneamente a mi parecer, afirma VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, p. 522, que el término inicial del plazo de diez días es la admisión a trámite de la solicitud de amortización.

uno de tales destinatarios goce del plazo correspondiente en función de la comunicación a él hecha⁽¹⁰⁵⁾.

Con las miras puestas en fijar el alcance de la norma del artículo 85/III de la LC que prevé que los interesados formulen “*las alegaciones que estimen oportunas*” puede resultar ilustrativa la regla cuarta del artículo 2111 de la LEC/1881: “*La intervención de las terceras personas a quienes se cite, la del Ministerio Fiscal y de los Fiscales municipales, en su caso, se limitará a adquirir el conocimiento de quiénes sean las personas que intervienen en las diligencias y a su capacidad legal respecto al carácter con que lo hacen. A este efecto se les entregarán las diligencias, ultimadas que sean, antes de que recaiga providencia judicial dándolas por terminadas, para que expongan lo que vieren convenirles. Cualquiera otra reclamación que hicieren fuera de los casos relativos a la identidad y a la capacidad legal de las personas concurrentes, sólo dará lugar a que se les reserve su derecho para que puedan ejercitarlo donde y como lo estimen conveniente*”. Dedúcese, por demás atendida la finalidad perseguida por medio del procedimiento de amortización de la letra de cambio perdida (la reconstitución de la legitimación cartular —precisamente suspendida en virtud de la interdicción del pago judicialmente decretada—), que las alegaciones de los interesados que el Juez debe tomar en consideración al efecto de su propia actuación son las que sean congruentes con las del solicitante de la amortización (se puede siquiera mencionar, además, la eventualidad de una denuncia concerniente a la competencia judicial a través de la declinatoria). Diríase que tales alegaciones de los llamados al procedimiento han de versar sobre la descripción del título perdido cuya amortización se ha solicitado y sobre el relato de su adquisición y de su pérdida por el solicitante de su amortización. Así, en primer lugar habría de resultar particularmente relevante una alegación que tuviera por objeto, en los términos empleados en el artículo 67/II.1.^a de la LC, *la inexistencia de la propia declaración cambiaria* (por ejemplo, el solicitante de la amortización afirma que la letra perdida estaba aceptada por una determinada persona y ésta lo niega), *incluida la falsedad de la firma* (por ejemplo, el solicitante de la amortización afirma que la letra perdida estaba aceptada por una determinada persona y aporta una fotocopia de una letra en la que aparece como aceptante esa persona, la cual niega que sea suya la firma que como suya figura en la aceptación), debiéndose tener por irrelevante toda alegación que tuviera por objeto la *falta de validez de la propia declaración cambiaria* (por ejemplo, el solicitante de la amortización afirma que la letra perdida estaba aceptada en virtud de la firma puesta por una persona

(105) Así también, BALDÓ y CALAVIA, *Letra de cambio...*, p. 300; GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria...*, p. 1135. En contra, estimando que el plazo es común a todos los notificados, VILLAGÓMEZ, “Procedimientos...”, p. 1045.

en nombre del librado y éste niega que esa persona se hallase autorizada para ello con poder suyo —v. el artículo 9/I—). En segundo lugar cabe tomar en consideración aquellas alegaciones que tengan por objeto la contradicción de las afirmaciones del solicitante de la amortización concernientes al texto de la letra perdida y cuya amortización se ha solicitado (por ejemplo, afirmando el interesado ser otro el vencimiento, el importe, etc.), incluso alcanzando a declaraciones cambiarias ajenas (por ejemplo, avalista que afirma ser parcial la aceptación avalada —v. los artículos 30/I y 37/I—). En tercer lugar, acerca de las circunstancias de la adquisición y de la pérdida del título por el solicitante de su amortización, puede imaginarse algún que otro supuesto de contradicción (por ejemplo, habiéndose solicitado la amortización por causa de destrucción de una letra en la que el solicitante constaba como tomador, el interesado afirma que la destrucción se produjo antes de que se hubiera perfeccionado el contrato de entrega⁽¹⁰⁶⁾). En fin, no parece que deban tener cabida cualesquiera alegaciones atinentes al plano de las relaciones extracambiarias (v. los artículos 20 y 67/I) ni las atinentes al plano de las relaciones cambiarias pero no relativas a la cuestión de la reconstitución de la legitimación cartular (por ejemplo, el interesado, sin contradecir nada más, afirma que la acción cambiaria en su caso ejercible frente a él había resultado perdida para el tenedor por causa de perjuicio —v. el artículo 63—).

El artículo 85/II de la LC contempla, según quedó más arriba reseñado, el recurso a la actividad probatoria a instancia del solicitante de la amortización de la letra de cambio perdida. Su utilidad puede inferirse fácilmente a partir de las consideraciones precedentemente realizadas en torno al reconocimiento legal de la posibilidad de que los interesados formulen las alegaciones que estimen oportunas. Así, si la letra de cambio se hubiera perdido tras el levantamiento de un protesto de modo que el acta contuviera una copia o una reproducción (v. el artículo 52/I), la aportación del correspondiente documento notarial proporcionaría cierto material probatorio. Así también, si del contrato de entrega del título hubiera constancia documental (por ejemplo, habiéndose incorporado al documento contractual de la relación causal la estipulación de quedar ésta instrumentada cambiariamente), la aportación del documento correspondiente, cualquiera que fuera su naturaleza y con independencia de su valoración por el Juez con arreglo a las normas generales aplicables en la materia, podría servir al fin del que se trata. En fin, aparte la cuestión de la diversidad de medios de prueba admisibles, que de suyo no es cuestión específica del procedimiento en estudio, lo que interesa destacar es, como dije, que el recurso a la actividad probatoria está suficientemente justificado en atención a la posibilidad de que

(106) V. el Auto de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de mayo de 1997 (*Aranzadi Civil*, 1997/1158), ya reseñado al tratar de la destrucción de la letra de cambio como caso de pérdida habilitante para instar la amortización.

se produzca una situación de falta de certeza sobre las alegaciones que han de operar como base al efecto de las actuaciones judiciales previstas, máxime teniendo en cuenta que la regulación en examen contempla el supuesto de una solicitud de amortización manifiestamente infundada (v. el artículo 85/IV).

El artículo 85/II de la LC trata de la actividad probatoria a instancia del solicitante de la amortización de la letra de cambio perdida. Ahora bien, ¿pueden los llamados al procedimiento proponer tal actividad? (tengamos a la vista un ejemplo antes de continuar la exposición: se resuelve la relación causal y el tenedor devuelve el título que para instrumentarla se le había entregado —quedando constancia documental de ello a disposición del emplazado como obligado cambiario—, no obstante lo cual aquel antiguo tenedor, por el motivo que fuere, solicita la amortización del título y la reconstitución de la legitimación cartular). A esta cuestión se ha dado en la literatura jurídica una respuesta favorable a la admisibilidad de la práctica de prueba por iniciativa de los emplazados, sin embargo fundada solamente en la idea de que no tiene que haber inconveniente para ello en atención a que el Juez, conforme a lo que resulta del artículo 85/IV de la LC, puede hacer las averiguaciones que estime oportunas sobre la veracidad de los hechos y sobre el derecho del solicitante⁽¹⁰⁷⁾. Considero, no obstante, que dicha argumentación es a todas luces insuficiente, porque de lo que se trata no es de que el Juez haga suyas las pruebas propuestas por aquellos interesados, sino de ver si éstos, en virtud del emplazamiento judicial, se hallan asistidos de la facultad de formalizar la proposición cuestionada. Adoptando ahora como premisa cuál es la eficacia de la sentencia de amortización en el caso de que el procedimiento culmine con este pronunciamiento, la conclusión no puede ser sino que los interesados han de gozar de dicha facultad. Se ha de tener presente que la sentencia de amortización produce como efecto básico el de la reconstitución de la legitimación documental del solicitante, lo cual se concreta en el reconocimiento, que lo es judicial, de una situación jurídica en cuyo núcleo se halla la presunción por la apariencia de titularidad de una posición jurídica, siendo así que esta posición jurídica es una posición acreedora, de modo que la presunción, que necesariamente alcanza a la posición deudora (en su caso, a las varias posiciones deudoras), sitúa a la persona tenida por firmante del título amortizado en una situación especial: la situación de todo obligado cambiario; esto es, deudor sujeto a un régimen especial cual es el régimen de las obligaciones cambiarias. Carecería de sentido y de fundamento que pudiera producirse el resultado expuesto sin haber permitido a quien ha contradicho las alegaciones del solicitante de la amortización instar una actividad probatoria conducente a obtener la certeza de la alegación propia. Es cierto

(107) V., en esa línea de razonamiento, GARCÍA LUENGO y SOTO VÁZQUEZ, *Nuevo régimen...*, p. 361; GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria...*, pp. 1134-1135.

que, en la LEC/1881, las *disposiciones generales de los actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio*, como las *disposiciones generales de la jurisdicción voluntaria*, no prevén actividad probatoria a instancia de los terceros interesados, y que incluso su artículo 2111.4.^a, como el 1813, restringe el alcance de su intervención a una suerte de trámite de audiencia; pero no menos cierto es que la regulación contenida en los artículos 84 a 87 de la LC, interpretada como se viene haciendo en este escrito, invita a postular una regla distinta en atención (insisto en ello) a la eficacia de la sentencia de amortización.

Respecto de esta cuestión de la fijación de los hechos alegados por el solicitante de la amortización es menester no dejar de lado la advertencia de que la ausencia de contradicción no equivale, lisa y llanamente, a la necesaria acreditación suficiente. La misma LC apunta claramente en esa dirección en varios pasajes del artículo 85: el tenedor desposeído viene invitado a “*acompañar los elementos de prueba de que disponga y proponer aquellos otros medios de prueba que puedan servir para fundamentar la denuncia*”; a los interesados se ha de emplazar y “*todos podrán formular ante el Juez dentro de los diez días siguientes las alegaciones que estimen oportunas*”; el Juez queda facultado para llevar a cabo “*las averiguaciones que estime oportunas sobre la veracidad de los hechos y sobre el derecho del denunciante*”; en fin, “*si de las averiguaciones practicadas o de las alegaciones de los interesados resultase manifiestamente infundada la denuncia, podrá el Juez sobreseer el procedimiento*”. Pues bien, tomando en consideración todo esto, hay que añadir que, en particular, la falta de personación de alguno de los interesados no ha de comportar admisión de los hechos de la solicitud de amortización (v., por analogía, el artículo 496.2 de la LEC/2000).

No parece necesario insistir en que el Juez (al que, por cierto, la nueva regulación de la jurisdicción contenciosa ha desprovisto de su tradicional iniciativa en materia probatoria para el momento anterior a la sentencia—v. el artículo 435 de la LEC/2000, sobre la procedencia de las diligencias finales, frente al 340 de la LEC/1881, acerca de las diligencias para mejor proveer—) resulta investido en el artículo 85 de la LC, por demás en consonancia con lo que es propio de la jurisdicción voluntaria con carácter general, de las más amplias facultades para indagar de modo que pueda formarse la convicción precisa al efecto de la siguiente actuación prevista⁽¹⁰⁸⁾; esto es, la publicación de la solicitud de amortización, que no sería procedente “*si de las averiguaciones practicadas o de las alegaciones de los interesados resultase manifiesta-*

(108) V. la Sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Murcia de 10 de julio de 2001 (*Aranzadi Jur.*, 2001/268923): en la tramitación del procedimiento de amortización se había acordado como diligencia para mejor proveer la declaración de un testigo, estimándose ello procedente en la resolución del recurso de apelación.

mente infundada la denuncia”, supuesto en el cual procedería revocar la interdicción del pago y poner fin al procedimiento⁽¹⁰⁹⁾. Repárese en que el precepto en examen contempla una solicitud de amortización *manifiestamente infundada*. Hay que entender que se ha de tratar de una petición que carezca de todo fundamento⁽¹¹⁰⁾. El texto legal utiliza otra vez incorrectamente el lenguaje jurídico, ahora al hacer referencia a la terminación del procedimiento valiéndose de la voz *sobreseimiento*. Lo que en puridad se produce en tal caso es la desestimación de la solicitud de amortización, que habrá de acordarse por medio de auto (ex artículo 206.2.2.ª de la LEC/2000), recurrible en apelación⁽¹¹¹⁾. Precisamente porque se pone fin al procedimiento antes de que concluya su tramitación ordinaria, el artículo 85/IV de la LC ha previsto que se deje sin efecto lo ordenado al librado o aceptante. Ahora bien, si se ha convenido en que la interdicción del pago ha de tener eventualmente otros destinatarios, así también se podrá convenir en que su revocación ha de alcanzar a todos ellos. Y, como se puso de manifiesto precedentemente, la previsión contenida en el segundo párrafo del artículo 84 de la LC deviene inoperante en virtud de la terminación del procedimiento de amortización porque el Juez, como se dice en el último párrafo del artículo 85 de la LC, lo haya *sobreseído*.

Si la solicitud de amortización no resulta ser manifiestamente infundada, el procedimiento debe seguir con la publicación de aquélla en el Boletín Oficial del Estado (que es lo que con toda claridad —¿es menester destacarlo?— se establece en el último párrafo del artículo 85 de la LC⁽¹¹²⁾). De lo que se trata es

(109) V., por ejemplo, el Auto de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de mayo de 1997 (*Aranzadi Civil*, 1997/1158), ya reseñado al tratar de la destrucción de la letra de cambio como caso de pérdida habilitante para instar la amortización; la Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Murcia de 20 de junio de 1998 (*Aranzadi Civil*, 1998/6103), sobre falta de legitimación de la entidad de crédito solicitante de la amortización; el Auto de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de febrero de 2000 (*Base de Datos El Derecho*, 2000/7822), de solicitud de amortización de un pagaré que se considera infundada habiendo oído a los citados como su firmante y su domiciliario.

(110) V. CORTÉS, “La amortización...”, p. 861; GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria...*, p. 1136.

(111) CORTÉS, “La amortización...”, p. 861, destaca la escasa utilidad del recurso por razón del riesgo de adquisición *a non domino* del título perdido; v. también PÉREZ-SERRABONA, “La amortización...”, p. 194.

(112) V. la Sentencia de la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 4 de noviembre de 1993 (*Aranzadi Civil*, 1993/2343): la solicitud de amortización no se había publicado en el Boletín Oficial del Estado, sino en el Boletín Oficial de la Provincia de Valencia, no obstante lo cual se estimó que ello no constituía causa de nulidad de las actuaciones porque, por una parte, la entidad recurrente, aceptante de las letras amortizadas, no puso de manifiesto la irregularidad, y, por otra parte, porque tal irregularidad no produjo indefensión a dicha entidad ni a cualquier otro interesado.

de emplazar a la persona que en su caso tenga el título perdido, abriéndose un plazo de un mes cuyo término inicial lo determina la fecha de la publicación y en cuyo transcurso podrá formularse oposición a la amortización solicitada. Diríase que no manda la norma tanto la pura y simple publicación de la solicitud presentada para instar el procedimiento como que en ese diario oficial se anuncie el hecho de su tramitación y se emplace al eventual portador actual del título perdido, de manera que no parece razonable transcribir íntegramente el escrito de la solicitud, bastando con la indicación, eso sí, de cuantos datos sean necesarios para individualizar el título, de la designación del solicitante de la amortización, así como del plazo legalmente fijado para la personación⁽¹¹³⁾. El hecho de que durante la sustanciación del procedimiento se haya puesto de manifiesto que un tercero tiene el título (por ejemplo, el solicitante nombró a quien lo había sustraído) no excluye la necesidad de la publicación de la solicitud de amortización, máxime si se tiene en cuenta la posibilidad de que el título haya vuelto a circular⁽¹¹⁴⁾. Hay que hacer notar que los efectos de la publicación de la solicitud de amortización no exceden de los enunciados; esto es, anuncio de hallarse tramitando el procedimiento y emplazamiento al eventual portador actual del título perdido. En particular, la publicación no puede comportar la preclusión de la posibilidad de adquirir válidamente el título perdido⁽¹¹⁵⁾.

III. LA OPOSICIÓN A LA SOLICITUD DE AMORTIZACIÓN

Una de las *disposiciones generales de la jurisdicción voluntaria* (Título I de la Primera Parte del Libro III de la LEC/1881) de mayor relevancia, cuando menos por razón de sus implicaciones procesales y, al cabo, sobre la configuración *de lege data* del sistema jurisdiccional patrio, es la que prevé que a la solicitud promovida le sea hecha oposición por persona que tenga interés en el asunto, con la consecuencia de conversión del procedimiento en proceso con-

(113) V., al respecto de todo ello, VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, pp. 523-524; BALDÓ y CALAVIA, *Letra de cambio...*, pp. 300 y 306; GARCÍA LUENGO y SOTO VÁZQUEZ, *Nuevo régimen...*, p. 361; VILLAGÓMEZ, “Procedimientos...”, p. 1045; GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria...*, p. 1137; PÉREZ-SERRABONA, “La amortización...”, p. 194.

(114) V., en esta línea, GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria...*, p. 1137, frente a VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Ley Cambiaria...*, p. 438, que propone una tal citación personal y suspensiva del trámite de la publicación en el diario oficial.

(115) Como dice CORTÉS, “La amortización...”, p. 861, no se constituye una presunción *iuris et de iure* de conocimiento por parte de los terceros de la irregularidad del título perdido; v., también, VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, p. 525; GARCÍA LUENGO y SOTO VÁZQUEZ, *Nuevo régimen...*, p. 363. En contra, NAVARRO, *La Ley Cambiaria...*, p. 208.

tencioso. Esto es lo que básicamente se dispone en el artículo 1817 de la LEC/1881, precisamente en los términos siguientes: “*se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieren, al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fuere objeto de él*”⁽¹¹⁶⁾. Pues bien, con esa regla guarda concordancia, siquiera sea en lo sustancial, el artículo 86 de la LC, que ahora reclama nuestra atención. En efecto, asimismo prevé dicho artículo que a la solicitud de amortización de la letra de cambio perdida le resulte formulada oposición por el portador actual del título. Éste es su núcleo. Al análisis del presupuesto, así como a la exégesis del régimen establecido, dedico las páginas que siguen en este estudio de la disciplina de la amortización de la letra de cambio.

Ya hice ver que la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la solicitud de amortización de la letra de cambio perdida comporta un emplazamiento al eventual portador actual del título. Se le emplaza (v. el artículo 149.2 de la LEC/2000), al cabo edictalmente o por proclama, para personarse y formular oposición a la solicitud de amortización en el plazo de un mes. La fecha determinante del *dies a quo* de este plazo de un mes, plazo procesal, es la fecha de aquella publicación (v. los artículos 85/IV y 87/I de la LC⁽¹¹⁷⁾). En línea de principio se ha de considerar (v. el artículo 136 de la LEC/2000) que es un plazo preclusivo⁽¹¹⁸⁾, si bien cabría imaginar algún que otro supuesto de prórroga quizás admisible conforme a lo establecido en el artículo 134 de la LEC/2000 (por ejemplo, el tercero que se persona fuera de plazo no había podido aportar tempestivamente la letra por causa de hallarse para él indisponible al haberla entregado para su protesto —v. el artículo 53/I/IV de la LC—). Pues bien, importa destacar en este momento que la comparecencia del tercero que determina que el procedimiento de amortización devenga proceso contencioso es la que tiene por objeto plantear, en sentido estricto, oposición a la solicitud en trámite. No obstante su probabilidad más que insignificante, cabría tomar en consideración, ciertamente, la hipótesis de presentación del título sin propósito de oponerse a la solicitud de amortización, como, por ejemplo, en el caso de la

(116) V., acerca de tal transmutación procesal, Bienvenido GONZÁLEZ POVEDA, “Relaciones entre jurisdicción voluntaria y jurisdicción contenciosa a través del régimen jurídico de la contradicción u oposición en los procedimientos de jurisdicción voluntaria”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996, núm. 16, pp. 15-56.

(117) V. también VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, pp. 535-536, con interesantes referencias de Derechos extranjeros en los que el plazo correspondiente se computa de diversa manera en función del vencimiento del título.

(118) V., contrariamente, VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, pp. 536-537.

persona que lo hubiese hallado o en un caso análogo ⁽¹¹⁹⁾. Pero insisto: a la transmutación procesal implícitamente establecida en el artículo 86 de la LC ha lugar cuando se verifique una oposición formal, entendida, según luego se desarrollará, como petición de desestimación de la solicitud de amortización.

1. Disposiciones aplicables

El artículo 1817 de la LEC/1881, que conserva su redacción original, disponía que el expediente devenido contencioso se habría de sujetar a los trámites del juicio correspondiente según la cuantía (de conformidad con lo establecido en el párrafo cuarto del ordinal primero del apartado primero de la disposición derogatoria única de la LEC/2000, la referencia al juicio que corresponda por razón de la cuantía debe entenderse hecha al juicio verbal). Para el caso de que el procedimiento de amortización de la letra de cambio perdida deviniera proceso contencioso, el artículo 86 de la LC dispuso, apartándose del criterio seguido en el artículo 1817 de la LEC/1881, que el Juez resolviera “*mediante el procedimiento previsto para los incidentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil*” ⁽¹²⁰⁾; esto es, en los artículos 741 a 761 de la LEC/1881. Pues bien, a la hora presente, esa remisión del artículo 86 de la LC ha de entenderse referida a las reglas contenidas en el Capítulo VII (“*De las cuestiones incidentales*”) del Título I (“*De las disposiciones comunes a los procesos declarativos*”) del Libro II (“*De los procesos declarativos*”) de la LEC/2000, básicamente en los artículos 392 y 393 (téngase presente que el artículo 388 de la LEC/2000 establece que “*las cuestiones incidentales que no tengan señalada en esta Ley otra tramitación se ventilarán en la forma establecida en este capítulo*”).

2. Competencia judicial

La transmutación procesal a que da lugar la oposición a la solicitud de amortización no ha de afectar a la competencia judicial (v. el artículo 61 de la LEC/2000) determinada con arreglo a los criterios oportunamente estudiados en el análisis del artículo 85 de la LC. Ahora bien, cuestión distinta, y algo delicada por cierto, es la relativa a si el tercero podría comparecer y proponer la declinatoria. En línea de principio habría que responder afirmativamente (v. el artículo 63.1 de la LEC/2000), bien entendido que teniendo sobre sí la carga de la prueba de la falta de competencia para conocer de la solicitud de amortiza-

(119) VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Ley Cambiaria...*, p. 442, que se refiere a ello, sin embargo dice, conforme a su planteamiento de reconstrucción del procedimiento de amortización, que sería un caso de *allanamiento a la demanda incidental*.

(120) Invocación normativa criticada por CORTÉS, “La amortización...”, pp. 866-867.

ción en virtud de la cual se inició el procedimiento (en otras palabras, no habría fundamento para la declinatoria, por ejemplo, si en la letra de cambio aportada por el tercero figurase un lugar de pago que no pudo adoptarse como punto de conexión para determinar la competencia territorial —v. el artículo 85/I de la LC— porque la letra perdida era una letra en blanco inidónea como tal para determinar el que habría de ser lugar de pago).

3. Postulación procesal

Habiéndose convertido el procedimiento de amortización en proceso contencioso, las normas aplicables en materia de postulación procesal no pueden ser las propias de la jurisdicción voluntaria. En consecuencia, el tercero que se persona para oponerse a la solicitud de amortización lo ha de hacer asistido de procurador y de abogado (v. los artículos 23 y 31 de la LEC/2000 y preceptos concordantes). Y, por cuanto que la oposición del tercero “*transforma el procedimiento de jurisdicción voluntaria en otro diverso en el que ya sí hay promovida cuestión o controversia entre partes conocidas y determinadas*”⁽¹²¹⁾, habrá que concluir que el solicitante de la amortización tendrá que venir igualmente asistido en ulteriores actuaciones suyas. Lo dicho vale, *mutatis mutandis*, para otros personados en el procedimiento respecto, en su caso, de sus ulteriores actuaciones (por ejemplo, el librado —ya personado conforme al artículo 85/III de la LC— que alegue a raíz del traslado de la oposición a la solicitud de amortización), así como para los no personados aún y que se personen en la sustanciación de la oposición (por ejemplo, el librado —no personado— que alegue a raíz del traslado de la oposición a la solicitud de amortización).

4. Significación de la oposición en cuanto pretensión

El artículo 86 de la LC reconoce legitimación para oponerse a la solicitud de amortización al *tercero* que se presente aportando la letra (previamente, en el artículo 85/IV —en el cual, como se dijo en su momento, se fija la finalidad de la publicación de la solicitud de amortización— se ha usado el vocablo *tenedor del título* para hacer referencia al que aquí vengo denominando *portador actual del título*): podemos convenir en que la posesión del título permite presumir el “*interés en el asunto*” del que habla el artículo 1817 de la LEC/1881. Se da por supuesto que la letra (extraviada, sustraída o —tenida por— destruida) ha llegado, merced a su natural aptitud circulatoria, a manos de una persona que, en virtud de la proclama ínsita en la publicación de la solicitud, ha tenido noticia de hallarse en sustanciación un procedimiento de amortización que la tiene por

(121) Me he valido de palabras de CORTÉS, “La amortización...”, p. 866.

objeto, y que, al oponerse, pretende hacer valer su derecho sobre el título y el crédito incorporado. Ahora bien, primero de todo hay que hacer notar que la publicación de la solicitud en el Boletín Oficial del Estado no es el medio más idóneo para que el tercero adquiera conocimiento de estar ventilándose judicialmente una vicisitud atinente al título que posee. Diríase, si se admite la expresión, que no es acostumbrado consultar aquel diario oficial a estos efectos. Sí es verosímil, por el contrario, que el tercero tenga la noticia de la que se trata a raíz de alguna actuación llevada a cabo precisamente en su condición de portador del título, como, por ejemplo, su presentación al librado (requerido éste judicialmente conforme al artículo 85/III de la LC) para la aceptación o para el pago o el levantamiento de un protesto (habiéndose puesto aquel requerimiento judicial de manifiesto en la tramitación notarial conforme a los artículos 52/II y 53/I). Sea lo que fuere, lo cierto es que hay que partir de la premisa de que el tercero se persona: comparece para formalizar su oposición a la solicitud de amortización.

En efecto, como ha quedado apuntado, la conversión del procedimiento de amortización en proceso contencioso se supedita a que el portador actual del título se persone —no a cualquier fin— para oponerse a la solicitud en curso. Y para ello ha de aportar la letra ⁽¹²²⁾. Tiene que aportarse la letra precisamente porque se trata ⁽¹²³⁾ de que la pretensión del solicitante de la amortización resulte contradicha. Por aportación del título se ha de entender su entrega al Juez, no su mera exhibición con propósito de fundar en ella la legitimación procesal para formular la oposición: si el procedimiento de amortización tiene por objeto la reconstitución de la legitimación cartular, perdida para el solicitante de la amortización por mor de la pérdida del título y suspendida en virtud de la interdicción judicial del pago, carecería de sentido, de todo sentido, que la letra a disposición del Juez pudiera volver, cuando menos en potencia, a la circulación.

Si abordamos ya la que sin duda representa la principal de las cuestiones a cuyo planteamiento invita la exégesis del artículo 86 de la LC, que no es sino la del alcance de la oposición a la solicitud de amortización de la letra perdida, lo primero que al respecto hay que decir, en cierto modo expresando una idea hasta ahora sólo esbozada, es que su presentación produce como resultado la terminación del procedimiento de amortización que se hallaba en curso como

(122) V., contrariamente, VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, pp. 543-545, que critica los términos de la proposición legal de este requisito, entendiéndolo que en ciertos casos no debería exigirse, como, por ejemplo, si el adquirente del título perdido hubiese resultado a su vez de poseído, teniendo en tal caso que “*justificar la titularidad*”.

(123) Así lo explica CORTÉS, “La amortización...”, pp. 865-866.

tal procedimiento de jurisdicción voluntaria⁽¹²⁴⁾, porque, como se desprende con nitidez del artículo 1817 de la LEC/1881, el expediente deviene contencioso, y esta misma consecuencia es predicable en virtud de lo que establece la LC en los preceptos en examen, aunque en ellos no se contenga una declaración como la reseñada de la Ley procesal a la sazón vigente en la parte de que se trata. En efecto, tras la publicación de la solicitud de amortización, a falta de oposición tempestiva, el procedimiento de amortización, procedimiento de jurisdicción voluntaria, ha de terminar con el pronunciamiento judicial objeto de la pretensión; esto es, la amortización del título (v. el artículo 87/I de la LC). Ahora bien, si se formaliza oposición, la resolución judicial se ha de adoptar tras haberse sustanciado conforme al procedimiento establecido por la disciplina de las cuestiones incidentales, según dispone el artículo 86 que estoy analizando, de modo que lo que ha de seguir a la personación y oposición del tercero no puede conceptuarse a partir de los caracteres propios de la jurisdicción voluntaria: básicamente —ya se ha hecho ver— porque el tercero que se persona y se opone adquiere la condición jurídica de parte procesal que eleva al Juez que conozca del asunto una verdadera pretensión, no limitándose a interesarse en el expediente para formular alegaciones (como, por el contrario, los llamados en virtud de la actuación judicial prevista en el artículo 85/III).

¿Cuál es la pretensión que constituye el objeto de la oposición a la solicitud de amortización? Evidentemente, su desestimación, porque, desestimada la solicitud de amortización, no resulta alterada la situación de la letra de cambio en cuanto a la titularidad del crédito incorporado ni en cuanto a la legitimación cartular, bien entendido que esta legitimación cartular dejará de estar en la situación de suspensión en que se hallaba al haberse decretado judicialmente, con arreglo al artículo 85/III de la LC, la interdicción del pago. Ahora bien, dicho esto, ¿cuál ha de ser el fundamento de la oposición del tercero? Me parece que se puede responder a ello diciendo que la oposición del tercero ha de fundarse en una titularidad jurídica en virtud de la cual se tenga el derecho a poseer el título y, en su caso, a beneficiarse de la legitimación cartular con arreglo a los principios y normas conformadores de la disciplina cambiaria. Me parece que se puede responder de esta manera porque de esta manera se abarca, mediante una proposición general, la amplia *constelación* de supuestos que en hipótesis se podrían enumerar, haciendo además menos compleja esta exposición. Así, por ejemplo, frente a la solicitud de amortización presentada por el tomador de la letra de cambio, la oposición formulada por el endosatario que lo sea en virtud de un endoso en garantía realizado por el adquirente *a non domino* del título; frente a la solicitud de amortización, la oposición del cesionario del

(124) O, según lo explica GONZÁLEZ POVEDA, “Relaciones...”, pp. 40 y 42, la oposición, sin sobreseimiento del expediente en curso, lo convierte directamente en contencioso.

endosatario del adquirente *a non domino*; frente a la solicitud de amortización fundada en extravío o en sustracción, la oposición fundada en un contrato de entrega que hubiere tenido como partes al solicitante de la amortización y al tercero que se opone; etc. ⁽¹²⁵⁾ Insisto en la idea, aparte cualesquiera menciones casuísticas, de la incompatibilidad entre la posición jurídica a la que corresponda la legitimación que se pretenda reconstituir por medio del procedimiento de amortización y la posición jurídica a la que corresponda la legitimación derivada de la posesión del título aportado a la personación y oposición.

En el artículo 86 de la LC se establece que, tramitada la oposición del tercero, “*el Juez resolverá*”. ¿Qué ha de resolver el Juez? Naturalmente, la controversia —contenciosa— suscitada por la oposición a la solicitud de amortización; en otras palabras, y a la postre y básicamente, el conflicto entre dos —alegadas— titularidades jurídicas ⁽¹²⁶⁾: la alegada por el tenedor desposeído (que, como se sabe, no necesariamente ha de ser titular dominical del documento perdido y titular del crédito incorporado —por ejemplo, ni lo uno ni lo otro es el endosatario que lo sea en virtud de un endoso de apoderamiento—) y la alegada por el tercero (que ha de invocar una posición directamente fundada en el mecanismo de la adquisición *a non domino* de la letra de cambio —el tercero que se opone es un adquirente tal— o amparada por él —por ejemplo, el tercero que se opone es el endosatario del adquirente *a non domino*—). En todo caso, y en la medida de que se trate en el supuesto concreto, el tercero podrá beneficiarse de la legitimación cartular ⁽¹²⁷⁾: plenamente si concurren los requisitos establecidos al efecto (v., fundamentalmente, el artículo 19/I en su proposición primera), completándola si no concurren (transmisión no cambiaría posterior a la adquisición *a non domino*). Quiere decirse que la cuestión de la carga de la prueba se ha de plantear en los términos expuestos: gozando el tercero de la plena legitimación cartular, será el tenedor desposeído el que habrá de probar la falta de titularidad, sea por no haberse tratado de una adquisición *a non domino*, sea por cualquier otra razón que sirva a fijar una falta de titularidad; no gozando

⁽¹²⁵⁾ V., sobre el caso particular de la oposición formulada por el deudor, VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, pp. 545-546; BALDÓ y CALAVIA, *Letra de cambio...*, p. 298.

V. también la Sentencia de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Jaén de 17 de mayo de 2000 (*Aranzadi Jur.*, 2000/196935): no en virtud de oposición, sino en la fase de alegaciones de un procedimiento de amortización, el emplazado como aceptante de la letra de cambio perdida alega haber efectuado su pago, lo cual resulta tenido por irrelevante toda vez que no se aportó, para prueba, ni el título ni el documento acreditativo al que se refiere el artículo 45/I de la LC.

⁽¹²⁶⁾ V., así también, CORTÉS, “La amortización...”, pp. 866-867.

⁽¹²⁷⁾ V., en términos más o menos coincidentes, VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, p. 544; BALDÓ y CALAVIA, *Letra de cambio...*, p. 298.

el tercero de la plena legitimación cartular, en la medida correspondiente habrá de probar la titularidad.

5. Sustanciación de la oposición

Respecto de la sustanciación de la oposición a la solicitud de amortización de la letra de cambio perdida, el artículo 86 de la LC establece algunas reglas: aparte la cuestión de la tempestiva personación y oposición del tercero, lo cual no es sino el presupuesto de la transmutación del procedimiento de amortización en proceso contencioso, se dispone que se dé “*traslado de la oposición al denunciante y al librado o aceptante*” y que la resolución judicial se adopte “*previa audiencia del Ministerio Fiscal*”, siguiendo al efecto “*el procedimiento previsto para los incidentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil*”. Así pues, el régimen de la oposición que se encuentra en aquel precepto se ha de integrar con las reglas de las cuestiones incidentales previstas en los artículos 392 y 393 de la LEC/2000, que son los que de suyo comprenden reglas procedimentales. En mayor medida nos interesa, en realidad, el artículo 393 (y, de éste, no todo su contenido), si bien conviene dejar dicho, en lo atinente al tema que nos ocupa, que del artículo 392.1 resulta que al escrito de oposición se han de acompañar los documentos pertinentes y en él se ha de proponer la prueba que fuese necesaria (como quiera que, en puridad de conceptos, la oposición a la solicitud de amortización no es un incidente del procedimiento de amortización⁽¹²⁸⁾, la distinción entre cuestiones incidentales de especial pronunciamiento y las de previo pronunciamiento es irrelevante en este contexto, de modo que no ha de regir en ese extremo el artículo 392.1 en cuanto exige, al final, que en el escrito instante se señale la modalidad de cuestión incidental de que se trate a juicio del proponente).

A) Admisión

La forma de providencia — “*sucintamente motivada*” — es la señalada por el artículo 393.2 de la LEC/2000 para la resolución judicial de admisión del planteamiento de alguna cuestión incidental; la de auto, por el artículo 392.2, para la de inadmisión.

Según he dicho con cierta reiteración, la personación del tercero hecha con el planteamiento de la oposición en los términos expuestos y con la aportación de la letra objeto de la solicitud de amortización basta para reputarlo legitimado al efecto. Cabe tomar en consideración la posibilidad de que el Juez rechace

(128) V., acerca de ello, CORTÉS, “La amortización...”, pp. 866-867.

liminariamente la oposición en el caso de evidente falta de coincidencia entre el título presentado por el tercero y el individualizado en el procedimiento de amortización (lo cual comportaría que habría que dejar transcurrir el —resto del— plazo de un mes dado para la formulación de oposición), sin perjuicio de que semejante discordancia pueda ser alegada en la tramitación de la oposición en el supuesto de que ésta sea admitida ⁽¹²⁹⁾.

B) Tramitación

Con arreglo a lo establecido en el apartado tercero del artículo 393 de la LEC/2000, el escrito de planteamiento de la cuestión incidental se ha de trasladar “a las demás partes”, y éstas “podrán contestar lo que estimen oportuno en el plazo de cinco días”, transcurrido el cual “el Tribunal citará a las partes a una comparecencia, que se celebrará conforme a lo dispuesto para las vistas de los juicios verbales”; por disposición contenida en el siguiente apartado cuarto se ha de practicar, en su caso, “la prueba que en la misma vista se admita”. No parece necesario, en el contexto de este análisis del artículo 86 de la LC, detenerse en la exégesis de las reseñadas reglas estrictamente procedimentales, como no sea para indicar que la comparecencia se ha de llevar a cabo de acuerdo con lo previsto en el artículo 443 de la LEC/2000 (que trata del *desarrollo de la vista* en el juicio verbal) y preceptos concordantes. Sí resulta ineludible, por el contrario, parar un tanto la atención en lo referente a la condición jurídica de parte en la oposición a la solicitud de amortización de la letra de cambio perdida.

En efecto, presupuesta la naturaleza contenciosa de la oposición, podemos convenir sin más reparo en que tanto el tercero que se opone como el solicitante de la amortización se presentan como partes por razón de una controversia que, al cabo y según quedó expuesto, versa sobre un conflicto entre dos —alegadas— titularidades jurídicas. De hecho, el artículo 86 de la LC contempla el traslado de la oposición al solicitante de la amortización. Ahora bien, también contempla su traslado al librado o aceptante, siendo así que, sin embargo, no hay referencia alguna (aparte la prevista audiencia del Ministerio Fiscal) a los restantes sujetos que sí son llamados al procedimiento de amortización en el artículo 85/III; esto es, el librador y demás obligados.

Así pues, manda el artículo 86 de la LC que se dé traslado de la oposición al librado (llamado a realizar el pago ordinario de la letra de cambio —v. el artículo 1.3.º—) o aceptante (librado obligado a pagar la letra de cambio a su

(129) A esto último se refiere VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, p. 548.

vencimiento —v. el artículo 33—). Este emplazamiento al librado o aceptante puede valorarse a partir de consideraciones del tenor de las que propongo a continuación, necesariamente anticipando conclusiones propias del estudio del artículo 87.

En el caso de inexistencia de oposición a la solicitud de amortización, habiéndose publicado ésta por no haberse estimado que fuera manifiestamente infundada (v. el artículo 85/IV de la LC), el Juez no puede sino declarar la amortización del título al término del plazo dado con la proclama (v. el artículo 87/I). Obtenida tal declaración judicial, aparte la eventualidad de que se exija un duplicado de la letra amortizada por razón de no hallarse ésta vencida (v. el artículo 87/II), lo cierto es que la sentencia de amortización ha de equivaler al título amortizado en el plano de la legitimación cambiaria y en los términos de su contenido, siquiera sea en la medida de lo que hubiere resultado probado en la fase del procedimiento regulada en el artículo 85/III/IV, bien entendido que el alcance de ello no puede exceder —insisto— del ámbito de la legitimación cartular en atención al imperio del principio de la protección de la apariencia que domina el régimen jurídico de los títulos cambiarios. Quiere decirse, ahora por vía de ejemplo, que si resultó probado que la letra perdida contenía una aceptación, la eficacia de la sentencia de amortización no puede alcanzar sino al plano de la apariencia de una declaración cambiaria en su vertiente estrictamente formal, pero no al de la validez de la correspondiente obligación cambiaria; esto es, en este ejemplo, la de un aceptante. Así las cosas, y continuando con el ejemplo, pudiera ocurrir que el nuevamente legitimado en virtud de la sentencia de amortización ejerciera, habiendo requerido el pago al vencimiento (v. el artículo 87/II) y no habiéndolo obtenido —totalmente—, la correspondiente acción cambiaria (v. el artículo 49/II) contra el declarado en dicha resolución judicial como —aparente— aceptante, y pudiera ocurrir que este demandado opusiera alguna excepción que en la aludida fase del procedimiento de amortización habría resultado inadmisibles por la sencilla razón de que las alegaciones admisibles en ella son las que resultan congruentes con las del solicitante de la amortización, que, como sabemos, atañen —sólo— a la reconstitución de la legitimación cartular.

Ahora bien, en el caso de oposición a la solicitud de amortización, como quiera que lo que se plantea al Juez es una controversia entre dos —alegadas— titularidades jurídicas, el emplazamiento al librado o aceptante tiene no sólo la virtualidad propia de un llamamiento a quien pueda proporcionar elementos de convicción al efecto de resolver la oposición (desde este punto de vista diríase que sería suficiente el recurso a las normas generales en materia de actividad probatoria), sino, sobre todo, la eficacia de provocar la intervención de quien podría, en otro caso, cuestionar ulteriormente los efectos de la resolución judicial de la oposición, que ha de pronunciarse sobre cuál de las titularidades

jurídicas en conflicto ha de prevalecer. No parece razonable pensar, así, que el emplazamiento del que trato habilite para hacer valer cualesquiera excepciones a la postre incongruentes con el objeto del proceso contencioso entablado en virtud de la oposición a la solicitud de amortización ⁽¹³⁰⁾, bien entendido que la necesaria delimitación entre lo congruente y lo incongruente habría que remitirla al caso concreto (por ejemplo, la falta de titularidad del crédito en cabeza del solicitante de la amortización, presentado éste como librador del título perdido y ahora obrante en autos, podría fundarse en un pago —v. el artículo 67/II.3.ª de la LC— sin rescate realizado por el emplazado como aceptante). Por el contrario, el —aceptante— emplazado no podría hacer valer en un proceso cambiario posterior lo que, siendo congruente con el objeto de la oposición a la solicitud de amortización, pudo hacer valer en virtud de haber sido llamado en aplicación de lo establecido en el artículo 86 ⁽¹³¹⁾.

El artículo 86 de la LC sólo contempla —ya lo he destacado— el emplazamiento al librado o aceptante (quiere decirse aparte el traslado al solicitante de la amortización de la oposición a ésta y también aparte la prevista audiencia del Ministerio Fiscal), mientras que el librador y demás obligados, llamados al procedimiento en el artículo 85/III de la LC, resultan ahora preteridos. Sin embargo, una elemental exigencia de coherencia interna del sistema establecido para el tratamiento de la pérdida de la letra de cambio requiere que esos —otros— obligados cambiarios sean invitados a personarse y actuar en la oposición a la solicitud de amortización, de modo que la resolución judicial que se obtenga despliegue respecto de ellos la eficacia que anteriormente he detallado al glosar el emplazamiento al librado o aceptante. Es una previsión procesal, en concreto contenida hoy en día en la primera parte del artículo 150.2 de la LEC/2000 (con precedente en el artículo 260/II de la LEC/1881), la que abre al efecto la necesaria puerta (v. asimismo el artículo 270 de la LOPJ). En ese precepto se dispone lo siguiente: *“Por disposición del tribunal, también se notificará la pendencia del proceso a las personas que, según los mismos autos, puedan verse afectadas por la sentencia que en su momento se dictare”*. La determinación de los obligados cambiarios no mencionados en el artículo 86 de la LC la puede hacer el Juez a la vista del título aportado por el tercero oponente, que por hipótesis obra en autos.

(130) Entiendo que para PÉREZ-SERRABONA, “La amortización...”, p. 197, nota 32, no habría tasa de excepciones.

(131) Opinión diversa, en cuanto a la apuntada preclusión, es la de VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, p. 547.

La audiencia del Ministerio Fiscal ha sido calificada como “*capricho legislativo*”⁽¹³²⁾. Ha sido explicada en consideración del principio de protección de *personas ignoradas*⁽¹³³⁾. Lo cierto es que el artículo 3.6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal dispone que le corresponde “*tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la Ley*”, como precisamente ha establecido el artículo 86 de la LC.

C) Resolución

La resolución judicial de la oposición a la solicitud de amortización habrá de revestir, a lo que creo, la forma de sentencia, lo cual se puede justificar, aparte su consideración (ex artículo 206.2.3.ª de la LEC/2000) como la resolución que pone fin al proceso contencioso en que se había convertido el procedimiento de amortización en virtud de la oposición, atendiendo a que el artículo 87/I de la LC prevé que la consecuencia de la desestimación de la oposición sea el dictado de la sentencia de amortización, no pareciendo razonable que se tengan que dictar dos resoluciones (una, primera, de desestimación de la oposición, y otra, ulterior, de amortización del título), de modo que asimismo parece razonable que la resolución de la oposición se haga mediante sentencia en el caso de que sea estimatoria. Por aplicación de lo establecido en el artículo 2112 de la LEC/1881 (v. también, a mayor abundamiento, los artículos 1819 y 1820 de ésta), la resolución judicial es apelable (la Ley últimamente citada contiene algunas previsiones —v. los artículos 2113 a 2116— relativas a la segunda instancia, entre las que cabe destacar —artículo 2116— que “*contra las resoluciones dictadas en segunda instancia no habrá recurso alguno, quedando a salvo el derecho de los interesados para que lo ejerciten en el juicio que corresponda según la cuantía*”): *en ambos efectos* si el apelante es el solicitante de la amortización; *en uno solo* en otro caso.

Como se acaba de decir, la desestimación de la oposición la contempla el artículo 87/I de la LC al efecto de decretar que entonces procederá la amortización del título, de manera que reservo para un momento ulterior el análisis de tal

(132) V. CORTÉS, “La amortización...”, p. 867; tampoco la entiende PÉREZ-SERRA-BONA, “La amortización...”, p. 197, “*dado que no está cuestionada ninguna institución de Derecho público*”.

(133) V., con cita del artículo 2111 de la LEC/1881, GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria...*, p. 1138, que también invoca (como GARCÍA LUENGO y SOTO VÁZQUEZ, *Nuevo régimen...*, p. 362) el artículo 551 del CCom., que prevé una tal audiencia en el procedimiento establecido para los casos de pérdida de títulos al portador; v. también, con otras consideraciones, VILLAGÓMEZ, “Procedimientos...”, p. 1045.

pronunciamiento desestimatorio respecto de aquellas cuestiones que no sean comunes, *mutatis mutandis*, al caso de estimación.

Ya se apuntó que la pretensión que constituye el objeto de la oposición a la solicitud de amortización es la desestimación de ésta, de modo que no resulte alterada la situación de la letra de cambio en cuanto a la titularidad del crédito incorporado ni en cuanto a la legitimación cartular. En consecuencia, el título, cuya entrega al Juez cual presupuesto de la formulación de la oposición se deduce de lo establecido en el artículo 86 de la LC, habrá de ser devuelto al oponente, recuperando éste, así, el instrumento documental necesario para el ejercicio de los derechos derivados de la letra de cambio y el de aquellos otros supeditados a su posesión. Quiere decirse, a la postre, que la estimación de la oposición produce el fundamental efecto de levantar la suspensión en que había quedado incurso la legitimación cartular al haberse decretado judicialmente, en su momento y conforme al artículo 85/III, la interdicción del pago, para acreditar lo cual debería bastar el documento expresivo de la resolución judicial.

En este contexto se ha de recordar, precisamente en relación con la cuestión de las actuaciones típicamente cambiarias durante la tramitación del procedimiento de amortización (actos tendentes a la conservación de los derechos y requerimiento de pago de la letra de cambio), que ya me pronuncié en el sentido de reconocer al oponente la misma posibilidad que en el artículo 84 de la LC se reconoce expresamente al tenedor desposeído. Con acierto se ha señalado ⁽¹³⁴⁾ que el oponente vencedor tiene derecho, en el supuesto de que se hubiese producido la previa liberación del *deudor*, “*a retirar el depósito judicial de la suma o dirigirse contra el denunciante y la garantía prestada en caso de que este último hubiese obtenido ya el pago*”, a lo que se ha de añadir la eventualidad de una consignación acomodada a las exigencias establecidas en el artículo 48. En suma, el oponente vencedor deviene nuevamente legitimado, en virtud de la recobrada posesión del título, para el ejercicio de sus derechos, alterado éste en su régimen como consecuencia de la solicitud de amortización.

No sólo a la legitimación cartular, en los expuestos términos de levantamiento de suspensión, afecta la resolución estimatoria de la oposición. También en el plano de la titularidad del crédito incorporado al título se proyecta la eficacia de la estimación de la oposición. En efecto, puesto que la oposición a la solicitud de amortización plantea una controversia entre la titularidad alegada por el tenedor desposeído y la titularidad alegada por el tercero, la estimación de aquella comporta una declaración judicial en virtud de la cual ha de prevalecer la hecha valer por el oponente. Diríase, al cabo de todo, que la resolución

(134) V. VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, p. 548; GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria...*, p. 1138.

judicial —estimatoria— de la oposición produce el efecto de la cosa juzgada (v. el artículo 222 de la LEC/2000 y preceptos concordantes), de modo que en un eventual proceso ulterior (por ejemplo, ejercicio de acción cambiaria por falta de pago por parte del *tenedor relegitimado*) no podría cuestionarse la validez de la adquisición del título, cuando menos no por quien pudo cuestionarla, como vimos, en la sustanciación de la oposición a la solicitud de amortización.

Cabría tomar en consideración, en fin, la eventualidad de una acción resarcitoria del oponente vencedor frente al solicitante de la amortización⁽¹³⁵⁾.

6. La sentencia de amortización de la letra de cambio

El artículo 87 de la LC, último de los que componen el Capítulo XI (“*Del extravío, sustracción o destrucción de la letra*”) del Título I (“*De la letra de cambio y del pagaré*”), tiene por objeto específico de regulación la declaración judicial de amortización de la letra de cambio que había resultado perdida para su tenedor, en su caso tempestivamente aportada al procedimiento por el tercero oponente a la solicitud de amortización en trámite. Se presupone (párrafo primero), sea la preclusión del plazo conferido para formular oposición a la solicitud de amortización tramitada, sea la desestimación de la oposición en su caso formulada (téngase presente que de la estimación de la oposición se trató en el análisis del precedente artículo 86). Asimismo se contemplan en el artículo 87 (segundo párrafo) los efectos que la resolución judicial de declaración de la amortización ha de producir, no sólo sobre el título amortizado en cuanto era documento dotado de especial significación jurídica, también sobre las posiciones jurídicas del solicitante de la amortización y (párrafo tercero) de quien eventualmente hubiese adquirido *a non domino* la letra en tiempo hábil para ello o en tiempo hábil para ello la hubiese adquirido posteriormente a una tal adquisición. Siendo éste el contenido básico del artículo 87 de la LC, propongo sistematizar en consecuencia su estudio.

El procedimiento de amortización de la letra de cambio perdida, que al cabo constituye el objeto de la regulación contenida en los artículos 84 a 87 de la LC, puede discurrir sin que a la solicitud de amortización, publicada en el Boletín Oficial del Estado, se formule tempestivamente oposición, pero asimismo puede ocurrir que resulte formulada oposición en tiempo hábil para ello, con la consecuencia, entonces, de conversión de tal procedimiento de jurisdicción voluntaria en proceso contencioso. En el primer caso, la sentencia de amortización pone fin al procedimiento instado por el tenedor desposeído (el

(135) V. VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, p. 548, que la cifra en el daño causado “por la paralización de la circulación o el retraso en el cobro”.

artículo 87 de la LC altera así la regla general, que lo es en materia de actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio —v. el artículo 2111.6.^a de la LEC/1881—, según la cual la resolución judicial se adopta bajo la forma de auto). En el otro caso, de planteamiento de controversia frente a la solicitud de amortización, el pronunciamiento de amortización lo lleva aparejado la desestimación de la oposición, ventilada ésta conforme al procedimiento establecido por la disciplina de las cuestiones incidentales (ya se trató de la forma de la resolución judicial de la oposición a la solicitud de amortización, precisamente haciendo ver que una misma resolución, bajo la forma de sentencia, cabe entender que sea comprensiva de la desestimación de la oposición y de la consecuente amortización del título). El recurso procedente contra la sentencia de amortización es el de apelación (v. el artículo 2112 de la LEC/1881): la sentencia es apelable *en ambos efectos* si el apelante es el solicitante de la amortización; *en uno solo* en otro caso. La resolución que se dicte en grado de apelación no es recurrible en casación (v. el artículo 2116 de la LEC/1881).

La LC no ha previsto un modo especial de publicación de la sentencia de amortización. Ello ha sido objeto de censura en uno u otro grado⁽¹³⁶⁾. Ahora bien, lo cierto es que, en defecto de una tal previsión, hay que atenerse al sistema establecido, de manera que el dictado de la resolución judicial ha de producir *per se* sus propios efectos. Una vez más se ha de recordar que un procedimiento de amortización, elegido legislativamente como instrumento para la inmediata salvaguardia del interés del tenedor desposeído, compromete seriamente la seguridad del tráfico. Cuestión distinta es la de cómo no dejar en absoluto desamparo los demás intereses concurrentes, particularmente el de adquirente de letra de cambio amortizada, también el de un adquirente *a non domino* o el de uno posterior a una tal adquisición, en estos casos adquirentes de letra de cambio que resulta amortizada sin oposición.

7. Efectos de la amortización judicial de la letra de cambio

El análisis del primero de los dos supuestos contemplados en el artículo 87/I de la LC al efecto de que proceda la amortización judicial del título, el cual se concreta en el transcurso del plazo dado para la formulación de oposición a la solicitud de amortización sin que se haya verificado tal contradicción procesal, ha dado pie para plantear la cuestión del alcance de la resolución judicial que ha de dictarse (aparte ha de quedar ahora la cuestión, ya examinada, del carácter, preclusivo a lo que creo y según he manifestado, de dicho plazo de un mes cuyo *dies a quo* lo determina la publicación de la solicitud de amortización en el

(136) V., entre otros, VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, p. 537; CORTÉS, “La amortización...”, pp. 864-865; NAVARRO, *La Ley Cambiaria...*, p. 212.

Boletín Oficial del Estado). Así, CORTÉS ⁽¹³⁷⁾ entiende que los efectos propios de la anulación del título se han de considerar producidos en virtud del mero transcurso del plazo que había comenzado a correr el día de tal publicación oficial, negando carácter constitutivo, en consecuencia, a la resolución judicial, ello no sólo en atención al “*sentido marcadamente formal que asume la resolución judicial que, en defecto de presentación de la letra, no puede dejar de declarar la amortización*”, sino también “*en orden a la protección de unos terceros que pueden encontrar en el tráfico un título que con apariencias de valor haya dejado, sin embargo, hace tiempo de constituir equivalente del derecho en él documentado*”.

El argumento de carácter práctico que dicho autor esgrime, teleológicamente identificado con la *protección de terceros* (los eventuales adquirentes del título perdido —y anulado—), no parece ser adecuado al propósito de sustentar la tesis de la producción *ope legis* de los efectos anudados a la amortización. Antes bien, al contrario, diríase que más bien abona, de suyo, la tesis de sentido inverso; esto es, la del alcance constitutivo de la resolución judicial. Si se conviene (también con CORTÉS) en que sería de interés para aquellos terceros el hecho de que pudiera alcanzarse un cierto grado de certidumbre en cuanto al conocimiento de la fijación del momento a partir del cual el título ha de quedar privado, en virtud de su amortización, de su prístina idoneidad como tal, no alcanzo a ver que sea afortunado postular que ese efecto de la amortización se ha de considerar producido automáticamente una vez haya llegado el *dies ad quem* del plazo conferido para formular oposición a la solicitud de amortización, porque por esa vía de razonamiento se obtiene un resultado precisamente opuesto al deseado. En cambio, residenciando en la resolución judicial la producción —*ex nunc*— de los efectos de la amortización, por definición sería más extenso el período durante el cual aún serían válidas, en su caso, las eventuales adquisiciones del título, de modo que así quedarían sacrificados en menor medida los intereses de terceros (dando por supuesto, lo cual no es sino cuestión de carácter general en la materia de la que se trata, que un procedimiento de amortización, cual instrumento de reacción frente a la desposesión del título, en uno u otro grado pone inevitablemente en riesgo los intereses de terceros; esto es, comprometiendo, al cabo y sobre todo, la seguridad del tráfico en lo que atañe a la idoneidad o aptitud circulatoria de estos documentos especiales).

En cuanto al otro argumento invocado por CORTÉS en el pasaje anteriormente reseñado, relativo a una suerte de necesidad del pronunciamiento judicial por cuanto no puede ser sino declarativo de la amortización en el caso de falta de tempestiva oposición, igualmente se vuelve en contra de su propósito con

(137) “La amortización...”, pp. 864-865.

solamente reparar en que el presupuesto legalmente establecido no es, en puridad, el transcurso del plazo tantas veces aludido, sino su transcurso “*sin que nadie la contradiga*” (las transcritas son las palabras empleadas en el precepto en examen); esto es, sin que nadie haya formulado oposición a la solicitud de amortización. Quiere decirse, en suma, que es menester un pronunciamiento judicial en el que resulte acreditada la inexistencia de tempestiva oposición. Ciertamente podría rebatirse esta refutación haciendo valer una pretendida eficacia retroactiva —*ex tunc*— de la resolución judicial. Ahora bien, este otro argumento chocaría por su parte con una objeción que, a la postre, a mi parecer es insalvable en atención a la naturaleza de la pretensión que envuelve la solicitud de amortización, la cual, bien mirado el asunto, no puede calificarse sino como constitutiva —y no como meramente declarativa—, ya que (después me detendré en ello) produce como efecto cardinal la —sobrevenida— pérdida de eficacia del título que haya sido amortizado, respecto de lo cual la desposesión actúa, claro está, como presupuesto, pero no como causa inmediata.

A) La pérdida de eficacia de la letra de cambio

“*Declarada judicialmente la amortización de la letra, no tendrá ésta ninguna eficacia*”. Con tan terminantes palabras fija el artículo 87/II de la LC los efectos que sobre el propio título ha de producir la declaración judicial de amortización⁽¹³⁸⁾. El análisis de esta norma jurídica conviene hacerlo distinguiendo entre la amortización declarada en ausencia de oposición a la solicitud de amortización y la amortización declarada de resultas de la desestimación de la oposición formulada.

En el primero de los supuestos de nuevo enunciados, el de que la declaración judicial de amortización de la letra de cambio perdida se haya producido al término del plazo dado para la formulación de oposición a la solicitud de amortización y en su ausencia, la pérdida de toda eficacia del título significa, primero de todo, que deviene inhábil para desempeñar su prístina función legitimadora, de modo que su portador actual, en el caso de que estuviera protegido por el mecanismo de la adquisición *a non domino*, no podría valerse de ella al efecto de ejercer los derechos adquiridos por vía cambiaria y aun aquellos otros supeditados a la posesión del título. Cuestión diversa es la de la posición jurídica del tenedor que efectivamente ha de padecer, cuando menos inmediatamente y en los términos expuestos, las consecuencias, ciertamente gravosas, de un procedi-

(138) Bien expresivo al respecto es CORTÉS, “La amortización...”, p. 862, que equipara la amortización a una “*reducción de la letra perdida a la condición de simple trozo de papel*”, bien es cierto que añadiendo que deviene “*mero documento al que no puede anudarse el régimen jurídico de los títulos valores*”.

miento de amortización; cuestión que a la postre es objeto de consideración en el último párrafo del artículo 87 de la LC, sobre lo que he de volver, anticipando ahora, eso sí, que la salvaguardia de dicha posición jurídica no la condiciona esta otra norma a una suerte de carga de haber presentado oposición a la solicitud de amortización.

Por otra parte, si la declaración judicial de amortización se dictase en tiempo hábil para que en línea de principio pudiera verificarse alguna adquisición válida de la letra de cambio, con arreglo al mecanismo de la adquisición *a non domino*, la pérdida de eficacia de la letra amortizada habría de concretarse, precisamente, en la exclusión de dicha posibilidad. O lo que es lo mismo: a partir de la sentencia de amortización no es posible adquirir derecho cambiario alguno de resultas de la entrega del título amortizado. Quiere decirse, en suma, que un tal portador no podría quedar protegido por dicho mecanismo especial, que tiene como uno de sus límites la amortización judicial del documento especial que es la letra de cambio.

En el segundo de los supuestos anteriormente enunciados, el de que la declaración judicial de amortización de la letra de cambio perdida se haya realizado de resultas de la desestimación de la oposición formulada a la solicitud de amortización, parece que igualmente se ha de producir la pérdida de toda eficacia del título. Ciertamente se habría podido recurrir al expediente de la devolución del documento al tenedor desposeído (así como, en su caso, a algún mecanismo de reconstitución de la legitimación cartular —al modo de la tachadura de endosos permitida en el artículo 60/II de la LC—), tenedor desposeído y al cabo vencedor en el proceso contencioso generado en virtud de la formulación de la oposición, presupuesto de la cual es precisamente la aportación, en cuanto carga del tercero oponente, de la letra de cambio perdida. El caso es, aparte cualesquiera consideraciones de índole valorativa al respecto ⁽¹³⁹⁾, que el tenor del artículo 87/II no aconseja hacer interpretación de alcance exceptivo, de manera que al título amortizado ha de equivaler la sentencia de amortización, lo que puede afirmarse sin perjuicio de tener presente la eventual expedición de un duplicado. En fin de cuentas, la reconstitución de la legitimación perdida, que se hallaba al servicio de la titularidad del crédito incorporado, ésta subsistente no obstante la desposesión padecida, y habiendo sido declarada judicialmente desestimando la oposición a la solicitud de amortización, se logra por medio de la resolución judicial misma, lo que se ha de afirmar sin perjuicio de tener de nuevo presente la eventual expedición de un duplicado.

Así pues, en resumen de lo anteriormente expuesto, la sentencia de amortización viene a sustituir a la letra de cambio amortizada al efecto del ejercicio de

(139) V. CORTÉS, “La amortización...”, p. 867.

los derechos correspondientes (salva la eventualidad de la expedición de un duplicado); quiere decirse, en cuanto a ulteriores actuaciones del beneficiado por la amortización judicial, un testimonio de la sentencia (v. el artículo 2111.6.^a de la LEC/1881).

B) La posición jurídica del tenedor relegitimado

Quien aparece nombrado como *tenedor desposeído* en los artículos 84 y 85 de la LC, que no es sino el solicitante de la amortización de la letra de cambio perdida, y como *denunciante* en los artículos 85 y 86, ahora, en el artículo 87 y en concreto en su párrafo segundo, resulta denominado, perifrásticamente para indicar así que el supuesto tomado en consideración es el de la estimación de su solicitud, “*el denunciante cuyo derecho hubiere sido reconocido*”.

El *derecho* —judicialmente— *reconocido* no es otro, precisamente porque se trataba de *tenedor desposeído*, que el de obtener la amortización judicial de la letra de cambio perdida ⁽¹⁴⁰⁾, sea en ausencia de oposición, sea en virtud de la desestimación de la oposición formulada. En el primer caso, el pronunciamiento judicial no va más allá —no puede ir más allá— de la linde trazada por la legitimación cartular —merece la pena reseñar que en el artículo 86/I del Proyecto de Ley Cambiaria y del Cheque se preveía que la resolución judicial declarara “*la amortización del título y la legitimación del denunciante para exigir el pago de la letra*”— (suele decirse que la sentencia de amortización dictada sin oposición de tercero no produce eficacia de la cosa juzgada en cuanto al crédito cambiario, quiere decirse su existencia y su titularidad ⁽¹⁴¹⁾). En el segundo caso, tal como se explicó anteriormente, el pronunciamiento judicial alcanza al plano de la titularidad del crédito cambiario. Pues bien, producida la relegitimación de la que se trata, el así beneficiado puede llevar a cabo diversas actuaciones, que es de lo que se ocupa el artículo 87/II de la LC diciendo que “*el denunciante cuyo derecho hubiere sido reconocido podrá exigir el pago de su crédito en la fecha del vencimiento de la letra amortizada, retirar la caución prestada si el pago ya hubiere tenido lugar o exigir la expedición de un duplicado si la letra amortizada no estuviese vencida*”.

(140) V., al respecto, CORTÉS, “La amortización...”, p. 855; Rodrigo URÍA, Aurelio MENÉNDEZ y Antonio PÉREZ DE LA CRUZ, “La creación de la letra”, en *Curso de Derecho mercantil* (R. Uría y A. Menéndez), t. II, Madrid, 2001, pp. 731-748, *ibi* 747, se plantean (desconcertantemente a mi parecer) si el crédito exigible es el cambiario o lo es el correspondiente a la relación causal motivadora de la entrega del título.

(141) V., así y entre otros, GONZÁLEZ POVEDA, *La jurisdicción voluntaria...*, p. 1139; NAVARRO, *La Ley Cambiaria...*, p. 204.

Comenzaré prestando atención a la eventual expedición de un duplicado. Primero de todo hay que decir que el *duplicado* previsto en el artículo 87/II de la LC no es equiparable a los *varios ejemplares idénticos de una letra de cambio* en el supuesto de que *una letra de cambio se libre en varios ejemplares idénticos* (v. el artículo 79/I y preceptos concordantes) ⁽¹⁴²⁾. Compatible con esto es valerse por analogía de algunas reglas establecidas para la pluralidad de ejemplares, como, de entrada, la que manda hacer constar el carácter de ser uno de los varios ejemplares emitidos (v. el artículo 79/I); esto es, el duplicado del título amortizado habrá de reflejar esa condición suya.

En segundo lugar conviene reparar en que la norma, conforme al tenor del artículo 87/II de la LC, sólo prevé la expedición de un duplicado para el caso de que la letra amortizada sea una letra no vencida (debiéndose entender, por demás y específicamente, que la expedición de un duplicado no sería procedente en el supuesto de que previamente se hubiese atendido el requerimiento de pago con arreglo a lo establecido en el artículo 84/II ⁽¹⁴³⁾). Pudiera parecer que el fundamento de ello se encuentra en la consideración de una falta de interés en la emisión de un título que ya no podría circular sino con los efectos de una cesión ordinaria ⁽¹⁴⁴⁾. Ahora bien, dejando de lado el detalle de que lo relevante a tal efecto no es en puridad de conceptos, aun cuando sin verdadera trascendencia práctica en una situación como la contemplada, el vencimiento del título amortizado, sino su entrada en la fase en la que ya no podría circular con plenos efectos cambiarios (v. el artículo 23/I), lo cierto es que incluso en esa fase podría procederse al endoso del duplicado con producción de efectos cambiarios limitados, quiere decirse en el estricto plano de la legitimación cartular ⁽¹⁴⁵⁾, así como también es cierto que el duplicado de un título amortizado y vencido podría, cuando menos en línea de principio, recoger válidamente avales (v. el artículo 35/III) e incluso la aceptación ⁽¹⁴⁶⁾, por donde resulta que no está tan claro que por definición haya ausencia de interés en la emisión de un duplicado en el supuesto de que la letra amortizada estuviese vencida.

⁽¹⁴²⁾ V., al respecto, VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, pp. 540-543; IGLESIAS, “El libramiento...”, p. 441; CORTÉS, “La amortización...”, p. 864; GARCÍA LUENGO y SOTO VÁZQUEZ, *Nuevo régimen...*, p. 362.

⁽¹⁴³⁾ V. VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, p. 541.

⁽¹⁴⁴⁾ VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, p. 541, así lo explica en consonancia con “la reiterada doctrina comparada”.

⁽¹⁴⁵⁾ V., por todos, DÍAZ MORENO, “El endoso extemporáneo...”, pp. 52-58.

⁽¹⁴⁶⁾ En cuanto a las aceptaciones posteriores al vencimiento, v. José Luis GARCÍA-PITA Y LASTRES, *La aceptación de la letra de cambio*, Madrid, 1992, pp. 155-156.

La tercera cuestión que se ha de plantear en torno a la eventual expedición de un duplicado concierne al caso de la amortización de una letra en blanco. El problema radica en saber si en este caso resulta necesario expedirlo, de modo que sobre él pueda procederse al *completamiento*, o, por el contrario, cabe integrar de otro modo el contenido de la letra amortizada⁽¹⁴⁷⁾. Hay que partir de la premisa de que la sentencia de amortización no priva al tenedor relegitimado del derecho, que tenía como tenedor, a proceder a un tal completamiento. Pues bien, entiendo que sólo por la vía de la emisión de un duplicado podría verificarse el ejercicio de ese derecho, y esto por la misma razón por la que no cabe obtener nuevas declaraciones cambiarias sino sobre un título idóneo para recogerlas. De otra manera, ¿cómo fijar el contenido del sustitutivo de la letra —en blanco— amortizada? Conviniendo en esto, entonces habrá de convenirse también en que al respecto es indiferente que la letra en blanco amortizada tuviese la mención del vencimiento y la amortización judicial se hubiese producido en momento posterior al resultante como tal mención del vencimiento.

Parece claro, por otra parte, que el contenido del duplicado debe corresponderse con el de la letra amortizada en los términos fijados en la sentencia de amortización, la cual, por cierto, puede considerarse título suficiente al efecto de que el tenedor relegitimado pueda hacer valer su derecho a la obtención del duplicado en el caso de encontrarse con la resistencia de quien tuviera que volver a formalizar su declaración cambiaria. Por analogía con lo establecido en relación con la pluralidad de ejemplares (v. el artículo 79/III de la LC), los gastos de la expedición deberán correr de cuenta del interesado en ella, incluso el del timbrado (entiendo, además, que no procede la devolución de lo satisfecho por el efecto amortizado —v. los artículos 95.7 y 117 del Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados—).

Se ha de tener por oponible el pago realizado, sea en virtud del simple requerimiento fundado en la sentencia de amortización (contra el que habrá que extender recibo), sea en virtud de la presentación del duplicado (rescatable por el pagador).

Examinada la eventual expedición de un duplicado de la letra de cambio amortizada, ahora toca ver cómo podría el tenedor relegitimado proceder para obtener, en su caso definitivamente, el valor incorporado al título declarado ineficaz; esto es, en aras de mayor precisión, cómo tendría que actuar sin la letra

(147) Así, VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, p. 541, se pronuncia en el sentido de que la emisión de un duplicado no es necesaria, pudiéndose lograr dicho propósito *extracambiariamente*.

anulada. Dice el artículo 87/II de la LC que “podrá”, bien “exigir el pago de su crédito en la fecha del vencimiento de la letra amortizada”, bien “retirar la caución prestada si el pago ya hubiere tenido lugar”.

Prestemos atención, en primer lugar, a la *retirada de la caución prestada*, que de forma expresa viene referida a un pago ya realizado. Como se recordará, pues de ello hubo que tratar en el análisis del artículo 84/II de la LC, el tenedor desposeído, solicitante de la amortización de la letra de cambio perdida, queda facultado para llevar a cabo ciertas actuaciones durante la tramitación del procedimiento de amortización; entre ellas, específicamente contemplado en dicho precepto, el requerimiento de pago de la letra de cambio perdida, bajo condición, eso sí, de la formalización de alguna de las cautelas previstas al efecto, sea prestación de caución en sentido estricto, sea consignación judicial, a lo que se ha de añadir la eventualidad de una consignación acomodada a las exigencias establecidas en el artículo 48. Pues bien, conforme al artículo 87/II, ahora objeto de estudio, el tenedor relegitimado podría reclamar directamente, siendo título suficiente para ello la sentencia de amortización, la cancelación de la garantía prestada, o bien, en su caso, la entrega de lo consignado judicialmente (v. el artículo 7 del Real Decreto 34/1988, de 21 de enero, regulador de los reintegros, bajo forma de mandamiento de devolución, correspondientes a las cantidades ingresadas en las cuentas de depósitos y consignaciones) o con arreglo a lo que se dispone en el artículo 48 de la LC.

La sentencia de amortización, como se sabe, produce el efecto de la reconstitución de la legitimación perdida por el tenedor desposeído (asimismo ha de favorecer esa relegitimación al pagador, ex artículo 46/III de la LC⁽¹⁴⁸⁾). En virtud de ello, el beneficiado por la amortización, tenedor ahora relegitimado, vuelve a gozar de la posición de la que gozaba en el plano documental, y aun resulta fortalecido en ella en el supuesto de que el pronunciamiento judicial haya alcanzado, habiéndose presentado y desestimado oposición a la solicitud de amortización, a la titularidad crediticia a cuyo servicio se hallaba la legitimación documental. Así las cosas, la sentencia de amortización constituye título suficiente al efecto del ejercicio de los derechos cambiarios y de aquellos otros supeditados a la posesión del documento creado con su prístina función instru-

(148) Contrariamente, y sin acierto a mi parecer, BALDÓ y CALAVIA, *Letra de cambio...*, p. 308, estiman que, “después de la sentencia declarando la amortización de la letra, el deudor no se libera más que pagando al verdadero titular”, a lo que añaden, explícitamente, que el artículo 46/III de la LC “no opera aquí”, por lo que el deudor “está obligado a indagar sobre la titularidad real”.

mental ⁽¹⁴⁹⁾. El artículo 87/II se fija precisamente en el requerimiento de pago al vencimiento de la letra amortizada, sin duda como expresión más terminante de la realización del valor incorporado al título amortizado.

Así pues, sobre la base de la sentencia de amortización no ha lugar a una cabal *presentación al pago*; sí, de suyo, a un requerimiento de pago. Cualesquiera consideraciones hacederas en torno a la presentación de la letra de cambio al pago cabría reproducirlas por referencia a este requerimiento de pago que el artículo 87/II de la LC menciona como actuación puesta a disposición del tenedor relegitimado, bien entendido que el vocablo “*podrá*” habrá de ser interpretado, en su caso, como alusivo a la carga correspondiente. Obviamente hay que hacer salvedad de aquellos extremos de la regulación cambiaria y de las normas concordantes que presuponen la posesión, la exhibición, la entrega, la tenencia en suma, de un documento que por obra y gracia de la sentencia de amortización ha dejado de existir en el mundo jurídico. Así, por ejemplo y sin intención de exhaustividad en esta reseña, aparte la antedicha imposibilidad de una presentación al pago (me parece innecesario citar ahora todos los preceptos que habría que tomar en consideración —téngase presente, al menos, lo expuesto con ocasión del análisis de las actuaciones del tenedor desposeído durante la tramitación del procedimiento de amortización—), la prueba del pago (v. el artículo 45/I y preceptos concordantes) no podrá ser facilitada sino por medio de un recibo, la falta de pago no podrá resultar acreditada sino por medio de protesto (v. el artículo 51/II), el protesto no podrá cumplimentarse con arreglo a las exigencias formales requeridas al efecto y que presuponen la entrega de la letra al Notario (v. el artículo 52 y preceptos concordantes), etc.

Como quiera que el tenedor desposeído y solicitante de la amortización de la letra de cambio perdida recobra, en virtud de la sentencia estimatoria de su pretensión, la posición jurídica en la que se hallaba en cuanto poseedor del título ahora anulado y privado por ello de toda eficacia, así también podrá ejercer, en situación habilitante al efecto, las acciones cuyo planteamiento requiere, conforme a su prístina configuración, la aportación de la letra al proceso o, en su caso, el ofrecimiento de su entrega: en el supuesto de acción

(149) V. la Sentencia de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Granada de 16 de mayo de 2000 (*Aranzadi Jur.*, 2000/222851): se trata de una resolución de redacción un tanto confusa, pero parece ser que considera que el testimonio de la sentencia de amortización no basta al efecto del ejercicio de acción cambiaria; esto es, que es menester la *acreditación de la existencia y exigibilidad del crédito* (lo que cabe entender como desconocimiento de la eficacia estrictamente legitimadora de la sentencia de amortización).

cambiaría ⁽¹⁵⁰⁾, atendidas las consideraciones propias de su naturaleza, así como, en particular, las normas procesales aplicables en lo concerniente a la aportación de documentos al proceso por la parte actora (v. el primer ordinal del apartado primero y el apartado cuarto del artículo 265 de la LEC/2000), singularmente si se trata del juicio cambiario (v. los artículos 819 y 821.1 de la LEC/2000), y análogamente ocurre en el supuesto de la acción de enriquecimiento (v. el artículo 65 de la LC); en el supuesto de acción causal, porque el deudor *ex causa* y dador de la letra de cambio *pro solvendo* (v. el artículo 1170/II/III del CC) tiene el derecho a rescatar el título contra el cumplimiento de la obligación principal ⁽¹⁵¹⁾, y análogamente ocurre en el supuesto de la acción derivada del crédito adquirido con el título (v. el artículo 69 de la LC). Pues bien, en todos estos casos, el tenedor relegitimado podrá ejercer la acción de que se trate amparado por la sentencia de amortización, bien entendido que en los límites resultantes del pronunciamiento judicial, que puede alcanzar, sea —sólo— al plano de la legitimación cartular (en ausencia de oposición a la solicitud de amortización), sea —también— al de la titularidad del crédito cambiario (desestimada la oposición eventualmente interpuesta). Del otro lado de la relación jurídica, las excepciones oponibles serán las que habrían resultado oponibles si la acción se hubiese ejercido sobre la base de la letra de cambio —que no se hubiese perdido—, salvo en lo relativo, en términos ya expuestos en páginas anteriores, a las alegaciones hechas por los interesados en el procedimiento de amortización, incluso convertido éste, en su caso, en proceso contencioso ⁽¹⁵²⁾.

⁽¹⁵⁰⁾ V. la Sentencia de la Sección 8.^a de la Audiencia Provincial de Valencia de 10 de febrero de 1998 (*Aranzadi Civil*, 1998/330): ejercida acción de reclamación de cantidad con fundamento en cincuenta y cinco letras de cambio extraviadas, amortizadas en el correspondiente procedimiento de amortización, frente a la demanda se opone, sin éxito, que la sentencia de amortización extingue las obligaciones cambiarias.

⁽¹⁵¹⁾ V. la Sentencia de la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla de 11 de abril de 1991 (*Revista General de Derecho*, núm. 579, 1992, p. 12914): ejercida la acción causal, habiendo extraviado el demandante las correspondientes letras de cambio, se declara que “*si bien cuando de resolución o de cumplimiento de un contrato de la señalada índole se trata no pueden quedar en poder del vendedor efectos a cargo de los compradores creados para abonar el precio de la venta, la alegación de extravío, que hace imposible el retorno material de las cambiales a los deudores, al tener constancia en la sentencia que pone fin al litigio les garantiza a todos los efectos como si la devolución se hubiere producido, hallándose, por ende, desprovista de fundamento toda distinta consecuencia de ese extravío*”.

⁽¹⁵²⁾ V. la Sentencia de la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Alicante de 26 de febrero de 2001 (*Aranzadi Jur.*, 2001/160567): se declara la amortización de varias letras de cambio por causa de extravío; dos sujetos, cuya posición en los títulos no resulta especificada en la Sentencia, habiendo sido emplazados en el procedimiento de amortización conforme al artículo 85/III de la LC y no habiendo comparecido, interponen el recurso de apelación con aportación de las letras amortizadas, alegando haberlas pagado; el recurso de apelación queda

C) La posición jurídica del portador amparado por el régimen de la adquisición *a non domino* de la letra de cambio

Parece claro, si no evidente, que el establecimiento de un sistema legal de amortización de la letra de cambio, en nuestro Ordenamiento expresamente para los supuestos de extravío, sustracción o destrucción, tiende primordialmente a salvaguardar el interés del tenedor desposeído. Ahora bien, como se puso de manifiesto en su momento, la regulación contenida en el Capítulo XI del Título I de la LC no ha querido preterir otros intereses privados que asimismo son merecedores de protección. Cuestión diversa es la del grado de acierto alcanzado en el propósito. Sea como fuere en cuanto a esto, lo cierto es que el legislador no cayó en el olvido de aquellos cuya posición jurídica puede venir a menos, siquiera en línea de principio, como consecuencia de la amortización de una letra de cambio a ellos concerniente en uno u otro concepto. De varios sujetos, entre los ahora aludidos, me he ocupado en páginas anteriores, y no sería oportuno abundar en lo dicho. Sí es menester prestar atención —aun de nuevo— al portador actual de la letra de cambio que había resultado perdida y finalmente amortizada. Esto es así en consideración de lo que se dispone en el tercer y último párrafo del artículo 87 de la LC, que hace salvedad, a la postre, del régimen de la adquisición *a non domino* de la letra de cambio. Su tenor es el siguiente: “Lo establecido en este capítulo se entenderá sin perjuicio de lo que dispone el párrafo segundo del artículo 19 de la presente Ley”; el del pasaje invocado, este otro: “Cuando una persona sea desposeída de una letra de cambio, por cualquier causa que fuere, el nuevo tenedor que justifique su derecho en la forma indicada en el párrafo precedente no estará obligado a devolver la letra si la adquirió de buena fe”. De lo que se trata, claro está, es de componer los intereses en presencia: el del tenedor desposeído de la letra de cambio perdida, despojado de la legitimación documental de la que gozaba y que pretende sea reconstituida en su favor; el del portador actual de la letra de cambio amortizada, igualmente despojado y aun en mayor medida, en este caso en virtud del pronunciamiento judicial de amortización. De lo que se trata, en fin de todo, es de que la seguridad del tráfico padezca la menor merma posible, dando por cierto que un sistema de amortización la compromete seriamente⁽¹⁵³⁾.

desestimado, declarándose que la posibilidad que tiene el tenedor relegitimado de exigir el pago “no impide en absoluto el planteamiento por el deudor de cuantas excepciones hubiera podido oponer si no se hubiese producido la desposesión”.

⁽¹⁵³⁾ Vale la pena reseñar un pasaje en el que se pone de manifiesto con lucidez esta misma idea, la de la conveniencia de proteger al *adquirente de buena fe*: “Merece, asimismo, la tutela de la ley. Esto es, además de justo, político: protegiendo la circulación honesta de la cambial, se eliminan prevenciones contra ella, se da seguridad al derecho de crédito que contiene, se impulsa el tráfico cambiario” (Emilio LANGLE Y RUBIO, *Manual de Derecho mercantil español*, t. II, Barcelona, 1954, p. 352).

Antes que nada debe fijarse el presupuesto para la aplicación de lo que se dispone en el artículo 87/III de la LC, porque no todo portador actual de la letra de cambio amortizada puede resultar acreedor de la tutela dispensada. Como quiera que la cláusula de salvaguardia contenida en dicho artículo se refiere por vía de invocación normativa al régimen de la adquisición *a non domino* de la letra de cambio, la primera precisión que ha de hacerse consiste en afirmar que la salvedad establecida no comprende el supuesto de adquisición —*a non domino*— de la letra de cambio —ya— amortizada. Como se dijo más arriba, la terminante declaración del artículo 87/II conforme a la cual, “*declarada judicialmente la amortización de la letra, no tendrá ésta ninguna eficacia*”, implica que a partir de la sentencia de amortización no sea posible adquirir derecho cambiario alguno de resultados de la entrega del título amortizado. *Quid iuris?* El adquirente de letra de cambio amortizada tendrá que buscar la tutela de su interés sobre la base, a lo que creo, de la consideración como nulo, por falta de objeto (v. el artículo 1261.2.º del CC), del contrato de entrega ⁽¹⁵⁴⁾, con la consiguiente repercusión de tal nulidad en el plano de la tenida por relación causal.

Así pues, la aplicación del artículo 87/III de la LC (que —digámoslo una vez más— constituye una relativa excepción a la sobrevenida *ineficacia* de la letra de cambio amortizada ⁽¹⁵⁵⁾, por demás necesaria para mantener la congruencia de un sistema que consagra la adquisición *a non domino* de la letra de cambio) presupone que la adquisición efectuada por el portador actual, sea adquirente *a non domino*, sea adquirente posterior a una tal adquisición, se haya producido con anterioridad a la declaración judicial de amortización de la letra de cambio. Igualmente presupone que el beneficiado por el régimen de la adquisición *a non domino* no haya formulado oposición a la solicitud de amortización: la salvaguardia del interés de dichos adquirentes va de suyo implícita (artículo 86 de la LC, también artículo 1817 de la LEC/1881, ambos en relación con el artículo 19/II de la LC) en el reconocimiento de la posibilidad de formular esa oposición.

No son estas páginas el lugar oportuno para introducir un cumplido tratamiento de los presupuestos y el alcance del sistema de la adquisición *a non domino* de la letra de cambio. Con todo, conviene aquí, aparte alguna que otra referencia ulterior, precisar que la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la solicitud de amortización de la letra de cambio perdida (v. el artículo

(154) VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, p. 549, señala que, en la situación descrita, el adquirente tiene acción contra el transmitente o contra quien de cualquier forma le ha causado daño interviniendo culpa o negligencia.

(155) Fernando SÁNCHEZ CALERO, “Las excepciones cambiarias”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 29, 1988, pp. 7-66, *ibi* 41, dice que la amortización es *ineficaz* en el supuesto contemplado.

85/IV de la LC) no debe considerarse excluyente *per se* de la buena fe requerida para adquirir a *non domino* ⁽¹⁵⁶⁾.

¿Cómo concretar la posición jurídica de aquel a quien el artículo 87/III de la LC desea proteger? Para dar respuesta a ello se presenta como inicialmente necesaria una referencia, siquiera sea escueta y sin perjuicio de volver sobre ello, a la tramitación en las Cortes Generales del Proyecto de Ley Cambiaria y del Cheque. En efecto, el texto del artículo 86/III del Proyecto era el siguiente: “*La amortización de la letra extingue los derechos resultantes del título amortizado, pero el tenedor del mismo que se considere perjudicado conservará acción personal contra quien hubiere obtenido la amortización*”. Al paso del Proyecto por el Senado se produjo la modificación de la que trae causa el texto del artículo 87/III de la LC. Pues bien, quienes se han ocupado con cierto detenimiento de esta cuestión coinciden, aparte —en su caso— la crítica de la referida modificación legislativa, en afirmar que la solución no puede ser sino la propuesta en el Proyecto de Ley; esto es, el reconocimiento en cabeza del portador actual, amparado por el régimen de la adquisición a *non domino* de la letra de cambio, de una acción contra el tenedor relegitimado en virtud de la sentencia de amortización ⁽¹⁵⁷⁾.

Vamos a ver. En la LC, el usual y generalizadamente denominado *efecto traslativo del endoso* se proyecta tanto sobre la titularidad dominical de la letra de cambio —en cuanto documento, al cabo cosa mueble— (“*La letra de cambio, aunque no esté expresamente librada a la orden, será transmisible por endoso*” —artículo 14/I—) como sobre la titularidad crediticia a ella incorporada (“*El endoso transmite todos los derechos resultantes de la letra de cambio*” —artículo 17/I—). Quiere decirse, así pues, que el adquirente a *non domino* de una letra de cambio, presupuesta la concurrencia de los requisitos exigibles conforme al régimen establecido en el artículo 19/II, deviene, a más de propietario del documento, titular de los derechos cambiarios (como es sabido, el

(156) V. BALDÓ y CALAVIA, *Letra de cambio...*, p. 303. V. también, más detenidamente en la argumentación, que vengo a compartir, Mercedes VERGEZ SÁNCHEZ, “La circulación de la letra de cambio”, en *Derecho cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaria y del Cheque*, dir. A. Menéndez, Madrid, 1986, pp. 449-511, *ibi* 485; VELASCO, “La adquisición «a non domino»...”, p. 452.

(157) V., con diversidad de matices, VARA DE PAZ, “El procedimiento...”, pp. 548-550, y, en cuanto a otras acciones, 551-553; BALDÓ y CALAVIA, *Letra de cambio...*, pp. 305-306; CORTÉS, “La amortización...”, pp. 862-864; VELASCO, “La adquisición «a non domino»...”, pp. 461-463; PÉREZ-SERRABONA, “La amortización...”, pp. 199-200; Francisco VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho mercantil*, 15.ª ed., Valencia, 2002, p. 957. Por su parte, de una acción fundada en la figura del *enriquecimiento injusto cambiario* hablan GARCÍA LUENGO y SOTO VÁZQUEZ, *Nuevo régimen...*, p. 364.

hecho de que el precepto se refiera *expressis verbis* —sólo— a la irreivindicabilidad del título, diciendo —sólo— que *el nuevo tenedor no estará obligado a devolverlo*, no ha constituido óbice para entender que lo adquirible *a non domino* asimismo alcanza al plano de las relaciones obligatorias cambiarias —y aun al de las de naturaleza diversa, como en el caso del artículo 69—. Es el adquirente *a non domino* de la letra de cambio, como en línea de principio lo es un adquirente posterior a una tal adquisición, el nuevo acreedor cambiario, al efecto asistido de la legitimación cartular (v. el artículo 19/I). Pues bien, de esa legitimación cartular, a la vez presupuesto (artículo 19/II) y efecto (artículo 19/I) de su posición jurídica, resulta privado por obra y gracia de la sentencia de amortización, dada la pérdida de eficacia que sobre la letra de cambio produce dicho pronunciamiento judicial, dictado (por lo que ahora interesa —pues que ésta es la hipótesis—) en ausencia de oposición a la solicitud de amortización. La reconstitución de la legitimación del tenedor desposeído se logra, a la postre, en detrimento, a la postre a costa, de la legitimación del portador actual (claro está que vale a decir, como supongo que se viene entendiendo, en el caso de existir —caso excluido por definición en el supuesto de la destrucción del título—).

Ahora bien, ¿qué habrá que decir acerca de los efectos que la resolución judicial deba producir sobre los derechos resultantes del título amortizado? Podrá convenirse en que la fórmula de la primera proposición del artículo 86/III del Proyecto de Ley Cambiaria y del Cheque ("*La amortización de la letra extingue los derechos resultantes del título amortizado [...]*") aun admisible en atención a la regla de la proposición segunda del citado artículo ("*[...] pero el tenedor del mismo que se considere perjudicado conservará acción personal contra quien hubiere obtenido la amortización*"), no habría sido significativamente afortunada, antes bien, al contrario, cuando menos por la extrañeza que tendría que haber causado una tal extinción de *los derechos resultantes del título amortizado*, toda vez que el artículo 86/I del Proyecto proponía que la resolución judicial declarara, como reseñé con anterioridad, "*la amortización del título y la legitimación del denunciante para exigir el pago de la letra*", siendo así, por otra parte, que el texto del artículo 19/II del Proyecto terminó siendo el del artículo 19/II de la LC. En efecto, quedaría por determinar el alcance de una resolución que, por un lado, declarase la legitimación del tenedor desposeído para exigir el pago de la letra de cambio amortizada, y, por otro lado, produjera la extinción de los derechos resultantes del título amortizado; en otras palabras, una resolución que no afectara a la titularidad del crédito cambiario en cabeza del tenedor desposeído mas sí a la ostentada por el portador actual del título amortizado, precisamente, en su caso, el verdadero acreedor. Por demás, aquella referencia a una *acción personal* del portador actual del título amortizado frente al solicitante de la amortización relegitimado, ciertamente coherente con la entonces pretendida extinción de los derechos cambia-

rios, no habría podido ser interpretada sino como terminantemente alusiva a una acción no cambiaria. A mi parecer, por las consideraciones recién expuestas, no es reprochable la supresión de la fórmula que se contenía en el artículo 86/III del Proyecto de Ley Cambiaria y del Cheque en lo referente a la extinción de los derechos resultantes del título. La otra regla entonces propuesta, la de la conservación de una *acción personal* frente al tenedor relegitimado en virtud de la sentencia de amortización, postulada en la literatura jurídica (según se hizo constar más arriba) con arreglo al régimen vigente y con uno u otro matiz explicativo, me parece admisible. A continuación procedo a sugerir su reconstrucción dogmática conforme a mi modo de ver el asunto en cuestión.

El artículo 87/III de la LC tiene por designio dejar a salvo, en lo sustancial cuando menos, lo establecido en el artículo 19/II, el cual abre el cauce para consolidar la posición jurídica de acreedor cambiario no obstante la falta de facultades dispositivas del transmitente de la letra de cambio. Por otra parte, la sentencia de amortización legitima como acreedor cambiario al solicitante que la haya obtenido, que en realidad no será acreedor cambiario en el supuesto de que la letra de cambio amortizada haya sido con anterioridad adquirida *a non domino*. Así es. Como se sabe, la pérdida de —la posesión de— la letra de cambio deslegitima al tenedor desposeído, pero su titularidad de los derechos cambiarios subsiste. La sentencia de amortización lo repone en cuanto a la legitimación cartular; esto es, lo relegitima, y ello, en ausencia de oposición a la solicitud de amortización, sin que la resolución judicial vaya —ni pueda ir— más allá, que es tanto como decir que sin pronunciamiento sobre la titularidad del crédito que se había incorporado al título perdido. Entonces, no afectando la sentencia de amortización a la titularidad del crédito cambiario, hay que colegir que la pérdida de eficacia de la letra de cambio amortizada, enfáticamente proclamada en el artículo 87/II, se circunscribe al plano de la legitimación cartular: es ahora el portador actual, en su caso, el que resulta deslegitimado; pero incólume en cuanto a la titularidad crediticia lograda en virtud del mecanismo de la adquisición *a non domino* de la letra de cambio, porque no hay base para estimar que los efectos de la sentencia de amortización puedan ser distintos según que el título amortizado hubiera sido tempestivamente adquirido *a non domino* o no. Es en los términos expuestos esa posición jurídica, al cabo de todo, la que el artículo 87/III pretende salvaguardar haciéndola prevalecer sobre la del tenedor relegitimado en virtud de la sentencia de amortización, el cual —véase el asunto como se vea— fue el que había perdido la letra de cambio, con culpa o sin ella, que eso poco importa cuando de lo que se trata es de la distribución de riesgos. Si me es permitida una licencia del lenguaje jurídico, diríase que el *siniestro* se produce por mor de la adquisición del crédito cambiario por el adquirente *a non domino* de la letra de cambio, que entonces deja de pertenecer al patrimonio del tenedor desposeído.

Pues bien, como quiera que la reconstitución de la legitimación del tenedor desposeído (reitero que en ausencia de oposición a su solicitud de amortización de la letra de cambio perdida y en la hipótesis de una válida adquisición por tercero de buena fe) se obtiene sacrificando la legitimación del verdadero acreedor cambiario, la protección del interés de éste, aun no habiéndose personado en el procedimiento para formular oposición, se ha de concretar bien entendido que sin posibilidad, por lo dicho, de encauzar pretensión alguna de naturaleza cambiaria sobre la base de la letra de cambio amortizada; quiere decirse con fundamento en un título que ha devenido ineficaz en virtud de la sentencia de amortización⁽¹⁵⁸⁾. Más bien de pasada he afirmado que la salvaguardia de su posición jurídica no se supedita a una suerte de carga que tuviera por objeto haber presentado oposición a la solicitud de amortización: ello lo deriva de la existencia misma de la cláusula contenida en el último párrafo del artículo en estudio, que a mi parecer no tiene por designio legitimarlo procesalmente para oponerse a la solicitud de amortización, ya que esto otro debe considerarse implícito, como dije, en los artículos 86 de la LC y 1817 de la LEC/1881 en relación con el artículo 19/II de la LC. Lo cierto es que ese tercero, acreedor cambiario, queda privado, amortizada su letra de cambio, de la legitimación de la que gozaba, siendo ahora el beneficiario de esa cualidad quien en hipótesis no es acreedor cambiario.

Llegados a este punto, el último y definitivo paso que ha de conducir a la concreción de la posición jurídica del portador actual de la letra de cambio amortizada, beneficiado por el régimen de la adquisición *a non domino*, se ha de dar, partiendo de la base de que no puede encauzar pretensión alguna de naturaleza cambiaria sobre la base de la letra de cambio amortizada, no obstante ser el titular de los derechos que resultaban del título amortizado, al cabo verdadero acreedor, tomando en consideración la idea según la cual la sentencia de amortización pronunciada en ausencia de oposición a la solicitud instantánea del expediente, en fin de cuentas resolución judicial dictada en procedimiento de jurisdicción voluntaria no devenido proceso contencioso, carece de la eficacia de la cosa juzgada en lo concerniente a la titularidad crediticia incorporada a la letra de cambio amortizada. Y precisamente por eso, por no alcanzar los efectos de la sentencia de amortización al plano de la titularidad del crédito cambiario, el portador actual de la letra de cambio amortizada podrá pretender frente al tenedor relegitimado en virtud de la sentencia de amortización que se le reintegre la legitimación de la que había resultado privado por mor de dicha resolu-

(158) V. la Sentencia de la Sección única de la Audiencia Provincial de Segovia de 28 de febrero de 2000 (*Aranzadi Civil*, 2000/174): ejercida acción de reclamación de cantidad con fundamento en letra de cambio amortizada, se desestima la pretensión, haciéndose ver que el tenedor no había formulado oposición a la solicitud de amortización.

ción judicial. *Mutatis mutandis*, lo que resulta de lo establecido en el artículo 87/III de la LC en favor del portador actual de la letra de cambio amortizada es la posibilidad de hacer valer su derecho, la titularidad del crédito cambiario, frente al solicitante de la amortización, como lo podría haber hecho valer en el caso de que tempestivamente se hubiera personado en el procedimiento y formulado oposición a la solicitud de amortización.

Lo recién dicho ha de ser matizado. En primer lugar debo conjurar el riesgo de un equívoco, porque en otros pasajes he sostenido que el plazo conferido para formular oposición a la solicitud de amortización de la letra de cambio perdida (v. los artículos 85/IV, 86 y 87/I de la LC) es un plazo preclusivo: ciertamente lo es, pero bien entendido que en la tramitación del procedimiento de amortización y a sus solos efectos; pero ello en nada empece para que el portador actual del título amortizado pueda alzarse —de suyo no contra la sentencia de amortización— para pretender la reintegración de la legitimación de la que ha resultado privado (según he hecho ver, el artículo 87/III le proporciona un *plus*, porque la legitimación procesal para formular oposición a la solicitud de amortización ya se encuentra implícita en los artículos 86 de la LC y 1817 de la LEC/1881 en relación con el artículo 19/II de la LC). En segundo lugar debo salir al paso, por anticipado, de una posible objeción a esta reconstrucción dogmática, a saber: ¿qué sentido tiene fijar un plazo —preclusivo— para la presentación de oposición a la solicitud de amortización si después aún puede el portador actual de la letra de cambio amortizada pretender la reintegración de su legitimación? Repárese en que antes dije que el artículo 87/III lo coloca en la posición jurídica que tenía, *mutatis mutandis*, en el momento en el que podía personarse en el procedimiento de amortización al efecto de formular oposición; esto es, *cambiando lo que se deba cambiar*. Y lo que aquí se debe cambiar es lo siguiente: personado el portador actual de la letra de cambio perdida para formular oposición, habiendo aportado el título, en su caso se habrá podido beneficiar, al efecto de la distribución de la carga de la prueba, de la legitimación cartular, tal como se explicó al analizar el artículo 86; por el contrario, ejerciendo la acción de la que ahora se trata, el portador de la letra de cambio amortizada, precisamente porque la sentencia de amortización reconoció la legitimación cartular en favor del tenedor desposeído, tendrá sobre sí la carga de la prueba de su adquisición *a non domino* o de una adquisición a la poste amparada por el sistema resultante de lo establecido en el artículo 19/II (con esto ocurre como con la acción reconocida en el artículo 65, denominada *de enriquecimiento*: en los supuestos contemplados, el tenedor dispone aún de una *vía extrema para la satisfacción de sus intereses*⁽¹⁵⁹⁾, pero su posición

(159) Según la expresión de JIMÉNEZ SÁNCHEZ, “Las crisis cambiarias...”, p. 113.

procesal resulta agravada en comparación con la correspondiente al ejercicio de acción cambiaria e incluso al de la acción causal).

¿Quid iuris si el tenedor relegitimado en virtud de la sentencia de amortización hubiera ya cobrado (en los términos del artículo 87/II de la LC) *su crédito en la fecha del vencimiento de la letra amortizada*? Primero de todo debe señalarse que la regularidad del pago efectuado se habría de valorar conforme a la regla establecida en el artículo 46/III, que, como se sabe, no es sino caso de la que se halla consagrada con carácter general en el artículo 1164 del CC, declarándose la eficacia liberatoria del pago realizado de buena fe al acreedor aparente, bien entendido que en el supuesto que nos ocupa la sentencia de amortización sería el sustitutivo de la letra de cambio amortizada (salva la eventualidad de la expedición de un duplicado, cuyo pago, por cierto, asimismo habría de quedar sujeto a la misma regla). Pues bien, en tal eventualidad, la defensa del interés del portador actual de la letra de cambio amortizada se tendría que encauzar frente al *accipiens* por la vía de la doctrina del enriquecimiento sin causa.

En fin, si se hubiese expedido un duplicado —aún no cobrado—, la acción del portador actual de la letra de cambio amortizada frente al tenedor relegitimado en virtud de la sentencia de amortización tendría por objeto su reivindicación, teniendo ésta por límite el caso de su transmisión a tercero amparado por las reglas que gobiernan las transmisiones cambiarias, sin perjuicio, en tal circunstancia, de proceder asimismo con el fundamento del enriquecimiento sin causa.

CRÓNICA

LA RECOMENDACIÓN EUROPEA EN MATERIA DE RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

(Algunas reflexiones desde el ordenamiento español)

JUAN SÁNCHEZ-CALERO Y BLANCA PUYOL

*Departamento de Derecho Mercantil
Universidad Complutense*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: LA RECOMENDACIÓN Y EL “INFORME WINTER”.
 - 1. **Los antecedentes de la Recomendación.**
 - 2. **¿La retribución de los administradores como nuevo elemento específico del régimen de la sociedad anónima cotizada?**
 - 3. **Precisiones adicionales sobre el alcance de la Recomendación.**
 - 4. **La importancia del régimen transitorio.**

- II. LA OPORTUNIDAD DE LA RECOMENDACIÓN.
 - 1. **La retribución de los administradores como fuente de conflictos.**
 - 2. **La Recomendación como un primer paso.**

III. LA CORRECTA RETRIBUCIÓN Y EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO.

1. **La transparencia como factor de confianza: la confianza como resultado de la transparencia.**
2. **La retribución de los administradores como asignatura pendiente del gobierno corporativo.**

IV. LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN MATERIA DE RETRIBUCIÓN DE ADMINISTRADORES.

1. **La publicidad de las retribuciones y el interés por la confianza.**
2. **La libertad retributiva como principio de no intervención.**

V. LA INFORMACIÓN REFERIDA A CADA UNO DE LOS CONSEJEROS.

1. **La información individual como opción ineludible.**
2. **Retribución e independencia de los consejeros.**

VI. LA INFORMACIÓN SOBRE LA POLÍTICA RETRIBUTIVA.

1. **La información sobre retribución y las cuentas anuales.**
2. **La difusión de la información por medio de la página web.**
3. **Información sobre la retribución propuesta y sobre la que se ha hecho efectiva.**
4. **Información a los accionistas sobre los planes de retribución por medio de acciones.**

VII. DETERMINACIÓN DE LOS MEDIOS DE REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES.

1. **La libertad de las sociedades a la hora de determinar los medios de retribución de los administradores.**
2. **Estructura y composición de la retribución.**
3. **La publicidad de los distintos medios de retribución empleados respecto a cada administrador individual.**
4. **Autonomía e independencia del informe retributivo.**
5. **La forma en que los órganos sociales participan en la elaboración y aprobación de la política retributiva: supuesto específico de las entregas de acciones u opciones sobre acciones.**
6. **La retribución en el grupo.**

VIII. LA APROBACIÓN DE LA RETRIBUCIÓN: EL PAPEL DE LA JUNTA GENERAL.

1. **Introducción: las competencias en materia de retribución de administradores.**
2. **La deliberación sobre el informe retributivo.**
3. **La aprobación previa por los accionistas de la retribución por medio de acciones u opciones sobre acciones.**
4. **¿Cambios en la regulación de la Junta General?**

IX. LA RETRIBUCIÓN POR MEDIO DE ACCIONES U OPCIONES SOBRE ACCIONES.

1. **Regulación de esta forma de retribución.**
2. **Disposiciones de la Recomendación relativas a la publicidad de los planes de entrega de acciones u opciones sobre acciones.**

X. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN: LA RECOMENDACIÓN Y EL “INFORME WINTER”

1. Los antecedentes de la Recomendación

El pasado mes de octubre de 2004, la Comisión Europea adoptó dos nuevas iniciativas ambiciosas en materia de armonización del Derecho de sociedades especialmente representativas de la reforma comunitaria en curso. Ambas se han concretado en sendas Recomendaciones y abordan cuestiones esenciales en la configuración del régimen europeo de las sociedades cotizadas, puesto que se refieren a aspectos principales de su gestión como son, de un lado, la composición y estructura del órgano de administración y, de otro, la retribución

de los administradores ⁽¹⁾. La presentación de ambas disposiciones confiere credibilidad al proyecto de modernización del Derecho de sociedades que la Comisión Europea anunció en el año 2003 ⁽²⁾, plasmando así la intención de trasladar a los Estados miembros algunas de las recomendaciones contenidas en el “Informe Winter” ⁽³⁾, y que se ha traducido en la publicación de diversas iniciativas entre las que figuran las dos Recomendaciones referidas.

Las páginas que siguen pretenden exponer los puntos fundamentales de la segunda Recomendación, aprobada el pasado 14 de diciembre de 2004, que aborda la decisiva cuestión de la retribución de los administradores, poniendo esa exposición en relación con la evolución que en esa misma materia se viene percibiendo en la legislación y en la práctica españolas. Como tendremos ocasión de justificar en páginas posteriores, creemos que la Recomendación va a provocar un cambio sustancial en la regulación española de la retribución de los administradores de sociedades cotizadas; sustancial tanto por la modificación profunda del ordenamiento, como por el probable impacto que ese cambio va a comportar en la estrategia de las sociedades afectadas.

En el “Informe Winter” aparecía enunciado uno de los principios que con más claridad inspiran la Recomendación. Se trata del valor que en la regulación de las sociedades, y dentro de éstas, de sus órganos de administración, adquiere la información. Adelantamos ya la que nos parece una de las orientaciones más interesantes y acertadas dentro de la Recomendación: exigir que se publiquen

(1) El mismo día 6 de octubre de 2004, la Comisión presentó una Recomendación sobre el papel de los consejeros no ejecutivos y sobre los comités del consejo de administración [*On the role of non-executive or supervisory directors and on the committees of the (supervisory) board.* (IP/04/1182). Su texto puede consultarse en: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/company/docs/independence/2004-recommendation_en.pdf] y otra Recomendación sobre el impulso para un régimen adecuado para la retribución de los administradores de sociedades cotizadas [*On fostering an appropriate regime for the remuneration of directors of listed companies.* (IP/04/1183). Su texto puede consultarse en: http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/company/docs/directors-remun/2004-recommendation_en.pdf].

(2) V. la Comunicación titulada “Modernising Company Law and enhancing Corporate Governance in the European Union-A Plan to Move Forward” [Com (2003) 284 final] . El texto de la Comunicación en español se puede consultar en http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/cnc/2003/com2003_0284es01.pdf; v., la exposición general sobre su contenido en la contribución de FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L./SÁNCHEZ, M., “Modernización del Derecho de sociedades y mejora del gobierno corporativo en la Unión Europea: un análisis del plan de acción presentado a la Comisión”, en AA.VV., *Estudio sobre la reforma de los mercados financieros europeos*, t. I, Fundación de Estudios Financieros, Papeles de la Fundación n.º 5, Madrid, 2004, pp. 189-197.

(3) *Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, Bruselas, 4 de noviembre de 2002, pp. 161 (en adelante “Informe Winter”).

determinadas informaciones puede resultar mucho más eficaz que abordar directamente por medio de normas los hechos a los que afectan aquellas informaciones. No se trata tanto de hacer normas sobre aspectos sustantivos del funcionamiento u organización de las sociedades cotizadas, como de exigir que los mismos sean conocidos por los accionistas y por los mercados. Sin duda, la retribución de los administradores tiene una extraordinaria importancia en el caso de sociedades cotizadas. Incide de lleno en el “*viejo problema*” del control de los ejecutivos⁽⁴⁾ y en sus nuevas e intensas manifestaciones. Conocer la retribución es una vía necesaria para evaluar el gobierno de cada una de las sociedades, para corregir malas prácticas y, por supuesto, para determinar la infracción por los administradores de sus deberes legales⁽⁵⁾.

En dicho documento, el examen de la remuneración de los gestores fue analizado pormenorizadamente puesto que tal cuestión figuraba, desde un principio, entre las cuestiones objeto de mandato específico al grupo redactor del Informe⁽⁶⁾. La Recomendación ha venido a incorporar algunas de las propuestas contenidas en el Informe, en el que como elementos mínimos del régimen normativo en esta materia se enunciaban⁽⁷⁾: (i) debe concederse a los accionistas una oportunidad para debatir anualmente la política del consejo en cuanto a la retribución de los administradores; (ii) las cuentas anuales deben contener una información detallada de la retribución de cada uno de los administradores; (iii) la retribución a través de acciones, opciones sobre acciones o cualquier otro tipo de derechos de adquisición de acciones requerirá la previa aprobación de la Junta General; (iv) las cuentas anuales deberán reflejar adecuadamente el coste anual que para la sociedad suponen los programas de retribución por medio de acciones, opciones sobre acciones o derechos de adquisición de éstas.

(4) V. ESTEBAN VELASCO, G., “La renovación de la estructura de la administración en el marco del debate sobre el gobierno corporativo”, en AA.VV., *El gobierno de las sociedades cotizadas* (coord. Esteban Velasco, G.), Madrid, 1999, pp. 141 y ss.

(5) V. la expresión general de este principio en el “Informe Winter”, pp. 33-34: “Disclosure of information as a regulatory tool”. Esa orientación aparece en relación con iniciativas de más amplio alcance; aparece citada entre las medidas establecidas desde el control interno de la sociedad en la corrección de las malas prácticas corporativas: v. la Comunicación de la Comisión “Preventing and Combating Corporate and Financial Malpractice” [Bruselas 29 de septiembre de 2004, COM (2004)611 final, p. 16. Dicha Comunicación puede consultarse en http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/cnc/2004/com2004_0611en01.pdf].

(6) V. la referencia que al Ecofin celebrado en Oviedo los días 12 a 14 de abril de 2002 contiene el anexo I del “Informe Winter”, p. 129. En igual sentido, v. OECD, *Principles of Corporate Governance*, Paris, 2004, p. 22: “Disclosure and Transparency”.

(7) “Informe Winter”, pp. 65-67.

El “Informe Winter” terminaba proponiendo a la Comisión la adopción de una Recomendación con dicho contenido, que además incluyera el anuncio de la intención de supervisar su cumplimiento por parte de los Estados miembros, así como la eventual adopción de medidas normativas adicionales, si se estimara que la trasposición de la Recomendación no resultaba suficientemente satisfactoria. Un examen detenido del contenido de la Recomendación pone de manifiesto que su presentación ha implicado, en efecto, el fiel seguimiento por parte de la Comisión de la propuesta que en su día expresó aquel Informe ⁽⁸⁾.

2. ¿La retribución de los administradores como nuevo elemento específico del régimen de la sociedad anónima cotizada?

Con la brevedad que reclama el objetivo de estas páginas, no podemos obviar un apunte sobre lo que significan estas nuevas recomendaciones para la configuración de un régimen específico de las sociedades anónimas cotizadas. Como es conocido, nuestro ordenamiento se ha visto alterado a lo largo de estos últimos años por la incorporación a la Ley de Sociedades Anónimas —LSA— de nuevas disposiciones de aplicación específica a ese “subtipo” o por el desplazamiento hacia otras disposiciones de normas de notable importancia para la organización y funcionamiento de las “sociedades cotizadas” (como sucede con el ejemplo destacado del nuevo Título X de la Ley del Mercado de Valores de 1988 —LMV— incorporado por la Ley de Transparencia de 2003 ⁽⁹⁾). Medidas que reiteran el interés del debate sobre la reforma del régimen de la sociedad cotizada, tanto desde el punto de vista de cuál debe ser el criterio de política

⁽⁸⁾ La Recomendación es el resultado de un prolongado trabajo de investigación en esta materia que se inició en febrero de 2004 con una amplia consulta al respecto. Los resultados de la consulta y otros muchos materiales relevantes para el estudio de la retribución de los directivos de sociedades cotizadas pueden verse en la página abierta al efecto por el European Corporate Governance Institute: <http://www.ecgi.org/remuneration/index.htm>. El texto de la Recomendación que comentamos fue publicado por la Comisión Europea el pasado 6 de octubre de 2004, tras haber sometido un borrador del mismo a consulta pública durante los meses de julio a septiembre. El texto definitivo ha sido aprobado el 14 de diciembre de 2004 y publicado el 29 de diciembre de 2004 (DUE L385/55).

⁽⁹⁾ Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas.

legislativa definitorio de esa reforma, como por los cauces concretos a través del que, en su caso, debe plasmarse ⁽¹⁰⁾.

En cuanto a lo primero, las dos Recomendaciones presentadas por la Comisión Europea parecen reducir el ya de por sí limitado ámbito de la libertad corporativa, al irrumpir sobre materias en las que hasta ahora, a partir de una escasa regulación positiva de carácter imperativo, eran la autonomía estatutaria y la voluntad de cada sociedad las que decidían en materia de retribución y composición del consejo. En concreto, la Recomendación sobre retribución de los administradores exige el cumplimiento de una serie de medidas de alcance general. Exigencia que, con suma probabilidad, se traducirá en los distintos Estados miembros en la adopción de disposiciones adicionales antes del 30 de junio de 2006 ⁽¹¹⁾. Llegamos así a la segunda cuestión. En tal caso, lo que corresponderá decidir al legislador español es si acomoda esa norma en el seno de la LSA o si, continuando con la orientación acogida a partir de la Ley de Transparencia, persiste en desplazar hacia la LMV la disciplina de las sociedades cotizadas en las materias expuestas. Tanta o más importancia que la concreta solución que se adopte tendrá el establecimiento de un criterio regulador fundado que permita comprender la razón que lleva, bien a integrar la disciplina de la sociedad cotizada en el seno de la LSA, o bien a continuar con la habilitación del Derecho del mercado de valores como sede en la que insertar la regulación aplicable a esas sociedades. Cualquiera que sea la opción elegida, creemos que las materias afectadas por la Recomendación obligarán a su tratamiento por medio de normas con rango de ley, sin perjuicio del ineludible desarrollo reglamentario de algunos puntos.

Ante la falta de acogida que parecen haber tenido intentos especialmente ambiciosos “de sistematización y de racionalización” del Derecho de sociedades que implique el reconocimiento de un régimen sustantivo de la cotizada ⁽¹²⁾, los últimos tiempos vienen reflejando entre nosotros la tensión entre dos recursos normativos: de un lado, el que sustenta que todas las cuestiones que afecten

⁽¹⁰⁾ Para un planteamiento general del problema, v. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., “El debate actual sobre el gobierno corporativo”, en AA.VV., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, p. 82 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, F., *La sociedad cotizada en Bolsa en la evolución del Derecho de sociedades*, Madrid, 2001, pp. 99-116; y FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “El significado de la Ley de Transparencia en la modernización del derecho societario español”, *RdS*, 22, 2004, p. 109.

⁽¹¹⁾ El Gobierno español (y la CNMV) parecen decididos partidarios de la pronta incorporación del contenido de la Recomendación: v. “El Gobierno obligará a las empresas a publicar el sueldo de cada consejero”, *Expansión*, 5 de noviembre de 2004, pp. 1 y 3.

⁽¹²⁾ Nos referimos a la *Propuesta de Código de Sociedades mercantiles*, Madrid, 2002, p. 21.

a la organización de cualquier sociedad anónima deben tener acomodo en la vigente LSA, en la que puede quedar integrado el régimen específico de la sociedad cotizada; de otro, el que considera que las normas referidas a la sociedad cotizada deben ser incluidas en la disciplina de los mercados de valores, en especial por ser éste el cauce natural para establecer deberes legales en materia de información que, además de los accionistas, tienen unos destinatarios más amplios, como son el mercado y, a través de él, la generalidad de los inversores⁽¹³⁾. El legislador español ha mantenido en los últimos años una conducta errática, incluyendo reformas dedicadas a la sociedad cotizada en la LSA, y más tarde en la LMV y sus normas de desarrollo. El más reciente paso dado al respecto lo constituye la Ley de Transparencia, que al abordar la simultánea reforma de la LSA y la LMV, integró en la primera nuevas disposiciones que precisaban los deberes y responsabilidad de los administradores, al tiempo que añadía a la segunda un nuevo Título X “*De las sociedades cotizadas*” que, además de normas relativas a sus órganos sociales, sobre todo hace hincapié en los deberes informativos o, como dice su Capítulo IV, en la “*información societaria*”.

Ese debate antiguo y, sin embargo, permanente e interesante sobre la convivencia de los Derechos de sociedades y del mercado de valores puede reproducirse al abordar la aplicación en España de la Recomendación. Al respecto quizás convenga recordar que ésta no aborda ni los conceptos, ni las cuantías de esa retribución, sino que su contenido se sintetiza en: (i) la exigencia de que toda sociedad cotizada determine formalmente su política retributiva; (ii) la forma en que los órganos sociales participan en la elaboración y aprobación de esa política, y (iii) la publicidad de los documentos que recogen la retribución percibida por los administradores y la que van a percibir, siendo este último apartado el que más atención recibe. En suma, que esta nueva “*regulación*” se ocupa de aspectos formales e informativos, que no sustantivos, de la retribución.

3. Precisiones adicionales sobre el alcance de la Recomendación

Aun cuando la Recomendación se dirige a los Estados miembros, a los que incita a tomar las decisiones necesarias para promover su propia aplicación, las sociedades cotizadas serán las destinatarias finales de dicha Recomendación, que también está llamada a cumplir una función interpretativa de aquellas dis-

(13) V. una sucinta referencia a la cuestión en SÁNCHEZ CALERO, F./SÁNCHEZ-CALERO, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, t. I, Madrid, 2004, pp. 464-465; más detenidamente, v. SÁNCHEZ CALERO, F., *La sociedad cotizada en Bolsa en la evolución del Derecho de sociedades*, pp. 109 y ss.

posiciones en vigor tendentes a fomentar la transparencia en esta materia⁽¹⁴⁾. Este hecho es suficiente argumento a favor de su trascendencia en la configuración del Derecho societario europeo. Ha de advertirse que, a los efectos de su aplicación, es sociedad cotizada cualquiera cuyos valores sean objeto de negociación en un mercado regulado⁽¹⁵⁾, sin que se entiendan dispensadas aquellas sociedades constituidas o domiciliadas fuera de la Unión Europea. Prima sobre la nacionalidad de la sociedad emisora el hecho de hacer una apelación a la inversión en aquellos mercados.

Una excepción que parece relevante —precisamente por la creciente importancia de los inversores institucionales en los mercados europeos— es la que afecta a la retribución de los administradores de instituciones de inversión colectiva con forma societaria. Para estas instituciones, la Recomendación invita a los Estados miembros a tomar en cuenta las particularidades que resultan de acuerdo con la disciplina particular de tales instituciones⁽¹⁶⁾, en las que ya existen algunas disposiciones referidas a su administración⁽¹⁷⁾.

Por último, la Recomendación extiende su ámbito de aplicación a la retribución de quienes ostentan la máxima responsabilidad ejecutiva en una sociedad cotizada y no pertenecen al Consejo de Administración o supervisión. Aun cuando ésta es una hipótesis alejada de la tradición y realidad empresariales

(14) Sobre la eficacia interpretativa de las Recomendaciones conforme a la jurisprudencia comunitaria, v. FONSECA MORILLO, F.J., “Recomendaciones y Dictámenes”, en AA.VV., *Diccionario de Términos Comunitarios* (coord. BIGLINO CAMPOS, P.), Madrid, 1997, pp. 371-372, y DÍEZ MORENO, F., *Manual de Derecho de la Unión Europea* (rev. López-Monís, M.); Madrid, 2001, p. 167.

(15) Concepto que ha de precisarse de conformidad con lo dispuesto en los arts. 4.14), 36 y 47 de la Directiva 2004/39/CEE, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo [DOCE L 145, de 30 de abril de 2004, p. 1 y ss.].

(16) Régimen plasmado dentro del ordenamiento comunitario en la Directiva 85/611/CEE, de 20 de diciembre de 1985, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM), [DOCE L 375, de 31 de diciembre de 1985, p. 3] modificada por las Directivas 2001/107/CEE [DOCE L, 41 de 13 de febrero de 2002, p. 20], 2001/108/CEE [DOCE L 41, DE 13 de febrero de 2002, p. 35] y 2004/39/CEE [DOCE L 145, de 30 de abril de 2004, pp. 1 y ss.].

(17) En el caso español, dentro de la reciente reforma de esas instituciones por medio de la Ley 35/2003, ha de examinarse, en especial, el régimen de las gestoras: v. TAPIA HERMIDA, A.J., “La Ley 35/2003 de Instituciones de Inversión Colectiva. Una aproximación general a su contenido”, *RDBB*, 93, 2004, pp. 199 y ss.

españolas ⁽¹⁸⁾, su contemplación en la Recomendación está justificada por el interés por poner a disposición de los accionistas la información que afecta a la retribución de quienes, en la gestión diaria, disponen del máximo poder de dirección de las actividades societarias.

4. La importancia del régimen transitorio

Precisamente, la advertencia acerca del cambio sustancial que ha de comportar la Recomendación con respecto a la situación normativa existente en España empuja a plantear la necesidad de que la eventual incorporación del contenido de la primera lleve aparejado un adecuado régimen transitorio que permita a las sociedades españolas y a sus administradores y directivos adaptar sus respectivos derechos y compromisos a la nueva situación. La Recomendación establece un plazo para la adopción de medidas destinadas a “*promover su aplicación*”, lo que resulta equívoco. Parece claro que tales medidas ya deberán haberse adoptado antes del 30 de junio de 2006, pero no lo es tanto si esas medidas deberán ser efectivas a partir de ese momento o si cabe reconocer a los Estados miembros algún margen para demorar esa efectividad hasta un momento posterior.

Sin perjuicio de cuál llegue a ser el momento de vigencia efectiva de las normas nacionales de adaptación, lo cierto es que éstas se van a proyectar sobre aspectos organizativos relevantes de las sociedades —en esencia, la política retributiva de sus dirigentes— y que van a incidir sobre derechos relevantes de las personas afectadas. Éstas pueden considerar, con fundamento, que las condiciones exigidas por la Recomendación innovan de forma tal las que eran aplicables en el momento de prestar su consentimiento que debe reconocérseles la facultad de decidir su continuidad o, en otro caso, plantear la revisión de su retribución. De ahí que creamos que resultará ineludible que la normativa española de adopción de la Recomendación contemple un período transitorio que sirva a sociedades y directivos para revisar y establecer su política retributiva conforme a los nuevos requisitos legales.

II. LA OPORTUNIDAD DE LA RECOMENDACIÓN

1. La retribución de los administradores como fuente de conflictos

Un atento espectador de la realidad empresarial española e internacional a lo largo de estos años considerará que la retribución de los directivos se ha

(18) Se advierte así la influencia de aquellos modelos en los que la gestión radica en un primer ejecutivo (el *chief executive officer* o *CEO* americano), a veces ajeno al órgano de administración.

convertido en constante fuente generadora de conflictos de diverso alcance⁽¹⁹⁾. De hecho, es una apreciación en la que coinciden aportaciones de distinta naturaleza al abordar la cuestión de la retribución de los administradores⁽²⁰⁾. En algunos de esos conflictos los accionistas destituyen a administradores por la vía de rechazar la retribución que éstos proponen a la junta para su aprobación. En otros, los accionistas reaccionan al conocer las condiciones pactadas para la retribución —entendida ésta en su más amplio sentido— de sus administradores y directivos, actuales o pasados. Las más prestigiosas figuras de la *Corporate América* han visto afectada su reputación cuando los accionistas de las sociedades por ellos gestionadas han conocido de manera detallada las retribuciones y ventajas que aquéllas disfrutaban⁽²¹⁾. Igual reacción mereció el conocimiento de las cantidades pactadas en concepto de indemnización, blindaje o compensación para quienes aceptaban abandonar su posición en la sociedad. Resulta difícil encontrar algún mercado europeo en el que no se haya registrado algún conflicto de esta o similar naturaleza.

Mayor intensidad tuvieron los conflictos que por esos mismos motivos terminaron en la instrucción de procedimientos penales, en donde el reproche derivado de la satisfacción de determinadas cantidades por ese mismo concepto ha alcanzado el máximo rigor en cuanto a las sanciones propuestas para sus responsables. Personas especialmente emblemáticas del mundo económico se han visto abocadas a procedimientos penales a partir de esas prácticas. En la mayoría de esos casos se ha podido establecer uno de los presupuestos de los que parte la Recomendación que reseñamos: la retribución es uno de los ámbitos paradigmáticos para la aparición de conflictos de interés entre los administradores y la sociedad [v. su Considerando (2)]. Conflicto que en ocasiones no es directo —el administrador no percibe una ventaja patrimonial a costa de la sociedad— sino que persigue una ventaja indirecta. El supuesto más claro de esto último es el de las indemnizaciones que se satisfacen como parte de convenios con administradores que abandonan sus cargos, favoreciendo esta marcha

(19) V. TUSQUETS TRÍAS DE BES, F., *La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles de capital*, Madrid, 1998, pp. 47-48.

(20) V. el documento elaborado por el Círculo de Empresarios de fecha 14 de noviembre de 2002, *El Gobierno de las Sociedades Cotizadas*, pp. 2 y 3 (puede consultarse en <http://www.circulodeempresarios.org>), donde se refiere a escándalos financieros y FERNÁNDEZ ARMESTO, J., “La reforma de las sociedades cotizadas en España”, *La Ley*, 6110, 20 de octubre de 2004, p. 2.

(21) V. las referencias con que inician su trabajo, DAINES/NAIR/KORNHAUSER, “The Good, the Bad and the Lucky: CEO pay and skill”, noviembre 2004, pp. 2-3 (este trabajo puede consultarse en http://repositories.cdlib.org/berkeley_law_econ/Fall2004/13).

los intereses de los administradores que permanecen o de terceros vinculados con algunos de ellos.

Desde un punto de vista general, no creemos que resulte errado atribuir el origen de esas situaciones conflictivas a dos circunstancias: la cuantía de los pagos o compromisos vinculados con esas retribuciones y, sobre todo, los procedimientos de decisión e información de acuerdo con los que se convinieron. Lo primero es cuestión que, a pesar de su importancia económica o sociológica, no creemos que recabe una especial respuesta desde un punto de vista estrictamente jurídico. Puede sorprender o escandalizar alguno de esos pagos o la variedad de prestaciones de las que se hace beneficiario a un responsable corporativo, pero no creemos que sea función de la norma determinar el *quantum* de la retribución de los administradores o directivos de las grandes corporaciones. Lo que sí admite un tratamiento legislativo es el procedimiento conforme al cual puede obligarse a la sociedad para con sus gestores en las materias y momentos varios que contempla el capítulo de su retribución ⁽²²⁾.

Es ésa la razón de que una de las materias *típicas* del buen gobierno corporativo ha venido siendo la revisión de las prácticas hasta ahora desarrolladas en materia de retribución de administradores. Se trata de una tendencia que trataba de solventar, por medio de códigos de conducta de aceptación generalizada, la insatisfacción derivada de la ausencia de reglas legislativas precisas en materia de retribución. El legislador societario ha mantenido tradicionalmente una orientación especialmente respetuosa hacia la autonomía estatutaria y las específicas prácticas de cada sociedad a la hora de precisar la retribución de sus administradores. Como es sabido, el art. 130 LSA mantiene un limitadísimo contenido, pues exige que la retribución de los administradores tenga una cobertura estatutaria y condiciona la modalidad consistente en la participación en beneficios a la previa satisfacción de un determinado dividendo a favor de los accionistas. Primacía estatutaria que se vio modificada parcialmente por el párrafo segundo del precepto que se limita a la retribución por medio de la entrega de acciones u opciones sobre éstas, que constituye una norma especial por su objeto y por los motivos que impulsaron su incorporación ⁽²³⁾, estrechamente vinculados con las tensiones referidas a una determinada e importante sociedad.

En nuestra opinión, la aplicación de la Recomendación o las medidas complementarias que en el futuro se puedan proponer no deben provocar un cambio en esa situación. La retribución no justifica una intervención normativa sobre su determinación, sino con relación a su conocimiento por los accionistas, tal y

(22) V. *infra* 4.

(23) Producida a través de la Disposición adicional 19.^a de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

como indicó la Comisión Europea al presentar la Recomendación. La vía utilizada, sin embargo, no atenúa la postura a favor de “tomarse en serio” el buen gobierno corporativo y, dentro de éste, la cuestión de la retribución de los administradores ⁽²⁴⁾.

2. La Recomendación como un primer paso

Pocos reproches puede merecer que la Comisión Europea haya optado por, de acuerdo con la sugerencia del “Informe Winter”, utilizar la vía de la Recomendación como inicial cauce a través del que proponer la armonización en materia de retribución. Es una opción que debe ser elogiada si se piensa que sirve a una pretensión de armonización gradual y en la que la diversidad de regímenes normativos existentes y la disparidad de la estructura y realidad de los mercados de valores europeos dificultan soluciones rígidas en materia de gobierno corporativo. Los términos de la Recomendación son suficientemente precisos en sus puntos fundamentales como para dejar en lo demás un margen amplio a la iniciativa de cada uno de los Estados miembros. Éstos son sus destinatarios, pero con seguridad se ha valorado por la Comisión que la Recomendación se dirige a las sociedades cotizadas como las protagonistas de la puesta en práctica de las medidas recomendadas que, a su vez, implican una reducción del grado de libertad existente hasta ahora en ese tema.

A pesar de lo dicho, es previsible que quienes consideren que el gobierno corporativo reclama soluciones legislativas critiquen la solución adoptada por su tibieza mientras que, por el contrario, quienes reivindican, por encima de cualquier intervención normativa, que la retribución de los administradores es materia que debe quedar en manos de la libertad de las sociedades y sus accionistas (integrándola en el genérico concepto de autorregulación), consideren la Recomendación como un paso en la dirección equivocada. Posiciones ambas que, en nuestra opinión, tienden a exacerbar de manera parcial sólo algunos de los intereses vinculados con el tema. Ni los intereses públicos pueden justificar una determinación legislativa plena de la retribución de los administradores, ni puede pretenderse que esa misma determinación quede confiada íntegramente a la autonomía estatutaria, pretextando que es cuestión inserta en la relación interna entre la sociedad y sus gestores ⁽²⁵⁾.

⁽²⁴⁾ Adaptando el título del trabajo de BAUMS, T./SCHOTT, K.E., “Taking Shareholder Protection Seriously? Corporate Governance in the United States and Germany”, *Stanford Law and Economics Olin Working Paper*, N.º 272, noviembre 2003; *ECGI - Law Working Paper*, N.º 17/2003. <http://ssrn.com/abstract=473185>, pp. 19 y 39-40.

⁽²⁵⁾ V. *infra* 4, donde desarrollamos esa idea.

A pesar del respeto a la autonomía de los Estados miembros a la hora de incorporar en la forma que consideren más oportuna la Recomendación que nos ocupa, no se equivocarán quienes consideren que la Comisión Europea ejercerá sus facultades si los resultados alcanzados no son satisfactorios. En su apartado final, la Comisión hace expresa reserva de su intención de supervisar de manera atenta el panorama posterior a la adaptación de la Recomendación y, eventualmente, de su facultad de proponer otras medidas. Habrá quien considere que ésta no pasa de ser una fórmula de estilo típica de las Recomendaciones europeas y que la construcción del ordenamiento europeo ha ofrecido ejemplos varios de Recomendaciones inadecuadamente atendidas por los Estados miembros y que, sin embargo, no se vieron completadas por medida adicional alguna. No creemos, a pesar del fundamento de tales objeciones, que esto suceda en este caso. La existencia de un adecuado régimen legal en materia de gobierno corporativo ha sido ya proclamada como un elemento esencial para el prestigio y desarrollo de los mercados europeos frente a sus competidores internacionales. Es revelador, en ese sentido, el plazo relativamente breve de adaptación de la Recomendación (apenas año y medio desde su presentación), que expresa inequívocamente que se está atendiendo a un objetivo de política legislativa de urgente realización: asegurar los intereses generales vinculados con la confianza colectiva en las empresas y en los mercados de valores.

III. LA CORRECTA RETRIBUCIÓN Y EL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

1. La transparencia como factor de confianza: la confianza como resultado de la transparencia

Desde sus primeras líneas, la Comisión Europea ha dejado expresada su posición: la Recomendación es una medida inserta en el objetivo general favorable al establecimiento de un buen gobierno corporativo europeo. Objetivo que en materia de retribución de administradores pasa por el establecimiento en los Estados miembros de un régimen legislativo adecuado a los principios y orientaciones que luego formula y que se orientan en una doble dirección: el fortalecimiento de los derechos de los accionistas y la modernización del consejo de administración. Criterios ambos que no son precisos por cuanto aparecerán enunciados en cualquier otra medida que, bajo la invocación del buen gobierno

corporativo, pueda adoptarse ⁽²⁶⁾, pero cuya enunciación no debe desdeñarse a pesar de su carácter genérico. Porque esa inicial indicación nos alerta sobre dos variables presentes en esta materia: (i) la existencia de derechos de los accionistas, de naturaleza esencialmente *política* (informativos y decisorios) que deben ser respetados ⁽²⁷⁾, y (ii) la integración de los acuerdos e informaciones en materia de información en el ámbito de las competencias propias del órgano de administración.

Sin duda, con ello se persigue que las distintas sociedades afectadas mejoren su funcionamiento en esta materia, pero el establecimiento de un nuevo ordenamiento retributivo que afecte a las sociedades cotizadas está llamado a lograr otros fines igualmente esenciales. La confianza de los inversores y la seguridad jurídica van a verse fortalecidas por la puesta en práctica de las medidas normativas que enuncia la Recomendación. La existencia de conflictos o escándalos por todos conocidos y antes apuntados ⁽²⁸⁾ ha tenido un efecto injusto allí donde ha motivado una cultura de la sospecha que perjudica a aquellas sociedades y administradores que no merecen reproche alguno en cuanto a la forma en que han procedido en la fijación de las cuantías y conceptos de las retribuciones. Por otro lado, la existencia de una regulación en esta materia va a otorgar a los Consejos de Administración y a sus órganos delegados una seguridad en cuanto a la licitud de sus actos y alejará el temor a ser objeto de iniciativas de accionistas o terceros a partir de fundamentaciones jurídicas que, más allá de las circunstancias concretas de cada caso, no se entienden con claridad por los mercados.

La solución informativa que implica la Recomendación expresa una vinculación entre dos conceptos que no puede ser cuestionada: en materia de retribución, la transparencia corporativa va a repercutir en la confianza de los inversores. Esta relación la recuerda la Recomendación ⁽²⁹⁾ y esa indicación es un acierto, porque siendo evidente que puede predicarse de muchos otros aspectos

(26) El referente más próximo lo encontramos en los considerandos de la coetánea Recomendación sobre consejeros independientes o no ejecutivos.

(27) Prácticamente coincidiendo con la presentación de la Recomendación que comentamos, la comisión sometió a consulta pública un documento titulado *Fostering an appropriate regime for shareholders' rights*, de fecha 16 de septiembre de 2004 (puede consultarse dicho documento en http://europa.eu.int/comm/internal_market/company/docs/shareholders/consultation_en.pdf), del que se indica que constituye el germen de una futura Directiva sobre derechos de los accionistas.

(28) V. *supra* 2.1.

(29) V. su Considerando (3).

del funcionamiento de las sociedades cotizadas⁽³⁰⁾, no deja de serlo que en pocos ámbitos su efectividad puede alcanzar tan alto grado como en lo relativo a la retribución de los administradores.

En la relación entre los administradores y los accionistas, la información es una ventaja y un deber de los administradores, que al hilo de la gestión societaria conocen todo tipo de circunstancias susceptibles de afectar a la marcha de la sociedad y a su patrimonio. No son pocos los preceptos legales que se encargan de determinar cuándo y cómo deben los administradores poner en conocimiento de los accionistas esa información (en especial a través de las cuentas anuales). Por otro lado, los deberes informativos derivados de la legislación en materia de mercados de valores encomiendan esa responsabilidad a los administradores sólo de manera indirecta: la obligada es la propia sociedad y los beneficiarios son el mercado y los inversores (cfr. art. 82.1 y 2 LMV). Unas y otras disposiciones han determinado en los últimos años una considerable carga informativa para las sociedades cotizadas, que aprovechan esa circunstancia para denunciar los costes económicos y las limitaciones organizativas que comportan muchas de las medidas tradicionales del gobierno corporativo⁽³¹⁾. Objeciones que en la materia que nos ocupa tienen escasa consistencia. La información que se debe publicar es precisa, pero de importancia fundamental. A la vista de la variedad y cantidad de informaciones y noticias —desde luego de mucha menor trascendencia que la de cuánto ganan sus administradores— no se advierte qué coste conlleva la difusión de esa información para la sociedad.

Como ya dejamos indicado, en pocos temas como el que nos ocupa puede dudarse acerca de la oportunidad de un régimen informativo preci-

(30) V., por todos, FOX, M.B./ARBOR, A., “Required Disclosure and Corporate Governance”, en AA.VV., *Comparative Corporate Governance* (dirs. Hopt y otros), Nueva York, 1998, pp. 705 y ss.

(31) Esas denuncias no están siempre fundamentadas en el deber informativo exigido por las recientes disposiciones adoptadas en el ordenamiento español, sino que se realizan a partir de las quejas que en otros mercados han motivado modificaciones regulatorias más exigentes. El ejemplo típico es el que depara la aplicación de la Ley Sarbanes-Oxley: v. la reciente noticia “El Presidente de BT amenaza con dejar la bolsa EEUU por los costes”, *Expansión*, 23 de noviembre de 2004, p. 17. Frente a esa genérica objeción que se basa en los costes de las nuevas medidas, ha de compartirse la opinión ponderada de quienes recuerdan que, en lo relativo a los deberes informativos, su coste es modesto y sus consecuencias benéficas y que la carga de probar sus aspectos efectivamente perjudiciales recae sobre sus críticos: v. CLARK, R., “Corporate Governance Changes in the Wake of the Sarbanes-Oxley Act: A Morality Tale for Policymakers Too”, noviembre 2004, p. 21.

so⁽³²⁾. Sin duda, los accionistas confiarán en aquellos administradores que revelan su régimen retributivo no porque les digan cuánto ganan, sino porque al hacerlo expresan la seguridad de sus merecimientos y esa información facilita a los accionistas evaluar la actuación de los gestores de una manera adecuada. Conocer la retribución es hacer lo propio con la capacidad y el rendimiento de cada uno de los administradores. Sólo la previa comunicación de los criterios que configuran y condicionan esa retribución permite valorar ciertos acuerdos de los administradores. Por ejemplo, conocer en qué medida los directivos participan de programas sobre acciones permitirá a los accionistas enjuiciar una política empresarial orientada al mantenimiento o al alza de la cotización bursátil. En otro caso, conocer el monto total de la retribución es igualmente decisivo cuando se valora la opinión de un administrador manifestada ante la posibilidad de perder su posición (cual sucede en el informe sobre una OPA). La lealtad de los administradores como expresión de primacía del interés social, de ausencia de conflictos de interés o de su resolución a favor de los intereses de la sociedad, la podrán advertir los accionistas en gran parte a partir de la información de que dispongan sobre cómo se retribuye a sus administradores. Recordemos algo que la Recomendación destaca: la información es un instrumento que a los accionistas debe permitir expresar sus puntos de vista. En definitiva, la transparencia se integra en la finalidad esencial de control de los administradores por los accionistas⁽³³⁾.

La confianza provocada por esa transparencia alcanza a los accionistas, pero también a los administradores. Los primeros cuentan con una ventaja consistente en poder valorar en qué medida los acuerdos de los administradores inciden sobre la sociedad y, también y eventualmente, sobre los intereses particulares de aquéllos. Para los segundos, la transparencia retributiva tiene efectos no menos positivos. El administrador que ha comparecido ante sus accionistas y recibido el respaldo de éstos a su propuesta de retribución específica se ha sometido a una evaluación que, en el funcionamiento interno y externo de la sociedad, refuerza su autoridad y reputación. No olvidemos que el propio órgano de administración es quien propone su retribución, lo que implica una afirmación propia de confianza en el valor cierto de su contribución a la marcha de la sociedad.

(32) La transparencia como valor jurídico lleva a exigir de las sociedades que se comporten como “*glass houses*” frente a sus accionistas e inversores: v. HEBERT, S., “Corporate Governance *French Style*”, *The JBL*, noviembre, 2004, p. 665.

(33) Coincide esa orientación con la que ha quedado plasmada en los *OECD Principles 2004*, p. 22, que incluye la “*remuneration policy for members of the board and key executives*” entre la información mínima que exige el buen gobierno corporativo: v. SCHNEIDER, U. H., “Die Revision der OECD Principles of Corporate Governance 2004”, *AG*, 8, 2004, p. 432.

2. La retribución de los administradores como asignatura pendiente del gobierno corporativo

La Recomendación supone un cambio significativo sobre la realidad existente, al menos con respecto a los mercados españoles. El cambio radica, en particular, en el contenido de la información que se debe facilitar, que supone un cambio profundo con respecto a lo que hasta ahora requería la legislación societaria y del mercado de valores. Además, una materia que permanecerá prácticamente en su totalidad en poder de los administradores se desplaza ahora al ámbito de decisión de los accionistas, sin cuyo consentimiento no pueden ponerse en práctica algunos aspectos retributivos. Ante esta evidencia cabe preguntarse acerca de las causas que conducen a proponer una modificación de tal calado, que va a suponer la incorporación inmediata de medidas que en otros Estados se han adoptado de manera progresiva y a lo largo de decenios⁽³⁴⁾.

La primera razón ya la hemos explicado. Sólo una información completa en esta materia puede servir como elemento de confianza en el buen funcionamiento de las sociedades y, por extensión, de los mercados en que cotizan sus valores. Una segunda razón de la iniciativa plasmada en la Recomendación puede radicar en la falta de resultados que en cuanto a la transparencia retributiva han acarreado las distintas iniciativas en materia de buen gobierno. Desde el punto de vista normativo y con respecto al mercado español, la proliferación de disposiciones de diverso rango que afectaban a la retribución de los administradores se había limitado a los aspectos procedimentales y formales, consintiendo una situación en la que conocer lo que cada administrador percibía no resultaba obligado. Situación que, en su mayor medida, obedecía a una opción legislativa determinada, puesto que no faltaban llamadas de atención sobre la necesidad de avanzar en un mayor grado de transparencia retributiva.

Así, en el “Informe Olivencia”⁽³⁵⁾, la retribución del consejero se trató subrayando que era un “tema de capital importancia” que “constituye una legítima preocupación de los accionistas” y en el que “queda un largo trecho

(34) V. la referencia que a la evolución del ordenamiento británico hace DAVIES, P., “Post-Enron Developments in the United Kingdom”, en AA.VV., *Reforming Company and Takeover Law in Europe* (dirs. Ferrarini/Hopt/Winter/Wymeersch), Oxford, 2004, pp. 212 y ss.

(35) Comisión Especial para el Estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades, *El Gobierno de las Sociedades*, Madrid, febrero de 1998, p. 67.

por recorrer”⁽³⁶⁾. No faltó una expresa recomendación a favor de la “*máxima transparencia*” entendida como una información en línea con la que ahora propone la Recomendación comunitaria⁽³⁷⁾. Sin embargo, el posterior “Informe Aldama”⁽³⁸⁾ se mostró menos tajante a la hora de formular sus recomendaciones en este asunto. Sin perjuicio de contemplar los distintos tipos de retribución, y de haber constatado un ritmo lento en la implantación de las recomendaciones del “Informe Olivencia”, sus propuestas estaban plagadas de matizaciones. Por ejemplo, se decía que en cuanto a los consejeros ejecutivos, su remuneración como consejeros debería recogerse en la memoria de manera individualizada, mientras que la retribución percibida en calidad de directivos (en esencia a través de los contratos laborales de alta dirección), debería publicarse sin mención individualizada y en un apartado específico del informe anual. Otro ejemplo es el relativo a las cláusulas de blindaje: tras optar por la *autorregulación*, se estimó necesario que cualquier contrato cuente con la aprobación formal del consejo de administración⁽³⁹⁾.

Por lo tanto, se advierte cómo la tradición hacia la opacidad que denunciaba el “Informe Olivencia” ha permanecido entre nosotros hasta fechas muy recientes. La mayoría de las sociedades cotizadas no han informado a sus accionistas de cuál era la retribución percibida por cada uno de los consejeros y se limitaban a cumplir con los deberes legales que, como se ha expuesto, no pasaban de imponer la inclusión en las cuentas anuales de datos globales (v. las indicaciones duodécima y decimotercera que el art. 200 LSA exige en la Memoria), de nulo

(36) V. “Informe Olivencia”, p. 42.

(37) Recomendaba el “Informe Olivencia”:

“Por ello, la Comisión recomienda que la política de información de las retribuciones de los consejeros se inspire en el principio de máxima transparencia.”

La aplicación de este principio exige avanzar lo más rápido posible desde la situación actual hasta la más completa y detallada información sobre las retribuciones de los consejeros, lo que supone individualizarla para cada uno de éstos y pormenorizarla por conceptos, tanto los que corresponden a su condición de miembros del Consejo (retribuciones fijas, dietas, participación en beneficios, bonus, incentivos, pensiones, seguros, pagos en especie u otros) como los que, además de éstos, determinen remuneraciones a cargo de la sociedad por otras relaciones jurídicas (servicios profesionales, cargos de dirección o ejecutivos)”, p. 44; y la recomendación 15 (p. 65).

V. JUSTE MENCÍA, J., “Retribución de Consejeros”, en AA.VV., *El gobierno de las sociedades cotizadas*, pp. 534 y 535 y ÁLVAREZ-VALDÉS, M., “Los códigos de buen gobierno de las sociedades. El cumplimiento de las recomendaciones del Informe Olivencia”, en AA.VV., *Derecho de sociedades. Estudios Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, t. II, Madrid, 2002, p. 2553-2554.

(38) *Informe de la Comisión Especial para el Fomento de la Transparencia y Seguridad en los Mercados y en las Sociedades Cotizadas*, Madrid, enero de 2003, 49 pp.

(39) “Informe Aldama”, p. 40.

valor informativo cuando de lo que se trata es de establecer si la retribución de cada administrador se ajusta a su actividad a favor de la sociedad ⁽⁴⁰⁾.

Las disposiciones que en materia de buen gobierno y transparencia societaria se han adoptado desde entonces entre nosotros tampoco han provocado un cambio en la situación descrita en dichos Informes. La Ley de Transparencia introdujo el informe anual de gobierno corporativo como un nuevo instrumento informativo, en el que, entre otras indicaciones mínimas, debería figurar la identidad y remuneración de los administradores, lo que permitía, sin duda, una información individualizada de la retribución de administradores ⁽⁴¹⁾. Sin embargo, en su desarrollo reglamentario se favoreció la tendencia a la opacidad, puesto que se exigía la inclusión, en todo caso, de “*la remuneración global del consejo de administración*” ⁽⁴²⁾.

Mención adicional merecen las medidas que, partiendo de la prevención frente a las operaciones vinculadas como fuente de conflictos de interés lesivos para el interés social, también se proyectan sobre la retribución de los administradores. La preocupación por esas operaciones motivó una innovación de la legislación informativa aplicable a las sociedades cotizadas, mediante la adición en el art. 35 LMV de un último párrafo ⁽⁴³⁾ que habilitaba para la delimitación reglamentaria de tales operaciones y de la información relativa a las mismas de obligada presentación ⁽⁴⁴⁾. Se trata de una información de prioridad

(40) V. el análisis comparativo realizado por *Expansión*, 28 de julio 2004, de los distintos sistemas de retribución y cuantías percibidas por los administradores de las compañías del IBEX 35, donde se refleja la tendencia a informar sobre la remuneración de sus administradores de forma individualizada y por cada concepto retributivo debido a la necesidad de recuperar la confianza de los inversores tras los escándalos empresariales.

(41) Como recuerda FERNÁNDEZ ARMESTO, J., *La Ley*, p. 3.

(42) V. Orden ECO/3722/2003, de 26 de diciembre, sobre el Informe anual de gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades (BOE de 8 de enero de 2004) y Circular 1/2004, de 17 de marzo de la CNMV (BOE de 29 de marzo) y las diversas referencias que contiene con respecto “a la remuneración agregada de los consejeros”; v. una referencia a la indicada Orden en PUYOL, B., *RDBB*, 93, 2004, pp. 296 y ss.

(43) Introducido por el art. 37 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de la Reforma del Sistema Financiero; v. FERNÁNDEZ DE ARAOZ, A., “Las normas de conducta”, en AA.VV., *Comentario a la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero* (coords. SÁNCHEZ CALERO, F./SÁNCHEZ-CALERO, J.), Cizur Menor, 2003, pp. 183-184.

(44) Hasta la fecha, se ha promulgado la Orden EHA/3050/2004, de 15 de septiembre, sobre la información de las operaciones vinculadas que deben suministrar las sociedades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales (BOE de 27 de septiembre de 2004).

semestral y que no dispensa de informar sobre esas mismas operaciones en el informe anual de gobierno corporativo, en la que es relevante la consideración “*en cualquier caso ... como partes vinculadas*” de los administradores y directivos de la sociedad [apartado segundo, 2, d) de la Orden EHA/3050/2004]. Por lo que se refiere al ámbito objetivo de ese régimen, surgen dudas sobre si, como se contempla en el citado Reglamento (v. su apartado tercero, 2), la retribución de los administradores era una operación vinculada. Probablemente, lo que preocupaba al legislador era someter estas operaciones a un régimen de especial transparencia, estableciendo un concepto muy amplio. Creemos, sin embargo, que ese loable propósito puede, a la larga, provocar una cierta confusión. En especial, por ubicar la información de un hecho ordinario y de naturaleza especial (la retribución mercantil de los administradores) en un régimen previsto para operaciones extraordinarias, sea por su objeto, o por implicar a personas físicas o jurídicas que, siendo ajenas a la estructura de la sociedad, tienen una relación especial con sus accionistas o administradores. Mas la objeción principal que fomenta esta situación es la de ubicar la información sobre una misma materia, la remuneración de los administradores, en distintos documentos, que además tienen un alcance muy amplio, cuando lo correcto entendemos que debe ser sintetizar toda la información en esa materia en un lugar específico, bien en el seno de las cuentas anuales, o bien en un informe complementario a las mismas. Cuestión distinta será que, en el futuro, los otros documentos informativos se remitan al mismo o lo reproduzcan en todo o en parte.

De esta forma queda justificada la consideración acerca de la innovación que el régimen de la retribución de los administradores va a registrar en nuestro ordenamiento a partir del impulso de la Recomendación. Nuestros mercados y legisladores se han mostrado tolerantes hacia una opacidad informativa en esta materia, que bien es cierto que ha sido desafiada por aquellas sociedades cotizadas españolas que, con pleno acierto, han optado voluntariamente por facilitar más información que la que legalmente les venía exigida, decisión que probablemente viniera recomendada por la anormalidad que podría suponer no poner a disposición de los mercados españoles datos que esas mismas sociedades venían revelando en otros mercados en los que la legislación así lo requería. O quizás, es el ejemplo de otras sociedades el que fomenta esa competición hacia la transparencia⁽⁴⁵⁾. En todo caso, esa elogiada práctica informativa pone en cuestión la postura de quienes, al tiempo que invocan la oportunidad de la

⁽⁴⁵⁾ Sería un supuesto ejemplificador de la fuerza de la competencia que entre sociedades y modelos de gobierno corporativo se plantea a partir de su coincidencia en determinados mercados de valores.; v. HANSMANN, H./KRAAKMAN, R., “The end of history for corporate Law”, en AA.VV., *Convergence and Persistence in Corporate Governance* (dirs. Gordon J./Roe, M.), Cambridge, 2004, pp. 46 y ss.

autorregulación, nada hacen de manera voluntaria, y nada aceptan hacer en tanto no lo exija la ley⁽⁴⁶⁾. Postura que tergiversa ese concepto y lo convierte en excusa de un inmovilismo empresarial, olvidando que la autorregulación supone, ante todo, el reconocimiento del poder creador de normas que se reconoce a la autonomía de la voluntad⁽⁴⁷⁾.

En la información societaria, resulta obvio que las empresas son libres para ir más allá, incluso mucho más allá, de lo legalmente ordenado. La transparencia no puede ser entendida únicamente como un valor jurídico de contenido tasado. Es también un factor de competencia dentro de los mercados de valores y así lo han advertido determinadas entidades cuyo elemento diferenciador es contar al mercado más de lo que deben. Además, en lo tocante a la retribución de los administradores, admitir que ciertos datos constituyen información en un sentido propio implica un notable voluntarismo. La información a los accionistas implica, en esencia, que éstos conozcan un determinado hecho. No es información aquella que, titulándose como tal, no facilita a los accionistas el conocimiento de lo satisfecho o comprometido con sus administradores. Esa ineficacia informativa se advierte, por ejemplo, en las menciones que la memoria dedica a este tema. Lejos de suponer una información transparente, se han convertido en la expresión de la tradicional opacidad denunciada en el “Informe Olivencia”. Opacidad que no es responsabilidad exclusiva del legislador inmóvil⁽⁴⁸⁾, sino ante todo de las propias empresas que convierten el contenido del deber legal de informar en el infranqueable límite de lo que, en definitiva, comunican a sus accionistas y a los mercados. En materia de transparencia las graduaciones son cuestionables. Así lo evidencia que se diga que en materia de retribución se debe ir hacia una máxima transparencia que permita conocer la retribución de cada directivo o administrador. ¿Acaso no es esa información lo mínimo que se debe comunicar?

(46) El fenómeno se observa en España pero también en otros Estados europeos. Así, se propone en Alemania una concreta medida legislativa en materia de transparencia de la retribución como “*reacción del legislador*” ante la desatención por parte de la mayoría de las empresas alemanas del *Deutschen Corporate Governance Kodex*; v. BAUMS, “Vorschlag eines Gesetzes zur Verbesserung der Transparenz von Vorstandsvergütungen”, ZIP, 40, 2004, p. 1877.

(47) Sobre el tema, v. la reciente contribución de DE LA CUESTA RUTE, J.M., “Algunas reflexiones sobre el fenómeno de la autorregulación”, RDBB, 94, 2004, pp. 88-90.

(48) Contrasta la falta de actuación del legislador español con la inmediata reacción que se observa en otros ordenamientos, en los que las propuestas de los Códigos de Buen Gobierno en materia de retribución de directivos dieron paso a una exigencia legal de máxima y genuina transparencia: v. la exposición sobre el caso francés y la adopción de la Ley sobre Nueva Regulación Económicas de 2001, en HEBERT, *The JBL*, noviembre, 2004, p. 669.

IV. LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN MATERIA DE RETRIBUCIÓN DE ADMINISTRADORES

1. La publicidad de las retribuciones y el interés por la confianza

El análisis de la Recomendación provoca, junto a otras reflexiones de diverso alcance, la de cuál es el papel del legislador en relación con la retribución de los administradores y directivos de las sociedades cotizadas. Plantear esta cuestión viene provocado por las críticas que con frecuencia se hacen en situaciones concretas cuando aflora alguno de los conflictos paradigmáticos en esta materia. Dos suelen ser los destinatarios de los reproches que motiva la existencia de retribuciones injustificadas o, sencillamente, escandalosas por su cuantía: las autoridades supervisoras y las normas aplicables.

A esos reproches se suele responder con lo que podemos calificar como “*histeria legislativa*”. Se promulgan nuevas disposiciones alegando que la falta de las mismas o las deficiencias de las anteriores fueron las causantes de tales conflictos. Con ello, de paso, se atenúan también las críticas hacia los supervisores, que siempre pueden escudarse en los defectos o vacíos legislativos para hacer frente a sus críticos. El segundo párrafo del art. 130 LSA es un buen ejemplo de esa mala práctica consistente en legislar a partir de un caso concreto. Dejemos claro que esta crítica no se refiere tanto a la conveniencia de abordar la retribución a través de acciones, opciones sobre éstas u otros derechos de adquisición de las mismas, como que esa iniciativa se adoptó a partir de un concreto supuesto y con las consabidas urgencias legislativas. El criterio de oportunidad desplaza cualquier otro.

Una aproximación correcta en el plano sistemático a la retribución de los administradores no debe ocupar al legislador ni en lo tocante a las modalidades retributivas, ni menos aún en cuanto a su importe o condiciones. Las normas mercantiles deben limitarse a establecer los requisitos de aprobación de la retribución y la forma en la que los accionistas y mercados de valores tengan conocimiento de ella. Esta solución creemos que combina adecuadamente la tutela de los intereses públicos que puedan verse afectados por la materia que analizamos con la defensa de los intereses particulares de cada una de las sociedades cotizadas.

Desde un punto de vista público, no es dudoso que la sucesión de procedimientos, escándalos, noticias o incidentes motivados por una excesiva retribución de los administradores ha contagiado el principio esencial de la transparencia de los mercados de valores. Se ha generado una lógica y peligrosa desconfianza, al advertir cómo unos pocos resultaban extraordinariamente favorecidos a partir de su posición privilegiada en sociedades bursátiles sin que, al propio tiempo, los accionistas se beneficiaran de igual manera de las ventajas patrimo-

niales percibidas por los administradores o, sencillamente, constatando que existía una manifiesta desproporción entre la retribución y la prestación desarrollada por el administrador. Pero esa crisis de confianza tiene siempre un denominador común: la falta de información que motiva la sorpresa e indignación de los accionistas, de los supervisores o de la sociedad en conjunto cuando adquieren conocimiento de las ganancias satisfechas o comprometidas con el administrador. Ninguna de las disposiciones que regulan la información societaria permitía conocer los términos de tal retribución. Por lo tanto, lo que debe hacerse para, a través de la información en este punto, devolver la confianza a los mercados es, sencillamente, facilitar toda la información sobre la retribución comprometida con cada uno de los administradores o ejecutivos.

2. La libertad retributiva como principio de no intervención

La gravedad de algunas crisis puede llevar a plantear la fácil y poco imaginativa solución consistente en la intervención legislativa conducente a establecer límites a la retribución de los administradores de sociedades cotizadas⁽⁴⁹⁾. Es una solución que puede entenderse desde una óptica sociológica o política. En esos casos es muy difícil ver más allá de la imagen de directivos para los que ser despedidos de su empresa o abandonar ésta por no contar con la confianza de los nuevos titulares del control de la sociedad implica la paradoja de su súbita conversión en millonarios: nunca el fracaso estuvo tan bien retribuido⁽⁵⁰⁾. Pero la indignación o el reproche ante situaciones extremas no se solventa necesariamente por medio de límites legales directos y menos aún con medidas que cuestionan, en nuestra opinión, los principios esenciales de nuestra ordenación económica.

Desde un punto de vista jurídico, limitar la retribución no sólo carece de argumentos a su favor, sino que incluso los encuentra contrarios y de especial importancia. Así, basta con recordar el principio de libertad de empresa para justificar el que siga siendo cada sociedad la que decida el cuánto y el cómo de lo que paga a sus administradores. Ninguna razón jurídica puede apoyar someter este aspecto de la organización empresarial a límites normativos concretos. Menos todavía si se analiza esa posibilidad desde una perspectiva económico-empresarial.

Es indiscutible que la retribución de los administradores de algunas sociedades cotizadas resulta objetivamente muy elevada. Pero no creemos que ese

(49) A la cuestión se refiere, con mención de partidarios de la solución restrictiva, FERNÁNDEZ-ARMESTO, *La Ley*, 6110, 20 de octubre de 2004, p. 4.

(50) Tomamos la noción de los “*rewards for failure*” del debate vivido en Gran Bretaña: v. referencias legislativas y doctrinales en DAVIES, “Post-Enron Developments”, p. 213.

hecho justifique en sí mismo una reacción normativa, ni que su importancia deba ser exacerbada. Llama la atención la apelación que se hace a la moderación de las retribuciones de los administradores, sobre todo cuando se produce desde foros vinculados con los intereses de éstos y de las empresas⁽⁵¹⁾. La recomendación favorable a una moderación de esa retribución tiene los valores propios de su vigencia en todos los órdenes de la vida. Siempre será bienvenida una apelación a la prudencia, pero lo que ha de analizarse en profundidad es la razón de esa pretendida moderación. ¿Por qué han de moderarse esas retribuciones? Con esas apelaciones, ¿acaso se está aceptando con carácter general que las retribuciones actuales no están justificadas?

La respuesta a ambas cuestiones y a otras similares que se puedan hacer no está en fijarse aisladamente en el monto de esa retribución, sino en poner esa retribución en relación con el rendimiento de los administradores y en someterla a los principios e instrumentos generales para la defensa del patrimonio social (cfr. art. 115.1 LSA)⁽⁵²⁾. Esa relación cuenta ya con expresiones legislativas especialmente significativas⁽⁵³⁾ y aparece recogida en no pocos Informes y Códigos en materia de buen gobierno corporativo⁽⁵⁴⁾. Llegamos así al principio ya enunciado y que creemos esencial en la solución del problema retributivo: la información no debe servir sólo para que los accionistas sepan lo que gana cada uno de los administradores, sino para que los primeros puedan formarse un juicio adecuado sobre la relación que existe entre la retribución y la labor desarrollada por el administrador, reflejada en la evolución de los resultados y del patrimonio de la sociedad en ese mismo ejercicio⁽⁵⁵⁾. Esa relación con la responsabilidad y el resarcimiento de cada consejero es la que permitirá, con fundamento, concluir la pertinencia o la desmesura de la retribución propuesta [v. apartado 3.3 (c) de la Recomendación].

(51) V. Círculo de Empresarios, *El Gobierno de las Sociedades cotizadas*, pp. 12-14. Esta institución se declara partidaria de la moderación en las retribuciones, que vincula con la independencia y motivación de los consejeros y que, en todo caso, supedita al objetivo de “una información veraz, transparente y lo más completa posible a los mercados en esta materia”.

(52) V. SCHMIDT, K., *Gesellschaftsrecht*, Colonia, 2002, p. 811.

(53) Es el caso del § 87.1 de la Aktiengesetz que evoca FERNÁNDEZ ARMESTO, *La Ley*, p. 4. Entre las aportaciones recientes, v. KÖRNER, “Die Angemessenheit von Vorstandsbezügen in § 87 AktG”, NJW, 38, 2004, p. 2697 y ss.

(54) V., JUSTE MENCÍA, J., “Retribución de consejeros”, p. 526, con amplias referencias documentales y bibliográficas al respecto.

(55) *OECD Principles 2004*, p. 52; v. FERRARINI, G., “Executive Remuneration and Corporate Governance in the EU”, en AA.VV., *Reforming company and takeover Law in Europe*, pp. 278 y ss.

La libertad de retribución de los directivos forma parte del principio de libertad de empresa en cuanto es innegablemente otro factor de competencia. Permite retribuir a los consejeros y directivos que, en opinión de sus accionistas, han gestionado la sociedad conforme a los criterios y objetivos previstos y que interesa que continúen al frente de la sociedad porque, realmente y utilizando la terminología al uso, son un valor o un activo para la entidad. Al propio tiempo, autoriza a los administradores a invocar esa misma gestión a la hora de obtener una retribución acorde con lo que consideran que merecen en comparación con las retribuciones publicadas por otras sociedades cotizadas de ese mismo sector. El criterio comparativo se ha invocado también en la interpretación de normas legales que consagran el principio de la proporcionalidad⁽⁵⁶⁾, en especial con respecto a empresas multinacionales. La obtención de todos esos beneficios tiene como presupuesto indispensable la información general en esta materia en términos iguales para todas las sociedades cotizadas.

Dicho lo anterior, lo cierto es que las críticas a la remuneración de los consejeros se suelen justificar con carácter general por la ausencia de relación con los servicios efectivamente prestados⁽⁵⁷⁾. La proporcionalidad entre la función del consejero y su retribución es algo que va a depender del criterio de los accionistas y que presenta en las sociedades cotizadas importantes matizaciones frente al mismo problema en el caso de sociedades cerradas. En estas últimas no han faltado casos en los que se ha advertido que la retribución de los administradores podía ser considerada como abusiva y contraria al interés social⁽⁵⁸⁾, o

(56) V., MERTENS, *Kölner Kommentar zum AktG*, Colonia, 1996, p. 210 y HEFERMEHL/SPINDLER, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz* (dirs. Kropff/Semler), t. 3, Munich, 2004, pp. 319 y ss.

(57) En concreto, en nuestro país, aunque según parece hay una tendencia a la moderación, los sueldos de los consejeros en el último ejercicio han subido tres veces más que el beneficio de sus compañías: *Expansión*, 19 de julio de 2004, pp. 1, 3, 4 y 5. En el ámbito internacional, de la ruptura entre retribución y rendimiento en el caso de los ejecutivos se vienen ocupando ampliamente los autores norteamericanos; v., entre una muy abundante literatura que reseñan con detalle, DAINES/NAIR/KORNHAUSER, *The Good, the Bad and the Lucky*, cit., pp. 11 y ss. y BEBCHUK/FRIED/WALKER, "Managerial power and extraction in the design of executive compensation", *Chicago Law Review*, vol. 69, 2002, pp. 845-846, donde concluyen la influencia que los propios ejecutivos desarrollan para fijar su retribución.

(58) En la jurisprudencia v. SSTS de 1 de julio de 1963 (R. Ar. 3509), 17 de mayo de 1979 (RJ 1979\1886) y 5 de marzo de 2004 (RJ 2004\1807). V. en este sentido la STS de 5 de marzo de 2004 (RJ 2004\1807) sobre impugnación de acuerdos sociales, que entiende que el acuerdo de fijación de retribución en favor de administradores pertenecientes al grupo mayoritario de accionistas lesiona a la sociedad en beneficio de varios accionistas. Considera que el importe es desorbitado en relación con la función a desarrollar y que se trata de una fórmula fraudulenta o abusiva para la desviación de beneficios sociales en su favor.

que buscaba favorecer de manera injustificada por esa vía al accionista mayoritario o a personas vinculadas con el mismo.

En el caso de las sociedades cotizadas, la proporcionalidad no puede ignorar como factor esencial en el estatuto de los administradores la responsabilidad que esa posición conlleva, como tampoco puede ignorar los resultados de la sociedad y los dividendos percibidos por los accionistas como criterios que también se proyectarán sobre la remuneración de los administradores. Desde esa perspectiva, pueden comprenderse algunas compensaciones a favor sobre todo de los directamente encargados de la gestión social. Nada puede objetarse a retribuciones elevadas que, aun cuando objetivamente puedan ser tildadas incluso como escandalosas, cuentan con el respaldo expreso y previo de los accionistas, que habrán considerado que tal compensación estaba justificada. Ahora bien, eso no implica que la proporcionalidad requerida se fundamente siempre en la existencia de resultados positivos. La retribución del administrador, incluso una retribución objetivamente considerable, puede resultar plenamente adecuada en una situación de dificultad patrimonial, financiera o de pérdidas. De hecho, la capacidad de administrar empresas en crisis y contribuir a su superación se ha convertido en el aval de algunos de los más reputados directivos⁽⁵⁹⁾. Su función debe ser retribuida porque se da esa regla proporcional, a pesar de que los accionistas no reciban de forma directa el beneficio de esa actuación.

V. LA INFORMACIÓN REFERIDA A CADA UNO DE LOS CONSEJEROS

1. La información individual como opción ineludible

La Recomendación va a imponer que los accionistas e inversores conozcan la retribución de cada uno de los administradores (además de la del primer ejecutivo si no tuviera esa condición). Su punto 5.1 es contundente: ha de informarse en detalle sobre la remuneración total y demás beneficios recibidos por cada uno de los administradores durante el ejercicio precedente. Aquí radica el principal valor innovador de la Recomendación, que, en especial con respecto a la legislación y práctica empresariales españolas, supone abandonar una política de opacidad y acoger soluciones que en su día ya habían sido recomendadas con muy poco éxito, sin perjuicio de alguna excepción cierta-

(59) V. HEFERMEHL/SPINDLER, *Münchener Kommentar*, pp. 321-322.

mente llamativa ⁽⁶⁰⁾. De esa situación ha de llegarse a una auténtica transparencia puesto que no se trata sólo de especificar individualmente la retribución percibida por cada administrador, sino además de hacerlo “con detalle” (v. apartado 5.1) lo que implica sobre todo considerar muy variadas formas retributivas o de compensación que hasta ahora no tenían cabida en las menciones legalmente exigidas en esta cuestión, o peor aún, que al ir acompañadas de un desconocimiento por los accionistas, abrían la puerta a actuaciones abusivas o contrarias al interés social.

El criterio adoptado nos parece correcto ⁽⁶¹⁾. No puede hablarse propiamente de información acerca de la retribución de los administradores cuando lo que se recogen son cifras agregadas que, además, son injustas puesto que fomentan la confusión sobre la retribución efectivamente percibida por unos y otros, así como el entendimiento de que existe una paridad retributiva que, en la mayoría de los casos, no existe. Por el contrario, si tal retribución debe permitir a los accionistas manifestar su opinión y decidir lo pertinente en esta materia, no cabe otra solución distinta de la recomendada. Con ella los accionistas pueden valorar en qué medida la actuación de cada administrador se corresponde con la retribución percibida y mantener o revisar, al alza o a la baja, esa retribución. En suma, la información individual permite cumplir el principio de transparencia del que parte la Recomendación.

Es evidente que se trata de una opción que sugiere varias razones a favor y en contra de su adopción. Si comenzamos por las últimas, algunas tienen singular relevancia. Tal sucede con el derecho a la intimidad de los consejeros y ejecutivos, quienes pueden invocar normas constitucionales (art. 18.1 CE) y ordinarias de protección de la intimidad patrimonial que obstaculizan la publi-

⁽⁶⁰⁾ Sin duda llama la atención que lo que durante largos años se ha planteado y rechazado para las sociedades cotizadas se impusiera a las Cajas de Ahorros en los primeros pasos de su configuración como entidades emisoras de valores sometidos a negociación bursátil. Nos referimos a la modificación que para el régimen de las cajas implicó la Ley Financiera y su normativa de desarrollo que establece la obligación de informar de la retribución de los miembros de sus órganos de gobierno con singular detalle: v. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “Las modificaciones en el régimen de las cajas de ahorro”, en *Comentario a la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero*, pp. 437 y ss.

⁽⁶¹⁾ Así lo proclaman los *OECD Principles 2004*, p. 52, que la consideran una buena práctica y reflejan que se ha convertido en un deber legal en un número creciente de Estados. En el mismo sentido v. “Código de Buenas Prácticas para los Consejeros y el Consejo” noviembre, 2004, p. 14, elaborado por el Instituto de Consejeros-Administradores, a través de su Comité de Normas Profesionales, que considera que “*El Informe Anual de Gobierno Corporativo deberá reflejar la política de remuneración adoptada y detallar la remuneración individual de cada Consejero*”. Puede consultarse en: <http://www.iconsejeros.com>.

cidad de la retribución ⁽⁶²⁾. El argumento es conocido y ha aflorado de manera inmediata en otros ordenamientos cuando se ha impuesto la información sobre la retribución individual ⁽⁶³⁾.

La tutela de la intimidad patrimonial de las personas afectadas debe ceder ante la prevalencia de otros intereses de superior jerarquía ⁽⁶⁴⁾. La transparencia de los mercados resulta una exigencia ineludible, en la medida en que de ella depende el correcto funcionamiento de dichos mercados y la tutela de los intereses generales y particulares que en los mismos confluyen. La publicidad en materia de retribución tiene unos beneficiarios principales, que son los propietarios de las sociedades que satisfacen esa retribución. No puede invocarse la intimidad como argumento que posibilita, en realidad, una completa opacidad, de forma que los propietarios de la sociedad sigan ignorando el coste de aquellos a los que han encargado su gestión. La reivindicación de ese derecho no puede convertirse en coartada para mantener un sistema endógeno en materia de retribución: es el propio órgano de administración el que plantea, conoce y decide lo que cobra cada uno de sus componentes.

Por eso la Recomendación repite que la información sobre la retribución individual es un instrumento a favor de los accionistas, porque está vinculada con la competencia de éstos de censura de la gestión social (art. 95 LSA). Si como hemos subrayado, la transparencia de la retribución sirve para evaluar la actuación de los administradores, rechazar la información individual de este aspecto es tanto como entorpecer en su conjunto el control por los accionistas de la actividad de cada uno de sus administradores.

El “Informe Winter” recoge y rechaza el criterio de quienes consideran que la información individual en materia de retribución va a comportar necesariamente un incremento de esta última, como consecuencia de la tendencia humana a comparar y equiparar los ingresos propios con los de los competidores ⁽⁶⁵⁾. Tal rechazo debe compartirse, por afectar a un argumento sumamente débil. Encubre la idea según la cual son los administradores quienes realizan y resuelven esa comparación, despreciando el papel de los accionistas. Además, acepta sólo los efectos alcistas de la comparación, probablemente porque, como reserva a los administradores el exclusivo poder de decisión en esta materia, piensa que éstos sólo utilizarán la información comparativa en su favor. En realidad,

(62) Consultar la legislación tributaria o laboral.

(63) V., por ejemplo, el precedente francés: HEBERT, *The JBL*, pp. 669 y ss.

(64) Así, TUSQUETS TRÍAS DE BES, *La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles de capital*, pp. 206 y ss.

(65) V. “Informe Winter”, p. 65 y *OECE Principles 2004*, p. 52.

una transparencia completa de la retribución de los administradores en las sociedades cotizadas europeas comportará alteraciones retributivas en ambos sentidos: servirá para, con referencia a indicadores objetivos del mercado, elevar la retribución de los administradores que los accionistas consideran competentes y para reducir la de quienes no lo son.

2. Retribución e independencia de los consejeros

Junto a su función general de evaluación del rendimiento de cada uno de los ejecutivos, la información individual en materia de retribución se vincula también con las distintas condiciones que en el seno del Consejo ocupan sus componentes. No olvidemos que hablamos de una iniciativa que se enmarca en el movimiento a favor de un mejor gobierno de las sociedades cotizadas, en el que la incorporación al Consejo de administradores ejecutivos, dominicales e independientes es una de las premisas fundamentales. De ahí que la determinación de la retribución deba adaptarse a esa nueva organización del órgano de administración y, junto al criterio clásico de la dedicación, incorporar como imprescindible referencia la diversa condición de cada consejero, que a pesar de su escaso reconocimiento normativo, se ha convertido en uno de los pilares del buen gobierno ⁽⁶⁶⁾.

En este sentido, el documento de la Comisión Europea sobre retribución de los consejeros sometido a consulta pública ya diferenciaba entre la retribución de los consejeros ejecutivos y la retribución de los no ejecutivos ⁽⁶⁷⁾. En el primer caso, se entiende que la remuneración debe ser tal que permita la contratación, retención y motivación de dirigentes cualificados, mientras que, en el caso de los consejeros no ejecutivos, ésta debe tener en cuenta sus responsabilidades, la dedicación a la sociedad y el ámbito específico de sus funciones. Al margen de ello, se pone así de manifiesto el riesgo que para la propia condición independiente de determinados consejeros tiene la fijación de su retribución. Ésta no puede alcanzar una cuantía tal que convierta la permanencia en el cargo en la primera preocupación del consejero independiente. De ahí que quepa considerar con fundamento que el conocimiento de la retribución individual constituye una garantía de la independencia. De ahí que todos los administradores tienen que estar sometidos a idéntico régimen de transparencia. En el caso

⁽⁶⁶⁾ En especial con respecto a los administradores no ejecutivos e independientes, v., PROCTOR, G./MILES, L., *Corporate Governance*, Londres, 2003, p. 25 y ss.

⁽⁶⁷⁾ V. documento de consulta de la Comisión Europea: "Fostering an appropriate regime for the remuneration of Directors. Consultation document of the Internal Market Directorate General", Bruselas, 23 de febrero de 2004, p. 8. Su texto puede consultarse en: http://europa.eu.int/comm/internal_market/company/directors-remun/index_en.htm.

de los consejeros independientes, siempre ha existido una desconfianza hacia su inclusión en programas de retribución típicos de los ejecutivos y basados en la evolución de la gestión y de los resultados de la sociedad ⁽⁶⁸⁾. Prevención que sobre todo se justifica por el hecho de que con ello quien era consejero independiente llega a perder esa condición.

Por otro lado, también es importante dejar reseñada la orientación que atribuye un especial protagonismo a los consejeros independientes en las propuestas retributivas ⁽⁶⁹⁾. Ello contribuiría a reducir los riesgos derivados del conflicto de interés latente siempre en esta cuestión, que resultará más acusado si son los propios consejeros ejecutivos los que asumen esa función.

VI. LA INFORMACIÓN SOBRE LA POLÍTICA RETRIBUTIVA

1. La información sobre retribución y las cuentas anuales

La medida principal contenida en la Recomendación consiste en introducir un régimen informativo especial para la retribución de los administradores (y en su caso, para el primer ejecutivo que no pertenezca al órgano de administración) que, con objetivos y contenidos mínimos claramente enunciados, permite a los Estados miembros un cierto grado de flexibilidad en su concreción.

Así, si nos fijamos en lo que constituye el contenido mínimo de la nueva obligación informativa, a toda sociedad cotizada le será exigible una declaración específica sobre su política retributiva, concepto este que tiene, como veremos, un muy amplio alcance ⁽⁷⁰⁾. Con ello, a los accionistas y a los inversores en general se les explicará de una manera adecuada, por precisa y oportuna, en qué forma y con qué cantidades se ha retribuido y se propone retribuir a los responsables de la gestión de la sociedad. En los últimos años el ordenamiento no ha hecho sino incrementar las exigencias informativas que las sociedades cotizadas deben atender. Ésta es una más y, probablemente, lleve a repetir la denuncia de las cargas informativas que provoca el movimiento a favor del buen gobierno corporativo ⁽⁷¹⁾.

Para una más fácil identificación de la información sobre la retribución, la Recomendación establece que las sociedades deberán incluir esa declaración en

(68) “Informe Winter”, p. 66.

(69) V. *OECD Principles*, p. 25.

(70) V. *infra* 7.

(71) V. lo dicho *supra* 3.1.

un informe específico que, a su vez, se integrará en las cuentas anuales de la sociedad o en el informe de gestión o en las notas a las cuentas anuales. Cualquiera que sea la ubicación elegida, lo que es indudable es que esa declaración tiene que tener un espacio propio, sin que se entienda atendida esa previsión por el hecho de diluir las referencias a la retribución de los administradores y ejecutivos en los documentos que forman las cuentas anuales. La referencia constante a las cuentas anuales apunta a la deliberación y aprobación del informe en materia retributiva por parte de la Junta General ordinaria (cfr. art. 95 LSA). Sin embargo, esa relación no es exacta, toda vez que el voto de los accionistas con respecto al mencionado informe está sometido a un régimen especial sobre el que hemos de volver.

2. La difusión de la información por medio de la página web

Además de su incorporación a las cuentas anuales, destaca la exigencia de que el informe en materia de retribución deberá hacerse público igualmente por medio de la página web de la sociedad⁽⁷²⁾. Esta medida, cuyo evidente acierto dispensa de mayores consideraciones, resalta la importancia de esa página como un instrumento de información especialmente eficaz para el cumplimiento de los deberes informativos establecidos para las sociedades cotizadas (v. art. 117.2, 3 y 4 LMV). Esta publicidad adicional a través de *Internet* supone una oportunidad informativa caracterizada por su comodidad y continuidad y dispensa a los accionistas e inversores de tener que desarrollar actuación alguna para retirar o solicitar el mencionado informe⁽⁷³⁾.

3. Información sobre la retribución propuesta y sobre la que se ha hecho efectiva

Desde el punto de vista de su planteamiento general, el informe en materia de retribución tiene que servir para que los accionistas tengan una imagen adecuada sobre los eventuales cambios que, en uno u otro sentido, la política en materia de retribución de los administradores va a registrar con respecto a cada ejercicio. Se trata de explicar a los accionistas los criterios de la futura retribución, esto es, de la que se percibirá a lo largo del ejercicio venidero (v. apartado 3.2 de la Recomendación), sin perjuicio de poder abordar esa cuestión con

(72) Cfr. art. 117.2 LMV y demás normas de desarrollo; v. VICENT CHULIÁ, F., "Internet y sociedades", *RCE*, 52, 2004, pp. 17-22 y VAÑÓ VAÑÓ, M.J., "Información y gobierno electrónico en las sociedades cotizadas", *RDBB*, 95, 2004, pp. 90 y ss.

(73) V., al respecto, los datos que facilita CAÑIBANO, L., *Información financiera y gobierno de la empresa*, Madrid, 2004, pp. 34 y ss.

respecto a varios ejercicios futuros. Es razonable que tal retribución se establezca por períodos de tiempo que excedan de un año, ya sea por razones de estrategia (por ejemplo, cuando se hace uso de programas sobre acciones), por venir así determinado en atención a los contratos suscritos con administradores o directivos, o por hacerla coincidir con la duración del mandato. Mas esa previsión comprensiva de varios ejercicios no dispensará, como luego veremos, de presentar el citado informe con carácter previo para el ejercicio venidero.

Pero además de como predicción para el siguiente ejercicio, el informe retributivo tiene un elemento adicional de rendición de cuentas, puesto que también deberá exponer cómo se aplicó la política en materia de retribución en el ejercicio precedente. Se convierte así en un documento que va a facilitar el control del órgano de administración no ya sólo en cuanto beneficiario de esa retribución, sino también como órgano encargado de ejecutar la política de la sociedad al respecto y de conformidad con los términos propuestos en el informe correspondiente al ejercicio transcurrido.

La razón de esa doble proyección del informe, hacia el pasado y el futuro, radica en poner a disposición de los accionistas una información que les permita establecer una relación entre la retribución de los administradores y la evolución de la actividad y los resultados de la sociedad. Si tenemos en cuenta la frecuencia con que desde un punto de vista teórico o, incluso, legislativo, la retribución de los administradores se vincula con los intereses de los accionistas y, en concreto, con la participación de éstos en los beneficios, resulta claro que los accionistas deben poder enjuiciar a través del informe la certeza de tal vinculación. Al propio tiempo, esa relación entre la información referida al ejercicio venidero y la que afecta a los ejercicios precedentes, pondrá de manifiesto si la política retributiva mantiene los mismos criterios ya aplicados o, por el contrario, ha registrado cambios. Esta última circunstancia debe de ser objeto de una especial mención en el informe. Así lo exige la Recomendación, si bien lo hace con respecto a aquellos cambios significativos en la política retributiva, con lo que se plantea alguna duda sobre la naturaleza de los cambios que deben ser objeto de tan detallada información. En nuestra opinión, como un posible criterio a ese respecto, parece evidente que tendrá ese carácter significativo cualquier cambio que afecte a alguno de los conceptos retributivos que como contenido mínimo de la información referida a cada uno de los administradores detallan los puntos 5.3 a 5.6 de la Recomendación (v. el art. 5.2 que viene a establecer de manera inequívoca que las menciones exigidas por aquellos apartados constituyen un contenido mínimo de la información que con tal objeto deben incluir las cuentas anuales).

4. Información a los accionistas sobre los planes de retribución por medio de acciones

Una de las cuestiones respecto de las que es necesario informar a los accionistas se refiere a los planes de retribución de los administradores por medio de la entrega de acciones u opciones sobre acciones. En concreto, el apartado 7 de la Recomendación establece la obligación de que los accionistas sean informados con carácter previo a la celebración de la Junta General sobre la pretensión de adoptar planes de retribución basados en la entrega de acciones u opciones sobre acciones. Asimismo, se les debe proporcionar el texto completo del plan que pretende adoptarse o la descripción de sus disposiciones generales, así como los nombres de los participantes en cada plan. En todo caso, la información que se dé sobre estos planes identificará la relación del plan de que se trate con el resto de la política retributiva de la sociedad.

Esta obligación de información previa a los accionistas se debe a la necesidad de que los planes de entrega de acciones u opciones sobre acciones sean aprobados por la Junta General. Además, el acuerdo que adopte la Junta General deberá referirse en concreto al plan o a sus términos principales, sin que se pueda entender cumplida esta exigencia por el mero hecho de que se hayan aprobado las cuentas anuales o el informe retributivo.

Junto a la información general que debe entregarse a los accionistas sobre el plan en particular que pretende adoptarse, la Recomendación en sus apartados 7.2 y 7.3 determina la necesidad de que se incluya también información sobre la forma en que la sociedad pretende hacer frente a los compromisos asumidos por el establecimiento del plan. En particular, debe aclararse si la sociedad tiene la intención de comprar las acciones necesarias en el mercado, mantenerlas en autocartera o si procederá a la emisión de nuevas acciones⁽⁷⁴⁾. Asimismo, debe incluirse una referencia a los costes estimados del establecimiento del plan. Es importante destacar en este punto la importancia que tienen las normas elaboradas por el *International Accounting Standards Board*, que determinan la forma de contabilizar las entregas de acciones u opciones sobre acciones en la Cuenta de pérdidas y ganancias de las sociedades⁽⁷⁵⁾.

(74) Sobre esta cuestión, V. LAMOTHE FERNÁNDEZ, P., “Problemas de eficiencia económica y costes de la implantación de un plan de opciones sobre acciones y otros incentivos de capital”, en *La retribución de los administradores en las sociedades cotizadas*, Madrid, 2003, pp. 139 y ss.

(75) En concreto, el “Proyecto de Circular del Banco de España sobre las nuevas Normas Internacionales de Contabilidad”, hecho público el pasado 26 de octubre de 2004, en su norma 36 determina que la concesión de acciones u opciones sobre acciones al personal de la sociedad se contabilizará como gasto por los servicios recibidos. Estas normas deben ser adoptadas por las sociedades el 1 de enero de 2005. Su texto puede consultarse en: <http://www.bde.es/normativa/circu/circulares1.htm>.

En definitiva, habida cuenta de las disposiciones de la Recomendación, podemos llegar a la conclusión de que la aprobación de este tipo de retribución por parte de la Junta General debe tener una autonomía propia, de ahí que sea necesario que se incluya en el orden del día como un punto específico distinto a la aprobación de las cuentas anuales o del informe retributivo. En todo caso, la información a que nos acabamos de referir también debe publicarse en la página web de la sociedad.

VII. DETERMINACIÓN DE LOS MEDIOS DE REMUNERACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

1. La libertad de las sociedades a la hora de determinar los medios de retribución de los administradores

El régimen de retribución de los administradores está regulado en el art. 130 LSA, que se limita a obligar a que ésta se fije en los estatutos y, en el caso de que consista en la entrega de acciones o de derechos de opción, sea aprobada por la Junta General ⁽⁷⁶⁾. Asimismo, el art. 200.12 LSA exige que en la memoria anual se incluya el importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengados en el curso del ejercicio por los miembros del consejo de administración, cualquiera que sea su causa. Esta información deberá darse de forma global por concepto retributivo. Estas obligaciones han sido desarrolladas por numerosas disposiciones contenidas en los códigos de buen gobierno y en diversas disposiciones adoptadas en estos últimos años tendentes a garantizar una mayor publicidad de la retribución de los administradores por todos los conceptos recibidos ⁽⁷⁷⁾.

Y es en este punto donde cobran especial relevancia las disposiciones de la Recomendación que analizamos, puesto que, a diferencia de lo que ocurre con el régimen vigente en esta materia, impone a todas las sociedades la obligación de elaborar una declaración específica sobre su política retributiva que, aunque pueda integrarse en las cuentas anuales, el informe de gestión o en las notas de las cuentas anuales, debe tener una cierta autonomía e independencia.

En cuanto a la estructura y composición de la retribución, la Recomendación se refiere a todo el conjunto de medios de retribución que pueden ser empleados por las sociedades, sin que, por otro lado, se haya pronunciado sobre

⁽⁷⁶⁾ V. sobre estas cuestiones SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, (en prensa), pp. 252 y ss.

⁽⁷⁷⁾ V. *supra* 3.2.

la conveniencia de la utilización de unos u otros. Es más, la Comisión ha manifestado su voluntad de no entrar a valorar la composición y estructura de la retribución de los administradores y directivos, habiéndose limitado a determinar que la declaración sobre la política retributiva debe referirse a todas las formas de retribución que existan en cada sociedad en particular⁽⁷⁸⁾. Se entiende que la Recomendación no debe concretar cuál es la estructura de la retribución de los consejeros, siendo ésta una materia que corresponde a cada sociedad en particular⁽⁷⁹⁾. De esta forma, el principio de libertad retributiva alcanza tanto al cuánto como a la forma de hacerla efectiva.

2. Estructura y composición de la retribución

El contenido mínimo de la nueva obligación de información es, como hemos dicho, que a todas las sociedades cotizadas les es exigible una declaración sobre la política retributiva empleada, es decir, una explicación sobre todos los medios utilizados para retribuir a los consejeros. En concreto, esa declaración deberá contener información suficiente sobre los siguientes aspectos (apartado 3.3 de la Recomendación):

- (a) la importancia relativa de la parte variable y no variable de la retribución de los administradores;
- (b) los criterios que se toman como base para la entrega de acciones, opciones sobre acciones o componentes variables de la retribución;
- (c) la proporcionalidad de la retribución y los rendimientos de los administradores;
- (d) los parámetros generales y el fundamento de la entrega de bonus y cualesquiera otras formas de retribución en especie;
- (e) las principales características de los planes de pensiones o planes de jubilación anticipada de los administradores.

(78) V. el ya citado documento de consulta de la Comisión Europea: “Fostering an appropriate regime for the remuneration of Directors. Consultation document of the Internal Market Directorate General”, Bruselas, 23 de febrero 2004, p. 8.

(79) A diferencia de lo que ocurre en otros mercados donde se recomiendan unas cuantías máximas a la retribución de cada consejero e, incluso, se desaconseja la participación de los consejeros en programas de entrega de acciones u opciones sobre acciones de la sociedad (v. PUYOL, B., “*Restoring Trust*. Informe sobre Gobierno corporativo norteamericano”, *RdS*, 22, p. 539).

Al mismo tiempo, el informe retributivo debe resumir y explicar la política de la sociedad cotizada en relación con los contratos celebrados con los administradores ejecutivos ⁽⁸⁰⁾. Esto debe incluir, entre otros aspectos, información sobre la duración de tales contratos, los plazos para la comunicación de la terminación anticipada y detalles sobre las indemnizaciones pactadas u otros pagos ligados a la terminación anticipada de tales contratos. Son muchas las críticas que este sistema de retribución ha suscitado, críticas que la mayor parte de las ocasiones no han venido motivadas por las cuantías percibidas, sino por la ausencia total de información sobre su existencia y sobre el procedimiento utilizado para su adopción ⁽⁸¹⁾. Ahora bien, parece que la tendencia actual es la de sólo aceptar su validez cuando en su adopción se hayan cumplido las normas de procedimiento establecidas en cada caso y, fundamentalmente, se haya informado a los accionistas sobre los mismos ⁽⁸²⁾.

En definitiva, lo que se pretende es que las sociedades informen sobre todos y cada uno de los medios empleados para retribuir a los consejeros distinguiendo, como hemos visto, entre diversos conceptos: retribución fija,

(80) La Recomendación en este punto hace sólo referencia a los contratos celebrados con los consejeros ejecutivos, lo cual nos lleva a plantear si esto quiere decir que no es necesario que se incluya esta información respecto a los posibles contratos suscritos con los consejeros no ejecutivos. Parece que la Recomendación se está refiriendo a los contratos de prestación de servicios con los consejeros ejecutivos, de ahí que resulte lógica la omisión de la referencia a los consejeros no ejecutivos, puesto que éstos normalmente no desempeñan esas otras funciones en la sociedad. Ahora bien, en el supuesto de que se hayan celebrado otro tipo de contratos distintos a las prestaciones de servicios u obra, será necesaria la información sobre los mismos con independencia del tipo de consejero con el que se hubieran celebrado. V. sobre estas cuestiones SÁNCHEZ GIMENO, S., *Las prestaciones de servicios u obra de los administradores de sociedades de capital*, Madrid, 2004, pp. 41 y 42.

(81) V. al respecto la noticia aparecida en *El País*, Negocios, 12 diciembre 2004, pp. 1 y 7, “Despidos de oro a espaldas de la junta”, donde se señala que hasta ahora las empresas españolas no estaban obligadas a revelar las cláusulas de blindaje que tenían con sus más altos ejecutivos, que además, suelen recogerse en un contrato privado entre el directivo y el Consejo de administración, sin que la junta general tenga conocimiento de estos compromisos. Señala esta noticia, además, que de las 14 empresas del Ibex 35 que han enviado el Informe de buen gobierno corporativo a la CNMV, 12 utilizan esta fórmula de indemnización para el caso de cese en el cargo de sus ejecutivos. Estas empresas, no obstante, sólo proporcionan información global respecto al coste total de estos compromisos.

(82) GARCÍA DE ENTERRÍA, J., “Los pactos de indemnización del administrador cesado”, *RDM*, 216, 1995, pp. 503 y ss. Incluso recientemente se ha rechazado la validez de la fijación de esta forma de remuneración de los administradores al margen de los estatutos, aun cuando se diga que están vinculados con la sociedad por una relación laboral, también, SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, p. 254.

variable y otra serie de incentivos o beneficios concedidos de distinta naturaleza ⁽⁸³⁾.

3. La publicidad de los distintos medios de retribución empleados respecto a cada administrador individual

Conforme a los apartados 3.3 y 5.3 de la Recomendación, el informe retributivo debe incluir información sobre todos los medios utilizados por las sociedades para retribuir a los administradores y debe hacer referencia, asimismo, a la retribución que de forma individualizada percibe cada administrador por cada uno de esos conceptos empleados. En concreto, se debe incluir la información siguiente:

(a) la cuantía total de la retribución satisfecha a cada administrador por los servicios prestados a la sociedad durante el ejercicio fiscal anterior, incluyendo, cuando sea aplicable, la información relativa a las dietas percibidas por la asistencia a reuniones fijadas por la Junta General;

(b) la retribución y demás ventajas obtenidas de cualquier sociedad perteneciente al mismo grupo;

(c) la retribución satisfecha fundada en participaciones en las ganancias o a través de la concesión de *bonus* y los motivos por los que tales ventajas fueron concedidas;

(d) cualquier cuantía adicional que sea significativa y que se haya entregado como contraprestación por servicios prestados por los administradores fuera del ámbito de sus funciones específicas como administradores, siempre que legalmente esté permitido;

(e) la retribución satisfecha o debida a antiguos administradores en conexión con la finalización de su mandato durante el ejercicio fiscal;

(f) el valor total estimado de la retribución en especie recibida que no se encuentre en ninguno de los apartados anteriores.

Junto a estos elementos, la Recomendación regula de forma separada la información que debe incluirse respecto a dos formas de retribución que, por su

⁽⁸³⁾ La Recomendación enumera todo un conjunto de sistemas de retribución que pueden ser empleados por las sociedades, ahora bien, este conjunto no es un *numerus clausus* que impida que las sociedades puedan utilizar otro tipo de mecanismos para retribuir a los administradores. Lo que sí deben hacer las sociedades es informar en todo caso de esos otros sistemas retributivos empleados y de la forma en que se ha procedido a su implementación.

importancia práctica, requieren de una mayor concreción. Estos dos conceptos se refieren, en primer lugar, a la retribución basada en la entrega de acciones, opciones sobre acciones u otros planes de incentivos y, en segundo, a la participación de los administradores en planes de pensiones.

En lo que respecta al primer punto, entrega de acciones u opciones sobre acciones, la Recomendación regula en su apartado 6 esta forma de retribución, haciendo hincapié en la necesidad de que estos planes sean aprobados por la Junta General con carácter previo a su adopción⁽⁸⁴⁾.

En relación con los planes de pensiones, el apartado 5.6 de la Recomendación establece la obligación de que se incluya respecto de los mismos la siguiente información:

(a) cuando los planes de pensiones sean planes *defined-benefit scheme*, las modificaciones en los beneficios adquiridos por los administradores bajo tal plan en el año fiscal relevante;

(b) cuando los planes de pensiones sean planes *defined-contribution scheme*, los detalles de las contribuciones satisfechas o que deban pagarse por la sociedad en relación con cada directivo durante el ejercicio fiscal correspondiente.

Por último, la Recomendación determina que, siempre que la legislación de cada Estado miembro o los estatutos de la sociedad lo permitan, se debe incluir en el informe retributivo la información relativa a los préstamos, pagos anticipados o garantías que la sociedad o aquellas sociedades del grupo incluidas en las cuentas anuales consolidadas de la sociedad hayan satisfecho a cualquier persona que haya sido administrador de la sociedad durante el ejercicio fiscal relevante, incluyendo las cuantías pendientes y el tipo de interés.

4. Autonomía e independencia del informe retributivo

La Recomendación considera necesario informar sobre los conceptos retributivos que se empleen en cada sociedad, aspecto que ya está recogido en la Circular 1/2004, de 17 de marzo, de la CNMV (BOE de 29 de marzo), que desarrolla la Orden ECO/3722/2003, de 26 de diciembre, sobre el Informe anual de gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades (BOE de 8 de enero de 2004).

(84) Sobre esta forma especial de retribución, v. *infra* 9.

En concreto, la información que debe incluirse está recogida en el Anexo I de la Circular en los apartados B.1.8 a B.1.10 y distingue entre una serie de conceptos retributivos, entre los que se hace referencia a la retribución fija, variable, dietas, atenciones estatutarias, opciones sobre acciones y/o otros instrumentos financieros, y otros beneficios como son los anticipos, créditos concedidos, fondos y planes de pensiones (aportaciones y obligaciones contraídas), primas de seguros de vida y otras garantías constituidas por la sociedad a favor de los consejeros. Estos mismos conceptos deben incluirse en relación con las cuantías que se perciban por los consejeros por su pertenencia a otros consejos de administración y a la alta dirección de sociedades del grupo. Se debe informar también sobre la remuneración total por la tipología de consejeros, distinguiendo entre consejeros ejecutivos, externos dominicales, externos independientes u otros externos y sobre la remuneración total de los miembros de la alta dirección que no sean, a su vez, consejeros ejecutivos. Finalmente, debe identificarse de forma agregada si existen cláusulas de garantía o blindaje para casos de despido o cambios de control a favor de los miembros de la alta dirección, incluyendo los consejeros ejecutivos de la sociedad o de su grupo e indicarse si estos contratos han de ser comunicados y/o aprobados por los órganos de la sociedad o de su grupo.

Como acabamos de ver, la Circular enumera todos los conceptos que deben incluirse en el informe retributivo, si bien, y aquí radica la principal diferencia con la Recomendación que comentamos, esta información debe presentarse de forma agregada en relación con el consejo de administración en su conjunto y no, como dice la Recomendación, individualmente respecto de cada consejero.

Nos encontramos, por tanto, con dos obligaciones de contenido muy similar (como hemos tenido ocasión de analizar la información que debe incluirse en el informe de gobierno corporativo coincide en su mayor medida con aquella que la Recomendación obliga a elaborar y a integrar en el informe retributivo) que van a obligar a las sociedades cotizadas a elaborar dos documentos que incluyan información sobre la retribución de los administradores. Ahora bien, en el primero, el informe de gobierno corporativo, se incluirá información agregada sobre la retribución del Consejo de Administración, distinguiendo entre la cuantía percibida por los consejeros ejecutivos y no ejecutivos y aquella satisfecha a los altos directivos, mientras que en el segundo, el informe retributivo, la información deberá referirse de forma individualizada a cada consejero y a quienes ostenten la máxima responsabilidad ejecutiva en una sociedad cotizada sin ser consejeros.

5. La forma en que los órganos sociales participan en la elaboración y aprobación de la política retributiva: supuesto específico de las entregas de acciones u opciones sobre acciones

La Recomendación no sólo obliga a los Estados miembros a incluir en el informe retributivo los distintos medios empleados por las sociedades para retribuir a sus administradores y directivos, sino también a informar sobre el proceso de elaboración y adopción de decisiones en relación con la determinación de la política retributiva empleada por las sociedades cotizadas. Así, en particular, se deberá dar información sobre el proceso de adopción de las medidas, si se han adoptado por el Consejo directamente o por la Comisión de Retribuciones, si fueron objeto de información o aprobación por la junta general o si su establecimiento está o no fijado en los estatutos de la sociedad, entre otros aspectos. En concreto, en el caso de los planes de entrega de acciones u opciones sobre acciones, la Recomendación exige su aprobación previa por la junta general ⁽⁸⁵⁾.

En lo que respecta al proceso de elaboración y determinación de la política retributiva, se requiere, además, que se informe sobre el mandato y composición del Comité de Retribuciones, los nombres de los consultores externos que hayan participado en la elaboración y diseño de la política retributiva y el papel que haya jugado la junta general en relación con ésta. Ahora bien, estos extremos han sido objeto de una Recomendación específica y, por tanto, nos remitimos a sus disposiciones ⁽⁸⁶⁾.

Es importante, en este punto, hacer una breve mención a un punto que consideramos de especial importancia y respecto al cual la Recomendación no se ha pronunciado. Nos referimos a la necesaria determinación estatutaria de cada uno de los medios de retribución que pueden ser empleados por las sociedades. ¿Es necesario que todos los elementos retributivos que contempla la Recomendación tengan cobertura estatutaria? o ¿basta una mención y un reenvío a acuerdos sociales de aprobación o concreción de las formas de retribución? Nuestra LSA contempla sólo dos sistemas, cuales son el de participación

⁽⁸⁵⁾ Es ésta una exigencia que ya está recogida en nuestro ordenamiento en el art. 130.2 LSA y que ha permitido que los accionistas de las sociedades hayan podido participar en la adopción y aplicación de estos planes. V. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., "Unas ideas previas al debate sobre la reforma de la remuneración de los administradores de las sociedades anónimas cotizadas", en *La retribución de los administradores en las sociedades cotizadas*, Madrid, 2003, pp. 25 y ss.

⁽⁸⁶⁾ El texto de esta Recomendación sobre el papel de los consejeros ejecutivos y los Comités del Consejo se encuentra en: http://www.europa.eu.int/coom/internal_market/company/docs/independence/2004recommendation_en.pdf.

de los administradores en los beneficios sociales (art. 130.1) y el consistente en la entrega de acciones o de derechos de opción sobre acciones (art. 130.2) ⁽⁸⁷⁾. Lo que se plantea es si el hecho de que deba darse información detallada y completa sobre las distintas formas empleadas por las sociedades para retribuir a los administradores, entre las que se encuentran las dos contempladas por la LSA, puede llegar a “obligar” a las sociedades a incluir en los estatutos todos y cada uno de los conceptos utilizados para retribuir a los administradores. Y es en este punto donde se pueden plantear algunos problemas en lo que respecta a la recepción de la Recomendación y su eventual adaptación en cuanto al cauce normativo.

6. La retribución en el grupo

De forma inequívoca, la Recomendación establece, entre la información mínima que debe facilitarse con referencia a la retribución individual de los administradores, cualquier tipo de compensación o beneficio percibido de otras empresas pertenecientes al mismo grupo [apartado 5.3 (b)]. Nada cabe objetar a esta medida. Antes al contrario, refuerza el criterio de la transparencia puesto que allí donde exista un grupo de sociedades, los accionistas tendrán un conocimiento preciso de la retribución a cada administrador satisfecha de forma conjunta por las distintas sociedades pertenecientes al grupo. La prevención de conflictos de interés y el reforzamiento del control por parte de los accionistas justifican esta medida. En algunos grupos de sociedades, la pertenencia al Consejo de la sociedad dominante suele coincidir con la correspondiente condición de administrador en una o más sociedades participadas, estando el cargo igualmente retribuido. Los accionistas deben poder conocer esa retribución agregada a la hora de valorar la actuación de cada administrador.

Sin perjuicio de lo expuesto, la solución de la Recomendación merece algún reproche por su laconismo. Se echa en falta una mayor concreción de la información que debe incluirse en el informe sobre la retribución que perciban los administradores por el desempeño de cargos de administración y/o alta dirección en las demás sociedades del grupo. Igualmente, si esa información debe figurar sólo en las cuentas anuales consolidadas o ha de repetirse en las cuentas de cada una de las sociedades del grupo en las que el administrador ocupa esa condición.

(87) SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, pp. 265 y ss.

VIII. LA APROBACIÓN DE LA RETRIBUCIÓN: EL PAPEL DE LA JUNTA GENERAL

1. Introducción: las competencias en materia de retribución de administradores

La Recomendación no pretende únicamente imponer un deber informativo novedoso que afecte a la retribución de administradores y ejecutivos, sino que concibe ese deber como un instrumento de un objetivo más amplio: el protagonismo de los accionistas en esta materia. Protagonismo que, sin embargo, no debe entenderse como la atribución a los accionistas del poder exclusivo de decidir a ese respecto. Como veremos, la Recomendación propone un sistema que combina el ejercicio de competencias de los propios administradores y de los accionistas en lo relativo a la propuesta y aprobación de la política retributiva. Al hacerlo, se formulan soluciones flexibles puesto que aspectos destacados de ese futuro régimen quedan a la decisión última de cada uno de los Estados miembros.

En todo caso, el nuevo sistema va a permitir superar una situación intolerable, constituida por la completa marginación de los accionistas en este asunto. Bajo el régimen vigente, son los propios administradores quienes fijan su retribución en el seno del Consejo y de sus Comisiones⁽⁸⁸⁾, sin que los accionistas tengan otra función más que la de ratificar la retribución mencionada de manera agregada en la memoria del ejercicio pasado. La Recomendación contiene un apartado 4 que lleva el expresivo título de “El voto de los accionistas”, con lo que plasma así el criterio a favor de la necesidad de escuchar a los accionistas y de otorgar a éstos la oportunidad de pronunciarse sobre la política retributiva. No basta con acudir a los cauces generales de participación de los accionistas en la fase previa o en la propia sesión de la Junta General, sino que se persigue la introducción de medios efectivos para que la cuestión retributiva ocupe un lugar específico en el debate de la Junta General ordinaria. De ahí que se imponga que figure como punto necesario en su orden del día el relativo a la política retributiva o a cualquier cambio significativo en la misma [v. Considerando (7) apartado 4.1]. Mención específica que, en nuestra opinión, no debe entenderse satisfecha por el hecho de que ya figure en el orden del día el debate sobre la aprobación de las cuentas anuales, cuando el informe que recoja la política retributiva figure dentro de ellas.

(88) V. SAN SEBASTIÁN, F., *El gobierno de las sociedades cotizadas y su control*, Madrid (1996), p. 207, quién sin embargo matiza esa afirmación, señalando que el Consejo determina su propia remuneración a través del control de la Junta.

Reconocer a los accionistas el derecho a debatir en la Junta ese punto es plenamente compatible con hacer lo propio en cuanto a que sean otros órganos sociales quienes fijen la retribución de los administradores para el ejercicio venidero. La redacción de la Recomendación es muy clara a ese respecto. Es el órgano de administración quien mantiene la competencia de proponer la política retributiva de la sociedad y, evidentemente, cualquier cambio en la que ya ha sido aprobada. La libertad societaria aparece aquí de nuevo como un presupuesto indispensable. La característica de la negociación bursátil no debe llevar a considerar que aproxima las soluciones retributivas, sino que es preciso salvaguardar la autonomía de los administradores a la hora de proponer la solución que consideren más acorde con la actividad de la sociedad y la posición de cada uno de los beneficiarios de esa retribución. Obviamente nos encontramos ante uno de los problemas esenciales del gobierno corporativo: cuál resulta ser el procedimiento correcto para el ejercicio de esta competencia del órgano de administración. Los cambios más evidentes apuntan al Comité de Retribuciones y a confiar en el protagonismo de los consejeros independientes, alejados de los intereses de “ejecutivos” y “dominicales” por igual ⁽⁸⁹⁾. Cualquier avance en ese sentido debe ser bienvenido. Sin perjuicio de ello, parece que el principal factor de corrección y buen gobierno vuelve a ser la información. Tan importante como las razones a favor de una u otra opción retributiva será siempre su conocimiento por los accionistas y la facultad de éstos de manifestarse y, en su caso, decidir al respecto.

2. La deliberación sobre el informe retributivo

La intervención de los accionistas adquiere una mayor intensidad en lo relativo a lo que hemos venido denominando el informe retributivo, es decir, el documento que la sociedad deberá redactar de acuerdo con lo establecido en el apartado 3 de la Recomendación y con el contenido que allí se establece. Dicho informe no sólo debe ser objeto de debate por los accionistas en el seno de la junta general, sino que, conforme a lo que establece el apartado 4.2 de la Recomendación, puede someterse a votación. Esta hipótesis, que obliga a la sociedad a advertir a sus accionistas con carácter previo de que se va a producir en la junta general una deliberación y decisión sobre ese punto, está sometida a distintas soluciones. En primer lugar, la Recomendación permite dar al voto de los accionistas un carácter vinculante o no. Es decir, el hecho de que por mayoría los accionistas rechacen el informe retributivo, no impedirá su puesta en práctica por los administradores en la segunda hipótesis. Es una solución un tanto

(89) V. una amplia reflexión sobre el tema en FERRARINI, “Executive Remuneration and Corporate Governance in the EU”, pp. 299-311.

anómala, puesto que un voto negativo o desfavorable afectará de lleno la autoridad y legitimación de los administradores. Por su parte, los administradores deberán abstenerse de ejercitar el derecho de voto correspondiente a las acciones representadas en la aprobación del informe retributivo, por tratarse de un evidente supuesto de conflicto de interés (v. art. 114.1 LMV).

En segundo lugar, la Recomendación permite a los Estados miembros establecer que la votación del informe retributivo sólo tendrá lugar si así lo solicitan accionistas, presentes o representados que, en conjunto, aparezcan como titulares del 25% de los derechos de voto. Se matiza así el sometimiento a los accionistas de la cuestión retributiva y se hace, en nuestra opinión, exigiendo una cifra excesivamente amplia si pensamos en la dispersión del capital propia de las sociedades cotizadas. Limitación que no creemos que quede atenuada con la remisión que cierra este apartado de la Recomendación a las disposiciones nacionales aplicables que permiten a un accionista proponer la adopción de un acuerdo por parte de la junta general.

3. La aprobación previa por los accionistas de la retribución por medio de acciones u opciones sobre acciones

Siguiendo las disposiciones del “Informe Winter”, la Recomendación determina que todos aquellos sistemas de retribución de los administradores basados en la entrega de acciones, opciones o planes basados en el precio de las acciones deben ser objeto de aprobación previa por parte de la junta general⁽⁹⁰⁾. En la actualidad y como ya hemos recordado, este régimen está regulado en nuestro Derecho en el artículo 130 LSA, que exige que la retribución de los administradores basada en la entrega de acciones u opciones sobre acciones conste en los estatutos de la sociedad y su aplicación sea acordada por la junta general⁽⁹¹⁾. No obstante, la Recomendación establece un mayor detalle en la regulación de esta forma de retribución y, además, extiende la necesidad de acuerdo previo de la junta general cuando estos planes estén dirigidos a aquellos que ostenten cargos de alta dirección y no formen parte del consejo.

Con carácter general, el apartado 6.2 de la Recomendación determina que, en relación con estos planes de incentivos, la junta debe adoptar un acuerdo previo con un contenido mínimo que detalla y expresa claramente que en este

(90) La Recomendación se refiere a la Junta General anual que, en nuestro Derecho, podría identificarse con la Junta General ordinaria de aprobación de las cuentas.

(91) Sobre esta especial forma de retribución v. por todos SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “Las llamadas *stock options* y las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica”, en *Derecho de sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, pp. 1485 y ss.

concreto aspecto retributivo, es la Junta la titular efectiva del poder de decisión. Las menciones obligadas son las siguientes:

- (a) la propia concesión de planes de incentivos retributivos, incluyendo opciones sobre acciones, a los administradores;
- (b) la determinación del número máximo de acciones u opciones sobre acciones concedidas y las condiciones del proceso de otorgamiento;
- (c) el plazo en que las opciones pueden ser ejercitadas;
- (d) las condiciones para cualquier modificación futura en el precio de ejercicio de las opciones, si corresponde y está permitido legalmente;
- (e) cualquier otro plan de incentivos retributivos a largo plazo en el que los administradores participen y que no sea ofertado en los mismos términos y condiciones al resto de empleados.

Asimismo, la Junta General debe establecer el plazo para que el órgano encargado de la determinación de la retribución de los administradores pueda conceder este tipo de retribución a los administradores. Cualquier modificación significativa en los términos y condiciones de los planes debe ser sometida a la aprobación de la Junta General anual con carácter previo. En estos casos, los accionistas deberán ser informados de las modificaciones propuestas así como de los motivos que han llevado a tales modificaciones.

Lo anterior no será aplicable respecto de aquellos planes en que se ofrezca la participación en términos similares a los empleados de la sociedad cotizada o de sus filiales que hayan sido elegidos para participar en el plan y se haya obtenido la aprobación de la Junta General.

Finalmente, la Recomendación establece la necesidad de aprobación de la Junta General siempre que, en los supuestos en que la legislación de los Estados miembros o los estatutos de la sociedad lo permitan, se pretenda adoptar un plan de entrega de opciones bajo el que se concedan derechos de suscripción de acciones a precios inferiores a los de mercado en la fecha en que se determine el precio de ejercicio o a precios inferiores al valor medio del precio de mercado en un número de días previos a la fecha en que se determine el precio de ejercicio.

En definitiva, todos aquellos extremos que afecten o puedan afectar a la determinación de la retribución de los administradores basada en la participación en planes de incentivos retributivos, entregas de acciones u opciones sobre acciones, deben ser aprobados por la Junta General con carácter previo.

4 ¿Cambios en la regulación de la Junta General?

La adaptación a la Recomendación consistente en la incorporación de sus distintos apartados en el ordenamiento español creemos que va a exigir cambios en la legislación del mercado de valores y en la legislación societaria. En este segundo ámbito, las previsiones sobre la celebración de la Junta y la deliberación y decisión de los accionistas con respecto a la política retributiva y a sus eventuales modificaciones van a incidir en distintas disposiciones de la LSA.

Así sucede con el régimen de la Junta General ordinaria, al ser ésta a la que se atribuye la competencia para tratar la cuestión de la retribución de los administradores. Aunque el informe retributivo se integre en las cuentas anuales y, en consecuencia, su debate esté comprendido en las competencias objetivas que contempla el art. 95 LSA, la cobertura de la exigencia de una específica mención en el orden del día (apartado 4.1 de la Recomendación), o la necesidad de advertir a los accionistas de que la Junta deberá adoptar un acuerdo al respecto (apartado 4.3), probablemente obligue a una adición en el citado precepto. Asimismo, será necesario determinar si los estatutos deben prever todas las formas de retribución que pueden ser empleadas por las sociedades o si se mantiene la actual regulación del artículo 130 LSA.

También parece difícil evitar modificaciones legislativas al incorporar el voto de los accionistas con carácter imperativo o vinculante o sin él. Ésta es una opción que si acoge el legislador español pudiera impulsar una modificación del art. 212 LSA. En lo relativo al quórum mínimo de derechos de voto que legitima a los accionistas para exigir que la Junta vote el informe retributivo (art. 4.3 de la Recomendación), dada la primacía de las disposiciones nacionales que permiten a los accionistas proponer la adopción de un acuerdo, no parece contemplarse una necesaria modificación, puesto que el quórum del 5% que contempla el art. 100.2 y 3 LSA no puede ser limitado por el que prevé la Recomendación (el 25% de los derechos de voto). Sin embargo, sí parece obvio que el art. 130, párrafo segundo, LSA, precisará de una revisión para su adaptación al contenido imperativo de la Recomendación en cuanto a la retribución por medio de acciones u opciones sobre éstas.

Por último, también habrá que establecer una previsión especial si se opta por dejar el informe retributivo fuera de las cuentas anuales. Habrá entonces que establecer una mención que incluya la deliberación y, en su caso, el voto vinculante o no en los asuntos competencia de la Junta General.

IX. LA RETRIBUCIÓN POR MEDIO DE ACCIONES U OPCIONES SOBRE ACCIONES

1. Regulación de esta forma de retribución

Ya apuntamos que la Recomendación recoge de forma específica un apartado en el que se regula la información que sobre los planes de entrega de acciones u opciones sobre acciones debe incluirse en el informe retributivo. Se trata de una alternativa retributiva altamente polémica, tanto por su alcance, como por sus consecuencias negativas. En cuanto a su difusión, el mercado español no ha alcanzado los límites observados en aquellos mercados de valores en donde su difusión hace algunos decenios permitió hablar de una auténtica orgía de *stock options* ⁽⁹²⁾. Precisamente esa circunstancia es la que se ha subrayado a la hora de explicar algunos de los más sonoros escándalos societarios, cuya razón de ser estaría en la obsesión de los directivos por llevar y mantener los índices bursátiles de las acciones contempladas por sus opciones a límites absolutamente injustificados si se ponían en relación con la evolución de la actividad y resultados de la sociedad ⁽⁹³⁾.

El hecho de conceder a los administradores y directivos acciones u opciones de compra de acciones de la sociedad constituye una forma de vincular su remuneración al valor futuro de la empresa y de esta forma crear incentivos que aumenten su productividad. En cualquier caso, debe garantizarse la fidelidad de los administradores y directivos a la sociedad mediante el sometimiento de estos planes a determinadas restricciones, condicionamiento del ejercicio de la opción al transcurso de un período de tiempo, intransmisibilidad de las acciones durante un plazo preestablecido o mantenimiento de la relación del ejecutivo con la sociedad durante un número de años determinado.

En la actualidad son diversas las disposiciones que la legislación societaria y del mercado de valores contienen tendentes a regular esta forma de retribución y a garantizar, sobre todo, la publicidad de tales planes. Junto a la previsión

⁽⁹²⁾ BLAIR, M.M., "Shareholder Value, Corporate Governance, and Corporate Performance", en AA.VV., *Corporate Governance and Capital Flows in a Global Economy* (dirs. Cornelius y Kogut), Nueva York, 2003, p. 61. Para un análisis de este sistema en Derecho norteamericano, v. PUYOL, B., "El régimen mercantil de las *stock options* en Derecho norteamericano", *RdS*, 16, 2001, pp. 485 y ss.

⁽⁹³⁾ No obstante, una de las mayores críticas de que fue objeto este particular régimen de retribución de los administradores se refería a la falta de transparencia de su articulación en España o "notoria opacidad" con la que empezaron a proliferar en nuestro país este tipo de programas de opciones (v. a este respecto SÁNCHEZ ANDRÉS, A., "Las llamadas *stock options*...", cit., p. 1489).

societaria (el repetidamente citado párrafo segundo del art. 130 LSA), existen una serie de normas que establecen la obligación de las sociedades cotizadas de informar a la CNMV de los sistemas de retribución de administradores y directivos adoptados y, en especial, de aquellos basados en la entrega de acciones o de opciones de la sociedad⁽⁹⁴⁾. Así, el artículo 53 de la LMV impone a los administradores de sociedades cotizadas la obligación de comunicar a la propia sociedad, a las Bolsas en que sus acciones se negocien y a la CNMV la adquisición de acciones de la sociedad que gestionan con independencia de la cuantía⁽⁹⁵⁾.

Las disposiciones adicionales decimoquinta y decimosexta de la LMV regulan el deber de los administradores y los directivos de sociedades cotizadas de comunicar a la CNMV el establecimiento a su favor, y las eventuales modificaciones ulteriores, de cualquier sistema de retribución que conlleve la entrega de acciones de la sociedad en la que ejercen su cargo, de derechos de opción sobre éstas o cuya liquidación se halle vinculada a la evolución del precio de esas acciones. Para facilitar el cumplimiento de esta obligación, la CNMV elaboró la Circular 4/2000, de 2 de agosto, en la que se concretan los modelos para llevar a cabo las comunicaciones de derechos de opción y sistemas retributivos de administradores y directivos de sociedades cotizadas antes referidas⁽⁹⁶⁾.

Ahora bien, a pesar de todas estas disposiciones, que imponen la obligación de incluir “información detallada e individualizada sobre las acciones y opciones o liquidaciones que corresponden a administradores y directivos”, son muchas las sociedades cotizadas que no han informado a sus accionistas sobre cuál era la retribución percibida por cada uno de los consejeros y se han limita-

(94) V. IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., *Stock options. Regulación, economía, política retributiva y debate social*, Madrid, 2000 y SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “*Stock options*, asistencia financiera de la sociedad y otras paradojas (el revés de la trama)”, en *La retribución de los administradores en las sociedades cotizadas*, Madrid, 2003, pp. 106 y ss.

(95) Este artículo fue desarrollado por el Real Decreto 377/1991, de 15 de marzo, sobre comunicación de participaciones significativas en sociedades cotizadas y de adquisiciones por éstas de acciones propias, a su vez modificado por el Real Decreto 1370/2000, de 19 de julio, con el fin de introducir en su ámbito la obligación establecida en la Ley de Acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para el año 2000 referente a la comunicación que los administradores deben realizar de las *stock options*, *warrants*, obligaciones convertibles o canjeables o cualesquiera otros valores que les atribuyan el derecho a suscribir o adquirir acciones de la sociedad que administran de que sean titulares.

(96) Los modelos incluyen toda una serie de información que debe hacerse pública por las sociedades y que coinciden en gran medida con la información que la Recomendación que examinamos obliga a incluir en el informe retributivo respecto a los planes de entrega de acciones u opciones sobre acciones.

do a incluir en las cuentas anuales datos globales relativos a la totalidad del Consejo.

2. Disposiciones de la Recomendación relativas a la publicidad de los planes de entrega de acciones u opciones sobre acciones

La información relativa a los planes de acciones u opciones sobre acciones debe ser individualizada y detallada por cada administrador y, como acabamos de ver, su establecimiento debe ser aprobado por la Junta General (v. *supra* 8.3).

Además, la Recomendación en su apartado 5.4 establece la información que debe contener el informe retributivo en relación con estos planes retributivos que debe hacer referencia a los siguientes extremos:

(a) el número de opciones sobre acciones concedidas por cada sociedad durante el ejercicio fiscal relevante y las condiciones de su aplicación;

(b) el número de opciones ejercitadas durante el ejercicio fiscal relevante y respecto de cada una de ellas, el número de acciones que se han entregado y el precio de ejercicio de la opción o el valor del interés en el plan de incentivo al final del ejercicio fiscal;

(c) el número de opciones no ejercitadas al final del ejercicio fiscal, su precio de ejercicio, la fecha de ejercicio de las mismas y las condiciones principales del ejercicio de los derechos;

(d) cualquier cambio en los términos y condiciones de las opciones concedidas existentes que se haya producido en el ejercicio fiscal.

La obligación de que la Junta General apruebe los planes de entrega de acciones u opciones sobre acciones y sus condiciones generales ya está recogida en nuestro ordenamiento en el artículo 130.2 LSA, que, además, regula el contenido mínimo que debe tener ese acuerdo. Ahora bien, la Recomendación en este aspecto ha venido a ampliar la información que anualmente debe darse a la Junta General sobre estos planes, por lo que a nuestro juicio será necesario proceder a una modificación de este precepto de la LSA para adaptarlo a las disposiciones de la Recomendación. En cualquier caso, es importante que se tenga en cuenta que lo que, en definitiva, se pretende es que los accionistas tengan información completa sobre el establecimiento de estos planes y sus condiciones que les permita adoptar el acuerdo previo a su adopción con pleno conocimiento de causa.

X. CONCLUSIÓN

Dentro del impulso decidido a favor de la reforma efectiva del Derecho europeo de sociedades, la Comisión ha situado la retribución de los administradores de las sociedades cotizadas como una de sus prioridades. Al hacerlo por medio de una Recomendación, la Comisión ha propuesto a los Estados miembros que sean éstos los que adopten las oportunas medidas de aproximación de sus respectivas legislaciones, a partir del mínimo común consistente en las medidas establecidas por la Recomendación. Para algunos Estados, las medidas propuestas por la Recomendación no implicarán novedades sustanciales. Para otros, entre los que figura España, la adaptación a la iniciativa comunitaria obligará a adoptar medidas que han sido repetidamente reclamadas.

La Recomendación presenta dos orientaciones fundamentales, vinculadas ambas con los principios del buen gobierno corporativo. La primera implica someter la retribución de los administradores y directivos a un régimen informativo especial. Este régimen se caracteriza por su alcance: deberá informarse sobre la retribución individual de cada administrador y por los distintos conceptos remuneratorios. La segunda orientación contempla que la Junta General tenga pleno y previo conocimiento de la retribución de los administradores pudiendo incluso condicionarse la efectividad de la retribución a su previa aprobación por la Junta. Se pone así a disposición de los accionistas una información que va a facilitar el control por ellos de los administradores y una mejor determinación de eventuales situaciones de conflicto entre el interés social y los particulares de los administradores.

Por último, debemos recordar que dada la naturaleza de algunas medidas previstas por la Recomendación, es previsible que deban reformarse algunos preceptos de la LSA y de la LMV que consientan la aplicación imperativa de las disposiciones de la Recomendación en nuestro ordenamiento.

CONCURRENCIA, OPONIBILIDAD Y COMPENSACIÓN EN LA PRENDA DE CRÉDITOS (*)

JAVIER AVILÉS GARCÍA
Profesor Titular de Derecho Civil

SUMARIO

- I. LA EFICACIA JURÍDICA DE LA PRENDA DE SALDOS DE DEPÓSITOS BANCARIOS.
- II. SITUACIONES DE CONCURRENCIA U OPONIBILIDAD EN LA PRENDA DE CRÉDITOS.
 - 1. Ámbito concursal.**
 - 2. Ámbito extraconcursal.**
- III. EL MECANISMO COMPENSATORIO: SITUACIONES DE OPONIBILIDAD POR COMPENSACIÓN.
 - 1. Facultad compensatoria y terminología al uso.**
 - 2. Compensación legal.**

(*) Este estudio se integra en un trabajo más amplio dentro del Proyecto nacional de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología sobre los nuevos problemas de la contratación (Ref. MCT-00-BJU-0271), y se ha beneficiado también de las ayudas específicas asignadas como *Grupo de Excelencia* en investigación del que el autor forma parte, y cuyo investigador responsable es el Prof. Dr. José María Muñoz Planas (Ref. PR-01-GE-14).

RDBB núm. 96 /Octubre-Diciembre 2004

3. Compensación convencional.

- A) La prenda de créditos bajo forma de pacto de compensación anticipada.
- B) El pacto de compensación de depósitos de valores del deudor.

4. La prohibición legal de compensar.

A los argumentos de carácter histórico y a los que proceden del Derecho Comparado se ha sumado, en estos últimos años, la aparición de nuevas modalidades de prenda en nuestra legislación. El propio tenor literal de diversos artículos de nuestro Código Civil, como son las menciones contenidas en los arts. 469 y 507, referidos al usufructo de derechos y de créditos, o los arts. 1868 y 1872, referidos a la prenda en general, de donde puede deducirse la admisión implícita de la prenda de derechos no incorporados a títulos valores, abogan también en favor de la admisión de ésta con carácter incontestable en nuestro ordenamiento jurídico. Además, la diáfana doctrina del Tribunal Supremo sobre esta cuestión en sus recientes sentencias de 19 de abril y 7 de octubre de 1997, y más recientemente en las de 13 de noviembre de 1999 y 25 de junio de 2001, han venido a reconocer una sentida necesidad del tráfico jurídico, abriéndose así camino ante una doctrina dubitativa y reacia a su reconocimiento general.

Una vez admitida la pignoración de saldos de depósitos bancarios como una modalidad de la prenda de créditos, que no es objeto de este estudio ⁽¹⁾, parece claro que la finalidad pretendida con esto no es otra que la de afectar un determinado crédito al cumplimiento de una obligación frente a la propia entidad depositaria o frente a otra diferente. Tal vez una de las cuestiones más

(1) Cfr. GULLÓN BALLESTEROS, *El derecho real de subhipoteca (Las hipotecas sobre hipotecas)*, 1957; DE EIZAGUIRRE, "Las imposiciones a plazo como objeto de garantía pignoraticia. Una contribución a la dogmática de los títulos valores", *RDBB*, 25, 1987, pp. 179 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, "Cesión de créditos", *ADC*, 1988, pp. 1033 y ss.; SÁNCHEZ GUILARTE, *Pignoración de saldos de depósitos bancarios e inmovilización de saldos de anotaciones en cuenta, Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero* (coord. Alonso Ureba, Bonardell Lenzano y García Villaverde), 1990, pp. 647 y ss.; BONARDELL LENZANO, *Contratos de afianzamiento general y de cobertura de riesgos. Pignoración de saldos de depósitos bancarios, Contratos Bancarios* (coord. García Villaverde), 1992, pp. 843 y ss.; GIL RODRÍGUEZ, *La prenda de derechos de crédito, Tratado de garantías en la contratación mercantil*, tomo II, *Garantías Reales*, vol. I, *Garantías Mobiliarias*, 1996, pp. 337 y ss. CARRASCO PERERA, *Tratado de los Derechos de Garantía*, 2002, pp. 859 y ss.; AVILÉS GARCÍA, "Contratos de garantía y ampliación del ámbito de aplicación de las prendas de crédito", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luiz Díez-Picazo*, 2003, tomo II, *Obligaciones y Contratos*, pp. 1435 y ss.

importantes ahora, sea la de argumentar sobre la oponibilidad de la garantía así constituida frente a los terceros acreedores, en orden a obtener el cobro preferente del crédito mediante la ejecución del derecho así constituido. De ahí la relevancia del estudio del mecanismo compensatorio que aquí proponemos como una vía fácil y rápida para obtener una satisfacción equivalente a la obligación garantizada. Antes de esto, y con carácter previo, es conveniente atender a si estamos o no ante un verdadero derecho real de garantía *erga omnes*.

I. LA EFICACIA JURÍDICA DE LA PRENDA DE SALDOS DE DEPÓSITOS BANCARIOS

La eficacia de la prenda de saldos de depósitos está en estricta dependencia de la finalidad perseguida por la misma, que no es otra que la de encontrar una vía fácil y rápida para obtener una satisfacción equivalente a la obligación pecuniaria garantizada, y cuya vía más eficiente será el mecanismo de la compensación entre el crédito pignorado y la deuda garantizada. Vencida la deuda e incumplida la obligación principal, la entidad acreedora podrá reintegrarse de las sumas adeudadas, acudiendo a la compensación, sin que sea necesario el recurso al sistema de enajenación previsto con carácter general en el art. 1872 del CC.

El problema central, en primer lugar, está en saber si este tipo de prendas de saldos cumplen con las condiciones para que se le otorgue el reconocimiento de una eficacia pignoratícia jurídico-real de carácter pleno, pues de no ser así no podrá hablarse de la oponibilidad de la garantía frente a terceros acreedores del deudor en orden a la consecución del cobro preferente del crédito. Es decir, de no reconocerse tal eficacia *erga omnes* todo el mecanismo de la garantía quedará desarticulado e ineficiente ⁽²⁾.

Nuestra jurisprudencia, a propósito de la admisión o no de las prendas de crédito en nuestro ordenamiento jurídico, en un principio se manifestó de manera contraria a la posibilidad de pignorar el crédito a la restitución nacido de una imposición a plazo, negando taxativamente el reconocimiento de la eficacia *erga omnes* a esta modalidad de prenda. Así, el Tribunal Supremo, en sus sentencias de 27 de diciembre de 1985, 18 de julio de 1989 y 28 de noviembre de 1989 ⁽³⁾, negó para distintos supuestos la calificación de contrato de prenda a determinadas imposiciones a plazos, en las que estimó que no concurrían los

(2) Cfr. DE EIZAGUIRRE, "Las imposiciones a plazo como objeto de la garantía pignoratícia. Una contribución a la dogmática de los títulos valores", *RDBB*, núm. 25, 1987, p. 204.

(3) Cfr. RJ 1985/6654, 1989/5713, 1989/7915, cuyos comentarios pueden consultarse, respectivamente, en BARBA DE VEGA, *CCJC*, 1986 (10), pp. 3363 y ss.; JORDANO FRAGA, *ADC* (1990), I, pp. 305 y ss.; y, finalmente, GIL RODRÍGUEZ, *CCJC*, 1989 (22), pp. 55 y ss.

requisitos previos necesarios para calificarlas como verdaderos contratos de prenda. En el primer supuesto entendió que se trataba de meros títulos impropios o de legitimación y no de verdaderos títulos valores. A su juicio solo entraría en la modalidad de garantía el “depósito de valores en garantía de operaciones en las hipótesis de imposiciones a plazo movilizables mediante los llamados certificados de depósito, que serían encajables en la categoría de títulos valores endosables (...), ya que vienen sujetos a modelos oficiales en los que, según destaca la doctrina, se literalizan los elementos necesarios para el ejercicio y circulación del derecho”. En suma, se afirma que no puede disfrutarse del privilegio del art. 1922.2.º del CC, pues no se dan los “elementos que convienen al contrato de prenda, a pesar de que se aluda a la suma depositada como garantía de la apertura de crédito”⁽⁴⁾.

Existe una tímida admisión de la figura de la prenda a partir del año 1992, concretamente en la STS de 22 de septiembre de 1992 o en otras posteriores SSTS de 31 de mayo de 1993 y 14 de noviembre de 1995⁽⁵⁾. Frente a esta postura en la que si acaso lo único que se reconoce es la existencia de una prenda especial con carácter real, en las SSTS de 19 de abril y de 27 de octubre de 1997, de 13 de noviembre de 1999 y de 25 de junio de 2001, se asienta una doctrina favorable a la admisión de la prenda de saldos como una modalidad clara de prenda de créditos, reconociendo que este tipo de garantía participa de las características esenciales de un derecho de prenda, siendo oponible en caso de quiebra del deudor pignoraticio y frente al embargo trabado sobre el derecho pignorado. Se parte en estos supuestos de que lo que se pignora es un crédito a la restitución, el cual “es un valor del patrimonio del imponente, que le debe servir para garantizar las deudas que contraiga”, para sostener a continuación que toda “imposición bancaria a plazo origina en favor del imponente el nacimiento de un crédito contra el Banco depositario por su importe, lo que tiene un *valor patrimonial apto* para ser objeto de prenda”. Para su pignoración será necesario “cumplir con el requisito de la desposesión del titular que lo pignora mediante la notificación al deudor del cambio de titularidad efectuado (art. 1527 del CC) para que quede vinculado con el nuevo acreedor, que ostentará aquella titularidad en garantía de la deuda que el pignorante tiene contraída con él o pueda contraer en el futuro”.

(4) Cfr. STS de 27 de diciembre de 1985, FFD 3.º y 4.º Mantienen esta postura, entre otros, GIL RODRÍGUEZ, *La prenda de derechos de crédito, Tratado de garantías en la contratación mercantil* (coord. Nieto Carol-Muñoz Cervera), tomo II, vol. I, 1996, pp. 372 y ss.; BARBA DE VEGA, “Comentario a la STS de 27 de diciembre de 1985”, *CCJC*, 1986 (10), pp. 3363 y ss.

(5) Cfr. RJ 1992/7017, 1993/4055 y 1995/8603.

Como puede colegirse, cambia radicalmente el curso de los acontecimientos por causa de estos pronunciamientos judiciales⁽⁶⁾.

Mayoritariamente, y desde distintos puntos de vista, la doctrina viene entendiendo la prenda de créditos como un contrato de cesión en garantía o cesión limitada, la cual origina una situación especial de cotitularidad o de titularidad concurrente entre las partes⁽⁷⁾. En la prenda de créditos se presume que existe una cesión limitada del derecho de crédito porque el fin perseguido por las partes es asegurar al acreedor pignoraticio-cesionario el cumplimiento de la obligación de su deudor (pignorante u otra persona), afectando específicamente el derecho de crédito que éste ostenta frente a un tercero. Esta finalidad supone que no tenga lugar una transmisión de la titularidad del derecho de crédito al acreedor pignoraticio, sino tan solo, como ocurre en los casos de prenda, una transmisión por el pignorante de toda una serie de facultades integrantes de ese derecho de crédito, y que permitirán al acreedor pignoraticio-cesionario actuar sobre el tercero deudor como lo haría el pignorante-cedente en determinados supuestos en que podría peligrar la garantía. Se trata, en suma, de una cesión de ciertas facultades del derecho de crédito mediante la cual se constituye un derecho personal con efectos reales en favor del cesionario⁽⁸⁾. Con todo se

(6) Con antelación a estas sentencias pueden consultarse las propias opiniones del profesor GULLÓN BALLESTEROS expresadas hace bastantes años en su libro sobre *El derecho real de subhipoteca*, 1957, pp. 36-56. Con carácter previo a las sentencias de 19 de abril de 1997 y de 27 de octubre de 1997 citadas en el texto principal, pueden verse los comentarios críticos de MANZANARES SECADES, "Algunas notas sobre la prenda de dinero a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1985", *ADC* (39), 1986, pp. 1293 y ss.; DE EIZAGUIRRE, "Las imposiciones a plazo como objeto de garantía pignoratícia", cit., 1987, pp. 179 y ss.; JORDANO FRAGA, "Prenda regular, prenda irregular y prenda de crédito", *ADC*, I, 1990, pp. 305 y ss.

(7) Cfr. ARANDA RODRÍGUEZ, *La prenda de créditos*, 1996, pp. 121 y ss.; "La prenda de créditos según nuestra jurisprudencia más reciente", *Revista de Derecho Patrimonial*, 2000-5, pp. 375 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, "Cesión de créditos", *ADC*, 1988, IV, pp. 1043 y ss.; FÍNEZ RATÓN, *Garantías sobre cuentas y depósitos bancarios. La prenda de créditos*, 1994, p. 154; ALBALADEJO, *Compendio de Derecho Civil*, tomo III, vol. II, p. 268; GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo 23, 2.^a ed., 1993, p. 510; DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, tomo I, 1984, pp. 598-599.

(8) Por todos, puede verse ARANDA RODRÍGUEZ, *La prenda de créditos*, cit., p. 122; ibíd., *La prenda de créditos según la jurisprudencia más reciente*, cit., p. 379, para quien la prenda de créditos otorga al acreedor pignoraticio-cesionario un derecho obligatorio real (*Verdingliches obligatorisches Recht*), que viene a ser una figura intermedia entre los derechos puramente personales y los derechos propiamente reales por compartir características de uno y de otro, la cual la toma de CANARIS, *Die Verdingliches obligatorisches Recht*, Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Bd 1, Colonia, 1978, pp. 372 y 375. En parecido sentido, AMORÓS GUARDIOLA, "La garantía patrimonial y sus formas", *RGLJ*, 1972, pp. 561 y ss.; GIL RODRÍGUEZ, *El usufructo de acciones. Aspectos civiles*, 1981, p. 47; CRUZ MORENO, "La prenda de créditos", *RCDI*, núm. 618, 1993, pp. 1271-1272.

mantiene que el derecho del acreedor pignoraticio-cesionario es personal, siempre y cuando nos limitemos a la relación jurídica existente entre el acreedor pignoraticio-cesionario y el deudor del crédito afectado por la garantía, creada como consecuencia de la cesión y su posterior notificación a éste ⁽⁹⁾. Pero debe entenderse que aquí hablamos de las características reales de este derecho del acreedor pignoraticio-cesionario para referirnos a toda una serie de facultades que conforman un derecho que funciona separadamente como una desmembración o carga dentro de sus relaciones con el pignorante y con los terceros, fundamentalmente con los acreedores del pignorante.

Este derecho del acreedor pignoraticio debe tipificarse como un derecho distinto del crédito cuya titularidad ostenta el cedente; debe, asimismo, considerarse como un derecho secundario o accesorio que tiene una fuerza mayor que el derecho del pignorante, porque no es un mero derecho personal, sino una carga que limita el poder del pignorante. Así y todo, se llega a decir que el cesionario ostenta un poder de dominación absoluto sobre el derecho de otra persona que impide a ésta disponer libremente de su derecho ⁽¹⁰⁾.

Para un sector doctrinal aquí estamos en presencia de un derecho que no puede entenderse como un derecho real propio por cuanto que carece del requisito esencial de la inmediatividad, pero tampoco puede ser un derecho personal propiamente dicho, una de cuyas notas cualificadoras es la absolutividad, sino que estamos ante un derecho personal con eficacia real, por cuanto que la nota que lo define es la oponibilidad. O dicho en otros términos: su eficacia real o absolutividad proviene de que el derecho del acreedor pignoraticio-cesionario es un derecho oponible frente a los terceros una vez que se hubiese observado el requisito legal de la constancia en instrumento público de la certeza de la fecha, según el art. 1865 del CC. Pero dentro de los terceros, un sector de la doctrina argumenta que hay que hacer una salvedad con el deudor del crédito pignorado, pues entiende que hay que considerarlo como un tercero cualificado frente al cual, como ya ha señalado la STS de 19 de abril de 1997, la oponibilidad o eficacia de la garantía requiere la notificación (art. 1527 del CC), la cual provo-

⁽⁹⁾ De esta suerte el cesionario tendrá la facultad exigir y recibir los intereses (art. 1868 CC), exigir y recibir la prestación si el crédito afectado en garantía vence antes que el garantizado, interrumpir la prescripción, etc. El deudor cedido, por su parte, puede oponer al acreedor pignoraticio-cesionario determinadas objeciones (excepciones en sentido amplio) que limiten o paralicen sus pretensiones (cfr. ARANDA RODRÍGUEZ, *La prenda de créditos*, cit., p. 124).

⁽¹⁰⁾ Esta es la opinión de ARANDA RODRÍGUEZ, *La prenda de créditos*, cit., p. 125, siguiendo el criterio de CANARIS, *Die Verdingliches obligatorisches Recht*, cit., pp. 373-375.

ca la vinculación del deudor cedido con ambos titulares concurrentes⁽¹¹⁾. Aquélla, la oponibilidad o eficacia de esta garantía, no significa que exista una eficacia directa o refleja del contrato en la esfera de los terceros, sino que, simplemente, lo que manifiesta es la posibilidad de que las partes sustenten en su propio contrato una pretensión dirigida contra un tercero⁽¹²⁾. Con todo, la prenda de crédito vendrá a ser un derecho sobre una situación jurídica que ostenta el pignorante derivada precisamente de la titularidad del derecho de crédito, esto es, una prenda que será especial por las singularidades de su objeto⁽¹³⁾.

Admitida la prenda de créditos como contrato de cesión en garantía o con causa limitada, a continuación lo realmente importante en la práctica es desentrañar el contenido de esa serie de facultades que conforman este derecho, es decir, si tal prenda de imposiciones a plazo o tal depósito a la vista que reúne determinadas características gozan o no de las cualidades propias de cualquier derecho real. Habrá que saber en cada caso, pues, si tal cesión goza de eficacia real, y, en particular, si el cesionario obtiene la preferencia que corresponde a cualquier acreedor pignoraticio. Por ello algunos piensan que, ciertamente, con

(11) Cfr. ARANDA RODRÍGUEZ, *La prenda de créditos según la jurisprudencia más reciente*, cit., p. 379; *ibíd.*, *La prenda de créditos*, cit., pp. 157 y ss. Sin embargo, PANTALEÓN PRIETO, "Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal", *La Ley*, 1997-6, pp. 1461 y 1463 (nota 13), mantiene otra interpretación distinta a la misma STS de 19 de abril de 1997, entendiendo que la notificación de la cesión no es un requisito constitutivo de la prenda: su función se limita solo a la "vinculación" de aquél con el cesionario en garantía, en el sentido del art. 1527 del CC. Además, se reafirma éste en su postura al constatar que la propia Sala 1.^a del TS no dice de una manera clara en esta sentencia de 1997 que la forma sea indispensable para que la pignoración sea oponible a los demás acreedores del pignorante y, además, cita en ella explícitamente el art. 1527 del CC, lo cual es para él determinante. Concluye que será suficiente, a su juicio, con que conste en documento privado, apoyándose en el art. 1526.I del CC. En el mismo sentido, FÍNEZ RATÓN, "Comentario a la STS de 19 de abril de 1997", *CCJC* (45), 1997, pp. 943 y ss.

(12) Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, 5.^a ed., 1996, p. 428.

(13) En efecto, según ARANDA, *La prenda de créditos*, cit., p. 125, y también, *La prenda de créditos según nuestra jurisprudencia más reciente*, cit., p. 378, en la prenda de créditos se carece del requisito de la inmediatez por cuanto que el acreedor pignoraticio no tiene un poder directo e inmediato sobre el crédito, sino que necesita la colaboración tanto del pignorante como del mismo deudor cedido. Y en cuanto a la nota esencial de la absolutividad propia de los derechos reales debe matizarse, por cuanto que el derecho que ostenta el cesionario garantizado es un derecho que tiene la nota de la oponibilidad frente a terceros, una vez cumplidos los requisitos legales del art. 1865 del CC. En este sentido podría decirse que esta concepción de la prenda de créditos encajaría con las últimas apreciaciones de nuestro TS que "parece querer implantar una nueva teoría sobre la prenda de créditos, que sería un híbrido entre las teorías de la prenda y las teorías de la cesión, aunque más bien parece decantarse —según Aranda— por la teoría de la prenda de créditos como una prenda especial por su objeto".

tal construcción de la prenda de créditos como cesión limitada no se gana nada, pues en realidad no existe un contrato de cesión de créditos como tal, sino tan sólo un efecto jurídico, la cesión, que se puede llegar a producir mediante una multiplicidad de tipos negociales. De una u otra forma estaremos siempre ante la prenda si lo que pretendemos es reafirmar la eficacia de esta figura jurídica, aunque haya que adaptarla a las diversas situaciones en que podamos encontrarlos⁽¹⁴⁾.

Al hilo de la argumentación precedente se puede llegar a la conclusión de que lo verdaderamente importante es comprobar si el acreedor pignoraticio-cesionario obtiene a través de la cesión en garantía del crédito pignorado “el conjunto de facultades que, en esencia, integran el derecho de todo acreedor pignoraticio”⁽¹⁵⁾. El análisis de este conjunto de facultades del acreedor pignoraticio (el derecho de cobro, el *ius distrahendi* o el recurso al mecanismo compensatorio, el derecho de retención, el derecho a la percepción de intereses, el derecho de preferencia...) nos permitirá asentir o no con la idea de que aquí nos encontramos ante un auténtico y verdadero derecho real de garantía oponible *erga omnes*⁽¹⁶⁾. El problema está, en efecto, en que aun reconociendo la existen-

(14) En efecto, podemos comprobar cómo CARRASCO tilda de “inconsistente” la construcción de la prenda de créditos como una cesión en garantía y no como una prenda, y esto lo hace por el hecho de acabar aplicando al cesionario, por similitud o analogía, el régimen de la prenda, tal y como hace por ejemplo ARANDA, *La prenda de créditos*, cit., pp. 216 y ss. Para él la remisión de la prenda de créditos a la cesión de créditos no deja de ser problemática, pues quizá dejándose llevar de un excesivo pragmatismo piensa que “sería preciso construir un tipo negocial *ad hoc* para ceder un crédito en garantía, y resulta que no existe otro que la prenda, que bien puede construirse como contrato que tiene por efecto y causa la cesión en garantía de un crédito. O bien, sería preciso (construir) un tipo de garantía *ad hoc* en la que fuera posible *reconvertir* una cesión fiduciaria de la propiedad de créditos, ineficaz como tal en nuestro Derecho, y este tipo negocial volvería a ser la prenda”. Para Carrasco, si no es dentro de la prenda no se puede llegar a explicar la preferencia del acreedor pignoraticio, pues hay que acudir al art. 1922.2.º del CC o al art. 913.3.º del CCo. para atribuírsela, “ya que nada existe en el régimen de la cesión de créditos que pudiera servir para atribuir al acreedor pignoraticio una preferencia frente al resto de acreedores del cedente. No cabría atribuirle esta preferencia mediante el expediente, puramente primitivo, de llamarlo propietario en garantía o propietario parcial del crédito. Lo mismo cabe decir del privilegio de abstención (arts. 1917 del CC, 900 del CCo., 15 y 22 de la LSP) o de ejecución separada (arts. 1917 del CC, 918 del CCo., 98.1, II y 568 de la LEC), que se vinculan a la calidad de pignoraticio del acreedor privilegiado”. O lo que parece más concluyente dentro de sus conclusiones: “la cesión de la titularidad de créditos con fines de garantía se recalifica internamente como prenda de crédito” (CARRASCO PERERA, *Tratado de los Derechos de garantía*, 2002, pp. 862-863 y 866).

(15) Cfr. LÓPEZ ORTEGA, *La prenda de imposiciones a plazo*, 2002, p. 59.

(16) Por todos, SÁNCHEZ GUILARTE, *Pignoración de saldos de depósitos bancarios e inmovilización de saldos de anotaciones en cuenta, Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, 1990, pp. 659-662; LÓPEZ ORTEGA, *La prenda de*

cia de las prendas de crédito dentro de nuestro ordenamiento jurídico, deben salvarse sobre todo en la práctica, todos aquellos problemas derivados de una concepción restrictiva del derecho de prenda, y que aparece latentemente en nuestro CC como en bastantes de los pronunciamientos anteriores a 1997 de nuestro TS sobre esta materia. Lo que llama nuestra atención es que la remisión que se hace a la cesión de créditos lo que puede llegar a conseguir, paradójicamente, es la aplicación a estos supuestos de un régimen mucho más favorable y permisivo que para la prenda manual. De ahí que nos encontremos, por ejemplo, con que la exigencia de forma pública conforme al art. 1865 del CC o la de notificación, como requisito de oponibilidad de la garantía, sean cuestiones debatidas o puestas en entredicho por la doctrina más reciente, lo cual no puede dejar de ocasionar alguna incertidumbre ⁽¹⁷⁾.

Quedan así despejadas las dudas acerca de si con la prenda de saldos de depósitos estamos o no ante un verdadero derecho real de garantía, pues la analogía con la prenda manual es admitida mayoritariamente por nuestra doctrina. Puede hablarse por ejemplo, en el caso de la prenda de imposiciones a plazo, de un auténtico derecho real de garantía que otorga a la entidad depositaria (en el supuesto de que la garantía se haya constituido en favor de la propia entidad depositaria de los saldos o fondos) o a la persona en cuyo favor se creó la garantía (cuando el titular de la obligación garantizada sea una persona, entidad de crédito o no, diferente a la depositaria) un conjunto de facultades que tienden a garantizar la satisfacción de un crédito mediante la atribución de un poder sobre el crédito a la restitución de las sumas depositadas que son objeto de la garantía.

imposiciones a plazo, cit., pp. 56-64, 67 y 69. Podemos comprobar, en efecto, cómo recientemente, con el apoyo inestimable de las dos citadas sentencias del TS de 1997, algunos autores, aun mencionando y explicando que estamos ante una cesión limitada en garantía, y tal vez sin darse cuenta de ello, hacen del “contenido del derecho y de la protección que se le dispense” el caballo de batalla para pronunciarse en cada supuesto de prenda de crédito sobre la existencia o no de “un verdadero derecho real de garantía *erga omnes*” (en referencia expresa, en este caso, a las imposiciones a plazo).

⁽¹⁷⁾ Es el caso de PANTALEÓN PRIETO, “La cesión de créditos”, cit., pp. 1044 ss. y FÍNEZ RATÓN, *Garantía sobre cuentas...*, cit., p. 195 ss., quienes admiten la mera existencia de un documento privado de fecha cierta para que exista eficacia contra terceros. Lo cierto es que, de esta manera, la falta de una regulación de la prenda de créditos supone una situación que es favorable para aquel que ha sido más previsor o ha tenido más medios dentro de los diferentes intereses en juego, por ser una situación acomodaticia con la voluntad libre de los contratantes. El ejemplo contrario estaría, por ejemplo, en lo que ocurre en el ordenamiento alemán, donde la existencia de una regulación detallada de la prenda de créditos ha sido prácticamente sustituida por la cesión de créditos en garantía, con una finalidad equivalente a la prenda, pero con la ventaja indudable de obviar aquellos requisitos que le son exigidos de manera imperativa de seguir las normas de la prenda de créditos (CARRASCO PERERA, *Tratado de los Derechos de garantía*, cit., p. 864).

Así y todo, la eficacia de esta garantía podrá desplegarse tanto en las relaciones entre las partes como frente a terceros. En el ámbito de las relaciones entre las partes la transmisión en garantía del crédito pignorado determina una situación de titularidad concurrente de cedente y cesionario sobre dicho crédito, lo cual justifica, precisamente, el juego de la oponibilidad de la garantía entre las partes afectadas. Fuera del ámbito de las relaciones entre las partes la garantía goza de plena eficacia, siendo precisamente a través de la cesión del crédito pignorado como se alcanza la oponibilidad frente a terceros de esta modalidad de garantía. Así vemos lo que ocurre, por ejemplo, en las prendas de imposiciones a plazo, donde pignorado el crédito nacido del depósito a plazo y, en consecuencia, efectuada la cesión en garantía de dicho crédito, se produce sobre éste una situación de indisponibilidad que autoriza al acreedor cesionario (entidad depositaria o no) a obtener el cobro del crédito con preferencia a otros acreedores del pignorante. De igual modo le permite a aquél impedir toda actuación de tercero que pueda perjudicar la garantía que a su favor se haya constituido mediante el juego de las correspondientes excepciones que, sobre la base de la cesión efectuada, goce frente a los acreedores del cedente. Deberá mantenerse la eficacia garantística del 1922.2.º del CC en los casos de embargo del crédito pignorado por un tercero o de conflicto con sucesivos cesionarios o acreedores pignoratícios, o en los supuestos de quiebra o suspensión de pagos del pignorante ⁽¹⁸⁾.

II. SITUACIONES DE CONCURRENCIA U OponIBILIDAD DE LA PRENDA DE CRÉDITOS

Tal y como he apuntado más arriba la configuración de la prenda de créditos plantea el problema de la prelación y preferencia del crédito frente a otros acreedores. Este derecho de preferencia se articula en esta materia bajo el concepto de oponibilidad frente a los demás acreedores del deudor pignoratício. Nos situamos dentro de lo que es la ejecución o realización de un derecho sobre una prenda de crédito. Aquí es necesario atender, en primer lugar, a que el concepto de oponibilidad no significa que exista una eficacia directa o refleje del contrato en la esfera de los terceros, sino que, simplemente, lo que manifies-

(18) Cfr. LÓPEZ ORTEGA, *La prenda de imposiciones a plazo*, cit., pp. 65 y ss. Con buen criterio sostiene que de no ser así la garantía sería ilusoria, especialmente si la prenda se ha constituido en favor de una persona distinta de la depositaria, sea entidad de crédito o no, porque cuando la prenda se ha otorgado en favor de la propia entidad depositaria ésta encuentra en el mecanismo de la compensación un medio rápido y seguro de obtener una satisfacción equivalente de la obligación garantizada. Además, hay que reconocer la función económica que esta modalidad de prenda está llamada a satisfacer, y que viene de la mano de las nuevas necesidades del tráfico económico actual.

ta es la posibilidad de que las partes sustenten eficazmente en su propio contrato una pretensión dirigida contra un tercero ⁽¹⁹⁾. Y, en segundo lugar, es necesario atender a que la oponibilidad puede jugar tanto dentro del procedimiento concursal como en el ámbito extraconcursal (arts. 1866 y 1871 del CC).

1. **Ámbito concursal**

Dentro de las situaciones concursales hay que tener en cuenta la nueva Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, que supone la desaparición de la diversidad de instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes, con la buena intención de simplificar las cosas. Se da con ello unidad al procedimiento del concurso, lo que permitirá una mejor adecuación a las diversas situaciones que se presentan, dotando de mayor flexibilidad a toda una normativa que busca alcanzar la satisfacción de los acreedores. Una de las novedades de esta Ley Concursal afecta precisamente al tratamiento que se hace de las acciones de ejecución de las garantías reales sobre los bienes del concursado. Hasta la entrada en vigor de la nueva Ley Concursal ⁽²⁰⁾ teníamos que seguir diferenciando aquellas situaciones en las que el deudor pignoraticio tenía la condición de comerciante, para las que se arbitraba la protección concursal del acreedor pignoraticio mediante el procedimiento de quiebra o suspensión de pagos (derecho de abstención y ejecución separada), de aquellas otras situaciones que, por tratarse de un deudor civil o no comerciante, se resolvían por el procedimiento judicial de ejecución universal o colectiva (concurso de acreedores) de los arts. 1130 y siguientes de la LEC.

Baste recordar que en el caso de suspensión de pagos del deudor no resultaba afectada la garantía pignoraticia por cuanto existía la facultad de separación por derecho de crédito de los acreedores singularmente privilegiados, de los privilegiados y de los hipotecarios, comprendidos en los números 1.º, 2.º y 3.º del art. 913 del CCo. (art. 12, III LSP, de 26 de julio de 1922, ya derogado). En consecuencia, el acreedor pignoraticio no quedaba afectado por las resultas del convenio, pues podía percibir el importe de su crédito sin tener que esperar a la conclusión del procedimiento mediante la realización del crédito afectado expresamente.

Y en el supuesto de quiebra podía ocurrir que la condición de acreedor pignoraticio recayera o no sobre la entidad depositaria, en el caso más usual de las imposiciones a plazo. Si la garantía se había constituido en favor de la propia entidad depositaria, el contenido del derecho de éste permanecía inalte-

(19) Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, cit., p. 428.

(20) La nueva Ley 22/2003, Concursal ha entrado en vigor el 1 de septiembre de 2004.

rado a pesar del procedimiento, siempre que el valor de la prenda cubriera el importe del crédito. Nos encontrábamos aquí ante una reducción de la masa activa de la quiebra a través del ejercicio de un derecho de separación absoluta, pues el crédito pignorado quedaba sujeto a la ejecución separada conforme al art. 918 del CCo. ahora derogado⁽²¹⁾. El derecho de ejecución separada significaba que el procedimiento ya iniciado no se suspendía por la declaración de quiebra o concurso del pignorante, y, además, esta declaración no impedía el inicio posterior de la ejecución⁽²²⁾. En el caso de quiebra del depositante o deudor pignoraticio era precisamente la compensación el cauce por el que tenía lugar esta modalidad de prenda, dada la improcedencia de acudir al procedimiento de ejecución previsto con carácter general en el 1872 del CC, pues como señalaba nuestra jurisprudencia aquí “estamos ante una ejecución separada de la prenda cuyo objeto no ha entrado en la masa de aquélla”⁽²³⁾.

En el caso hipotético de que, para las imposiciones a plazo, la garantía se hubiere constituido en favor de una entidad de crédito distinta de la depositaria la declaración de quiebra del depositante determinaba que se tuviera “por vencidas a la fecha de la misma las deudas pendientes del quebrado” (art. 883.I del CCo. ahora derogado), por lo que, una vez vencida la obligación garantizada y

(21) Según LÓPEZ ORTEGA, *Prenda de imposiciones a plazo*, cit., pp. 71 y ss., el hecho de que a la modalidad de prenda de imposiciones a plazo no le sea de aplicación el procedimiento de ejecución previsto con carácter general en el art. 1872 del CC, sino el mecanismo de extinción de la compensación, como luego veremos, había ocasionado cierta confusión acerca de si estábamos ante un supuesto de compensación en la quiebra, que era mayoritariamente rechazada por la doctrina y la jurisprudencia (GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, 1979; OLIVENCIA, “La compensación en la quiebra y el art. 926 del Código de Comercio”, *ADC*, 1958, p. 845; entre otras, SSTS de 17 de marzo de 1977, RJ 1977/1241, y 19 de diciembre de 1991, RJ 1991/9405). No obstante, esta misma orientación reconoció la existencia de supuestos excepcionales de compensación en la quiebra, como eran los casos del contrato de cuenta corriente (SSTS de 10 de diciembre de 1941, RJ 1941/1391, 11 de octubre de 1998, RJ 1998/7409) y el previsto en el art. 926 del CCo. (STS de 17 de marzo de 1977, RJ 1977/1241).

(22) Del mismo modo acontecía en el supuesto de la suspensión de pagos del pignorante, pues aunque la LSP sólo reconocía derecho de abstención a los acreedores hipotecarios (art. 15, III de la LSP) y a los acreedores de dominio (art. 22 de la LSP), para la prenda procedía la misma solución que en el caso de la quiebra y el concurso por todas estas razones: primero, por analogía con lo previsto para el acreedor hipotecario; segundo, por un argumento *a fortiori*, y es que el acreedor pignoraticio tendría derecho de abstención si la insolvencia fuera definitiva (arts. 20 y 21, I LSP); y, en tercer lugar, en razón de que la suspensión de pagos no suspende el procedimiento de ejecución previamente instado por el acreedor pignoraticio (*a contrario* art. 9, VI de la LSP, arts. 98, II y 568 de la LEC), ni tampoco impedía la ejecución singular posterior (arts. 98, II y 568 de la LEC) (cfr. CARRASCO PÉRERA, *Tratado de los Derechos de garantía*, cit., p. 842).

(23) Cfr. STS de 7 de octubre de 1997, FD 3.º

abierto el procedimiento de la quiebra, el acreedor pignoraticio podía proceder a ejecutar su garantía al margen del procedimiento concursal abierto ⁽²⁴⁾.

Queda por considerar cómo resulta ahora las cosas a la luz de la nueva Ley Concursal, de 9 de julio de 2003 en vigor desde el 1 de septiembre de 2004. La regulación de la clasificación de los créditos ha sido una de las tareas más importantes e innovadoras del texto legislativo, con la idea de restaurar el principio de paridad de tratamiento de los acreedores que, tal y como se dice, “ha de constituir la regla general del concurso” debiendo ser “sus excepciones muy contadas y justificadas”. Pues bien, el debate sobre si las causas de preferencia deben ser las establecidas en el Derecho común o no concursal o pasar íntegramente a la propia normativa concursal se ha resuelto en favor de esta última decisión. En consecuencia, serán únicamente los créditos privilegiados reconocidos en la Ley 22/2003 los que gocen de la especial tutela que el privilegio les confiere ⁽²⁵⁾. También se previene en la nueva regulación dada por la Ley

(24) Plantea LÓPEZ ORTEGA, *Prenda de imposiciones a plazo*, cit., p. 73, el mecanismo o cauce a través del cual tenía lugar la ejecución. Para ella, en principio, la persona en cuyo favor se otorgó la garantía debía proceder a su ejecución reclamando a la entidad depositaria el pago del crédito pignorado, pero si resultase que ésta tuviera a su vez un crédito líquido y exigible frente a la entidad acreedora parece congruente que la ejecución de la garantía operara mediante el mecanismo compensatorio entre este crédito y el crédito a la restitución de las sumas depositadas en garantía. Cuestión pareja a ésta era la relativa a los efectos que puedan producirse para el caso de que la declaración de quiebra concerniera a la entidad de crédito depositaria de los fondos. Para este caso la entidad acreedora parece que no tendría más garantías frente a la entidad depositaria que las que expresamente tuviera el crédito del depositante (cfr. MANZANARES SECADES, “Algunas notas sobre la prenda de dinero a raíz de la STS de 27 de diciembre de 1985”, *ADC*, 1986, p. 1308); la preferencia que concedía la prenda jugaba frente a los acreedores del constituyente de la garantía, pero no frente al propio deudor del crédito cedido.

(25) La doctrina parece inclinarse por una valoración general positiva de esta solución, pues entiende que así se viene a introducir racionalidad en donde hasta ahora había oscuridad y desorden. En cualquier caso, se previene que esta racionalidad puede ser un espejismo si en lugar de un único sistema de preferencias se instauran dos, lo que puede ocurrir fácilmente si se tiene en cuenta que la propia Ley Concursal en su Disposición final trigésima tercera, ordena al Gobierno que en un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley remita a las Cortes Generales “un proyecto de ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares”. De ser así se creará una clara disfuncionalidad siempre que no haya una coincidencia entre ambas regulaciones, y contra la que está la doctrina, que entiende más saludable para la coherencia del ordenamiento la existencia de un sistema único de preferencias aplicable tanto a situaciones concursales como extraconcursoales (ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, *La reforma del Derecho concursal español. La reforma de la legislación concursal*, 2003, p. 127; ALONSO LEDESMA, *La clasificación de los créditos en el concurso. Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001, 2002*, p. 188; *ibid.*, *Derecho Concursal* (dir. García Villaverde y otros), 2003, p. 361; GARRIDO, *La graduación de créditos. La reforma de la legislación concursal*, 2003, pp. 243 y ss).

22/2003 que la ejecución separada de la garantía no perturbe el desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva. No en vano desde hace años la doctrina civilista ha llegado a decir que ese derecho de ejecución separada, desde la mera perspectiva de los privilegios, es la forma más vigorosa y vehementemente de privilegio, por cuanto que no existía privilegio mayor que el de quedar inmune a la colectivización de créditos que significa el concurso ⁽²⁶⁾. Se quiere potenciar de este modo el principio de universalidad como postulado básico del concurso, y esto desde la doble perspectiva de los bienes que integran la masa activa del concurso y de los acreedores que forman la masa pasiva. Se produce así una doble integración universal tendente a impedir que ningún acreedor pueda actuar al margen del procedimiento concursal y que ningún bien se desentraiga de la masa ⁽²⁷⁾.

De este modo se establece, una vez declarado el concurso, que todos los acreedores quedan de derecho integrados en la masa pasiva del concurso, con las únicas excepciones que las que establezcan las leyes (art. 49 de la LC). Esta integración general en la masa pasiva de todos los acreedores, cualquiera que sea su condición, lo que supone es que todos ellos, incluidos aquellos que están dotados de un derecho de garantía real (créditos con privilegio especial), deberán encontrar satisfacción de sus créditos dentro del concurso, aun con cargo a los bienes especialmente afectos a su satisfacción. Esta es la razón que explica la paralización temporal de las ejecuciones de garantías reales o realización forzosa de las garantías, y justifica asimismo la singular calificación de los créditos dotados de garantías reales como privilegios especiales ⁽²⁸⁾. Esta paralización durará en tanto llegue la aprobación del convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de

⁽²⁶⁾ Cfr. DÍEZ-PICAZO, en AA.VV., *Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores, Reforma del Derecho de quiebra*, 1982, p. 296. Cosa diversa, apunta Díez-Picazo desde otro punto de vista, es que con la ejecución separada lo que se pretenda establecer sea un orden de prioridad o gradación dentro de los créditos concursales, lo cual es de todo punto necesario. Visto así, los créditos con derecho de ejecución separada son créditos especialmente privilegiados en el sentido de que quedan fuera de toda graduación.

⁽²⁷⁾ Como pone de relieve ALONSO LEDESMA, *Derecho Concursal* (dir. García Villaverde y otros), 2003, p. 367, al procederse de esta manera se evitan los efectos perniciosos que para el concurso había supuesto el hecho de que ciertos acreedores, fundamentalmente los dotados de garantía real, se convirtieran *ex lege* en acreedores extraconcursales y pudieran detraer de la masa activa algunos bienes para satisfacerse sobre el producto obtenido por la realización de su valor al margen del procedimiento concursal.

⁽²⁸⁾ Cfr. ALONSO LEDESMA, *Derecho Concursal* (dir. García Villaverde y otros), 2003, p. 367.

concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación (art. 56.1 de la LC). Con carácter imperativo habrá una suspensión de toda ejecución desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento concursal, exceptuándose tan sólo ésta para el caso en que, al tiempo de la declaración de concurso, ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no recaiga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 56.2 de la Ley 22/2003). En cualquier caso, se aclara también en la nueva Ley Concursal, la declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien gravado (art. 56.4 de la LC).

En la nueva Ley Concursal se rehace la lista de créditos privilegiados, los cuales se dividen en créditos con privilegio especial, que recaen sobre determinados bienes o derechos del deudor, y créditos con privilegio general, que se ejercen sobre la totalidad del patrimonio del concursado (art. 89.2 de la LC), conforme a la distinción tradicional que se hace de los derechos de preferencia. Ahora bien, puede comprobarse cómo los llamados “créditos con privilegio especial” no son en puridad *privilegios* en el sentido estricto del término, sino más bien créditos de naturaleza heterogénea dotados de una garantía real o, en su caso, de una titularidad dominical con función de garantía, lo cual introduce un cierto grado de confusión conceptual entre lo que son garantías reales o asimiladas a ellas y lo que son privilegios en sentido propio⁽²⁹⁾. Con mayor o menor acierto el legislador de 2003 considera como créditos dotados de un privilegio especial a todas las formas de garantías reales constituidas sobre cosa ajena que se reconocen en nuestro ordenamiento⁽³⁰⁾.

Con carácter general puede decirse también que los créditos con garantía real gozan, en efecto, dentro de la nueva regulación concursal de un privilegio especial, lo cual no sería novedoso si no fuera por la referencia expresa que se hace a la prenda de créditos. Pero es que además se da la circunstancia, de una gran trascendencia práctica, de que el contenido del convenio sólo afectará a los acreedores privilegiados si sus titulares hubieren votado a favor de la propuesta o si su firma o adhesión a aquélla se hubiere computado como voto favorable o vinculándose al convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el juez (art. 134.2 de la LC). Por lo que respecta al pago de los créditos con privilegio

(29) Cfr. ALONSO LEDESMA, *Derecho Concursal* (dir. García Villaverde y otros), 2003, p. 369.

(30) Ha sido criticada, por ejemplo, por GARRIDO, *La graduación de los créditos, La reforma de la Ley Concursal*, 2003, pp. 229-230. Sobre la distinción entre privilegios sustantivos y privilegios procesales puede verse también en GARRIDO, “Teoría general de la preferencia”, *ADC*, 1998 (IV), pp. 1824 y ss.

especial dentro de la nueva Ley 22/2003, de no estar afectados por un convenio se hará con cargo a los bienes y derechos sobre los que recaiga la garantía. La ejecución se tramitará ante el juez del concurso. No obstante, en tanto subsistan la paralización temporal o la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración de concurso conforme a lo dispuesto en el art. 56 de la LC, la administración concursal podrá optar por atender el pago de estos créditos con privilegio especial con cargo a la masa. Cuando haya de procederse dentro del concurso, incluso antes de la fase de liquidación, a la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, el juez podrá autorizarla con subsistencia de la carga y subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva, o mediante venta directa, con aplicación del precio al pago del crédito especialmente privilegiado (art. 155 de la LC). De esta manera lo que se pretende es dar entrada a toda una serie de fórmulas flexibles tendentes a evitar que el ejercicio de los derechos reales de garantía perturbe innecesariamente a los demás intereses implicados en el concurso ⁽³¹⁾.

Mención especial merece, por el objeto de este trabajo, la inclusión que se hace entre los créditos prendarios de la nueva Ley Concursal de la prenda de créditos, a la cual solo se exige para su validez el hecho de que conste en documento con fecha fehaciente (art. 90.1.6.º de la LC) ⁽³²⁾. Esta aceptación de la prenda de créditos, para la que no se exige ni la constancia en documento público ni su notificación al deudor para su validez, supone un paso determinante en el reconocimiento de la figura de la prenda de créditos como derecho real plenamente eficaz frente a terceros desde el momento del consentimiento del acreedor pignoraticio en documento privado con fecha cierta ⁽³³⁾. Esta solución legislativa aboga por una consideración cabal de cuáles son las necesidades actuales del tráfico jurídico, facilitándose así enormemente la constitución

(31) Cfr. Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, apartado III.

(32) Art. 90.1.6.º de la LC: "Son créditos con privilegio especial: (...) 6.º Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados". Se reforma de esta manera la redacción original de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 12 de diciembre de 1995, dando entrada expresamente a la prenda de créditos, para la que no es exigible para su oponibilidad el hecho de estar constituida en documento público, en la línea esbozada por un sector relevante de la doctrina civilista (cfr. PANTALEÓN PRIETO, "Prenda de créditos: Nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal", *La Ley*, 1997, cit., p. 1462).

(33) En la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 no se tuvo en cuenta esta figura, pero sí se recoge ya en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1996 (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Suplemento al número 1768, 15 de febrero de 1996, art. 124) y, más nitidamente, en el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001 (art. 89.1.6.º), merced al influjo de la reciente doctrina jurisprudencial y que rompe de una vez por todas con la reticencia de años anteriores para su aceptación.

rápida y efectiva y sin coste excesivo de garantías sobre créditos, lo cual es encomiable, máxime si además tenemos en cuenta la aceptación que tiene y tendrá cada vez más esta figura para la puesta en marcha de financiación de proyectos dentro de la actividad mercantil (el denominado *Project Finance*).

Admitida de esta manera la prenda de créditos dentro de la nueva Ley Concursal, se atisba más fácilmente la solución a uno de los problemas que viene planteándose la doctrina: el de la operatividad de la cesión global anticipada de créditos futuros en garantía para el supuesto en que el cedente sea declarado en concurso. En estos casos podremos encontrar con la colisión entre el acreedor pignoraticio, que pretenderá ejecutar los créditos futuros ya existentes en el momento de la declaración del concurso por nacer ya pignorados conforme a la prenda constituida, y el resto de los acreedores, que lo que pretenderán es que esos créditos futuros que han nacido con posterioridad a la fecha del concurso se integren en la masa activa totalmente libres de gravámenes. Las SSTs de 19 de abril de 1997, 7 de octubre de 1997 y 13 de noviembre de 1999 argumentaron sobre la posibilidad de constituir auténticas prendas de crédito, incluidas las denominadas “prendas sobre deudas propias” (*pignus debiti*), que otorgan al acreedor pignoraticio una posición privilegiada frente a los restantes acreedores del constituyente de la prenda, y que contaba, en caso de quiebra de éste, con un derecho de ejecución separada conforme al art. 918 del CCo., derogado por la Ley 22/2003.

La doctrina más atenta desde hace tiempo a estos problemas ha venido avanzando una respuesta tomando un punto de referencia claro, esto es, atendiendo a si los eventuales contratos fuente de los créditos futuros, objeto de la cesión global en garantía, han sido realizados antes o después de la fecha de declaración del concurso. En el primer caso se entiende que tales créditos futuros nacerán pignorados, y ello pese a nacer o producirse tras el concurso, en atención a la expectativa de pignoración ya transmitida cuando el cedente en garantía gozaba aún de la libre disposición de su patrimonio. Sin embargo, en el segundo supuesto, no se considerarán pignorados aquellos créditos futuros que nazcan de contratos duraderos que se hubieren perfeccionado después de la fecha de declaración del concurso⁽³⁴⁾. Con todo, de admitirse esta argumenta-

(34) Esta es la opinión, que comparto, de PANTALEÓN PRIETO, “Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal”, cit., p. 1462, quien ya pensaba antes de la aprobación de la Ley Concursal que estas conclusiones podrían alcanzarse perfectamente con una jurisprudencia que permanezca atenta a las necesidades de la práctica financiera, si bien abogaba por que el legislador concursal ahorrara cualquier discusión a este respecto introduciendo, explícitamente, una mención a este problema dentro de la nueva Ley Concursal, cuestión que, ciertamente, hubiera sido muy satisfactoria. Esto no ha sido así y la discusión y la controversia queda abierta, por cuanto que la admisibilidad de la prenda de créditos futuros en los términos propuestos perjudicará a aquellos acreedores que desconozcan su existencia.

ción, se hace más patente la necesidad de que en todos estos casos los Tribunales conjuren el peligro de admitir de este modo una “sobregarantía que agote o disminuya gravemente la capacidad del deudor de obtener nueva financiación”, como es la que representa la cesión global anticipada de créditos futuros. Para ello esta misma doctrina plantea, muy atinadamente a mi juicio, dos soluciones que garantizarán la eficiencia de la solución planteada dentro del ámbito del libre juego de la autonomía privada: en primer lugar, con la exigencia de un riguroso control del contenido de las condiciones generales de la contratación prerredactadas por las distintas entidades financieras, y, en segundo lugar, con la exigencia dentro de las condiciones particulares de la aplicación del principio de orden público económico como límite de la libertad contractual⁽³⁵⁾. La normativa aprobada por la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación deberá aplicarse sin paliativos y con gran amplitud interpretativa.

Junto con la admisión de la prenda de créditos en los términos señalados, la nueva Ley Concursal establece de forma tajante la prohibición de la compensación de las deudas y créditos del concursado una vez declarado el concurso (art. 58 de la LC). En las SSTS de 19 de abril de 1997, 7 de octubre de 1997 y 13 de noviembre de 1999, referidas a la pignoración de saldos de depósitos de dinero a favor del Banco depositario, el TS consideró esos casos como prendas sobre el crédito a la restitución del dinero entregado. Sobre este presupuesto, el Tribunal estimó que cuando el titular de un depósito es, a su vez, deudor del obligado a la restitución, se debe admitir el mecanismo de la compensación si

(35) Cfr. PANTALEÓN PRIETO, “La prenda de créditos...”, cit., p. 1462, quien argumenta que, en efecto, lo más fácil para evitarse problemas sería prohibir tales cesiones o restringirlas hasta el punto de hacerlas inservibles, pero con ello estaríamos dando un golpe de gracia al principio de autonomía privada, que en buena técnica legislativa debe salvaguardarse. Con respecto al control judicial se fija en la Cláusula 18.^a de la lista gris de cláusulas abusivas introducidas por la Ley 17/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (Disposición Adicional Primera anexa a la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), que califica como abusiva: “La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido”, si bien a renglón seguido se atempera su efectividad cuando se añade que “se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica”. Con todo, Pantaleón ya se mostraba partidario, antes de la aprobación de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación de 1998, de la posibilidad de salvar y superar la restricción del concepto de cláusula contractual abusiva, limitado en principio a los contratos realizados con los consumidores. Para ello argüía con las propias palabras del legislador que ya entendió en la fase previa de elaboración de esta LCGC que “nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios” (Exposición de Motivos, Preámbulo, Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación).

bien entendida ésta no “como un supuesto de compensación dentro de una situación de quiebra, sino como una ejecución de garantía prendaria sobre la imposición” (36). No queda duda, pues, de la admisibilidad de la compensación entendida como medio de ejecución de una garantía, y que ésta no entra en colisión con este precepto legal de la Ley Concursal (art. 58 de la LC).

2. **Ámbito extraconcursal**

Hasta aquí lo que afecta a las situaciones concursales. Por lo que se refiere al ámbito extraconcursal podemos afirmar que el acreedor pignoraticio tiene sobre las cantidades depositadas como depósito a plazo fijo, por virtud de los arts. 1866 y 1871 del CC, un derecho de retención que le faculta para oponer su preferencia frente a terceros (art. 1922.2.º del CC). De esta manera los eventuales acreedores del pignorante no podrán proceder al embargo y enajenación forzosa del crédito pignorado en tanto que no exista una satisfacción íntegra de la obligación garantizada (37). El acreedor pignoraticio del crédito nacido de un saldo bancario, sea frente a la propia entidad depositaria o sea frente a una persona diferente, debe gozar de una preferencia para el cobro, y esto deriva de la consideración práctica y funcional que debe darse hoy en día a toda prenda sobre un derecho de crédito (38).

Se plantea asimismo si es posible la oponibilidad de la garantía constituida, por ejemplo, sobre el crédito nacido de una imposición a plazo frente a los posibles terceros adquirentes de tal crédito. Esta posibilidad de transmitir a tercero el propio crédito pignorado resulta perfectamente admisible, pues con independencia de la propia naturaleza del objeto pignorado debe tenerse en cuenta que tiene lugar una cesión limitada con fines de garantía del crédito, por

(36) Cfr. STS de 19 de abril de 1997, FD 3.º

(37) Esta idea se ve confirmada por el art. 918 del CCo, pues si “ni siquiera un procedimiento de tan fuerte *vis atractiva* como la quiebra es suficiente para eliminar el derecho de ejecución separada del acreedor pignoraticio” (DÍAZ MORENO, “La prenda de anotaciones en cuenta”, *RCDI*, 1991, p. 403); se concluye que “menos aún deben serlo aquellos procedimientos que se den en el ámbito extraconcursal” (LÓPEZ ORTEGA, *Prenda de imposiciones a plazo*, cit., p. 74).

(38) Ya criticando la STS de 27 de diciembre de 1985, DE EIZAGUIRRE, “Las imposiciones a plazo como objeto de garantía”, cit., p. 205, estimaba una incongruencia, que pugna con la idea moderna de justicia, el hecho de que la afectación de un bien patrimonial en garantía pueda gozar de preferencia frente a terceros por la vía heterónoma del embargo y no pueda hacerlo por la vía autónoma del contrato. En el mismo sentido LÓPEZ ORTEGA, *La prenda de imposiciones a plazo*, cit., p. 74. La STS de 25 de junio de 2001 admite que el crédito del acreedor pignoraticio excluya los de todos los demás acreedores (en el caso, embargo trabado sobre la imposición a plazo fijo previamente pignorado) hasta donde alcance el valor del derecho pignorado conforme a lo establecido en el art. 1926.1.º del CC.

lo que la titularidad de éste permanece en el pignorante (art. 1899 del CC), el cual podrá transferirlo a terceros⁽³⁹⁾. Transmitido el crédito pignorado, la situación jurídica del acreedor pignoraticio parece que debe ser firme, por cuanto que no existe en este ámbito un sistema de publicidad o unas normas de protección de la confianza en la apariencia, por lo que el tercer adquirente deberá soportar siempre las consecuencias jurídicas derivadas de la prenda constituida y que podrá hacerse valer frente a él⁽⁴⁰⁾.

III. EL MECANISMO COMPENSATORIO: SITUACIONES DE OPONIBILIDAD POR COMPENSACIÓN

1. Facultad compensatoria y terminología al uso

Es tradicional afrontar el estudio de la compensación en cuanto tal desde una doble perspectiva: una, la que considera ésta como un medio de extinción de las obligaciones, viniendo a ser un subrogado o sustituto del pago (construcción predominante en los ordenamientos de tradición francesa o latina), y otra, aquella que entiende la compensación como un instrumento de garantía de los acreedores *in bonis*, para aquellas relaciones en las que dos o más personas sean recíprocamente acreedoras y deudoras y una de ellas resulte insolvente (construcción propia de los sistemas anglosajones y germánicos). Sea cual fuere la perspectiva adoptada nosotros queremos aportar un estudio de ésta dentro de las complejas relaciones que se dan entre las entidades de crédito y sus cuentacorrentistas, y que, por mor de su simplicidad, potencian su utilización como un ágil instrumento de garantía de las propias entidades de crédito, protegiendo así, merced a este fácil mecanismo de autotutela, sus propios intereses frente a los de los eventuales acreedores de su clientela. Es claro que la agilización del

(39) Por todos, LÓPEZ ORTEGA, *La prenda de imposiciones a plazo*, cit. p. 75, quien apunta que la posibilidad de transmitir a tercero el crédito pignorado podría verse obstaculizada, en efecto, por el hecho de que la libreta en la que se documenta la imposición se encontrara en poder de la entidad acreedora pignoraticia. Pero esta dificultad se desvanece desde el momento en el que se entiende que la entrega al acreedor pignoraticio de la libreta en la que se documenta la imposición no es una formalidad constitutiva del derecho real de prenda. Es tan solo, como afirma esta autora, una exigencia acuñada por la práctica bancaria que no puede equipararse al desplazamiento posesorio característico de la prenda de cosas, si bien es indudable que su cumplimiento constituye un refuerzo de la prenda constituida, teniendo así un valor de garantía para el acreedor.

(40) Cfr. DÍAZ MORENO, “La prenda de anotaciones en cuenta”, cit., p. 408, y LÓPEZ ORTEGA, *La prenda de imposiciones a plazo*, cit., p. 75, en concordancia con lo que sostienen DE EIZAGUIRRE, “Las imposiciones a plazo como objeto de garantía pignoraticia”, cit., 202, y PANTALEÓN PRIETO, “Cesión de créditos”, cit., p. 1046.

tráfico jurídico es muy importante, máxime en el ámbito de la contratación bancaria, por lo que no cabe más que admitir y confirmar que la compensación supone un eficaz medio de autotutela para los contratantes ⁽⁴¹⁾.

Si bien la razón de ser más inmediata de la compensación radica en ser un expediente eficiente para simplificar una operación de cumplimiento de las obligaciones, sustituyendo dos o más pagos con efectiva transferencia por una simple operación aritmética, el fundamento jurídico último radica en el carácter objetivamente injusto y desleal del comportamiento de quien reclama un crédito, siendo al mismo tiempo deudor del demandado. Será contrario a la buena fe pedir aquello mismo que luego deberá ser restituido (*dolo facit qui petit quod redditurus est*), en tanto que quien paga primero se expone al fraude o a la insolvencia de quien debe pagar más tarde ⁽⁴²⁾.

Dentro de la triple clasificación que se viene haciendo de la compensación por razón de su origen (legal, voluntaria y judicial), lo que es más importante es que en todos los casos tiene un carácter liberatorio, siendo la compensación voluntaria y judicial dos maneras diferentes de alcanzar el cumplimiento de los requisitos que vienen exigidos por la compensación legal ⁽⁴³⁾. El estudio de la compensación legal es importante para los supuestos en que resulte excluida la compensación por la voluntad de las partes contratantes. La compensación dentro del ámbito de la contratación bancaria, en particular, tiene un carácter eminentemente convencional como no puede ser de otra manera, pero no conviene olvidar el marcado sustrato legal que tiene todo mecanismo compensatorio por el simple hecho de la regulación minuciosa que hace nuestro CC de sus supuestos. La compensación convencional, en este sentido, puede considerarse como un reflejo de la compensación legal, sin que sea conveniente hacer compartimentos estancos entre ellas, lo cual, sin lugar a dudas, podría dar lugar a

(41) Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, "Facultad de compensar y encargo de custodia", *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor F. de Castro*, II, 1976, p. 453; DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, 1996, pp. 537 y ss., el cual se suma a la idea de Peña de entender la compensación como un modo de extinción de las obligaciones de carácter privilegiado, tanto que supone un poder en cierto modo excepcional, presentando algunas características que la aproximan cada vez más a la categoría de las garantías. No en vano, se apunta atinadamente, ya en las Partidas se hablaba de la compensación como una forma de prenda, lo que no debe ser olvidado a la hora de interpretar la protección legal dada esta materia.

(42) Cfr. ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, vol. I, *La obligación y el contrato en general*, 1997, p. 311; DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, 1996, p. 537.

(43) Cfr. ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, vol. I, *La obligación y el contrato en general*, 1997, p. 317.

problemas interpretativos. Así, por ejemplo, los requisitos previos de la compensación son la reciprocidad entre las partes contratantes y que lo sean por derecho propio, esto es, que sean titulares de créditos y deudas pertenecientes a ellos mismos y no a personas representadas por ellos (art. 1195 del CC). Pues bien, esto que se admite pacíficamente por la doctrina en el ámbito de la compensación legal (y, en su caso, en la judicial), sin embargo, no lo es tanto en el ámbito de la compensación convencional, por cuanto que se entiende que con fundamento tanto en el art. 1255 del CC como en el principio de la buena fe nada impedirá que, por acuerdo de las partes, se puedan compensar créditos o deudas entre personas que no lo sean por derecho propio o no sean recíprocamente acreedoras y deudoras⁽⁴⁴⁾.

No conviene perder de vista que dentro de los contratos de cuenta corriente nos podemos encontrar con un sinnúmero de fórmulas, más o menos tipificadas por los usos bancarios, y que vienen siendo utilizadas por las entidades de crédito en sus formularios para referirse a la afectación en garantía de un crédito, saldo o depósito de dinero que puedan tener con sus clientes. En cualquier caso, de modo general, no se suele utilizar dentro de esos contratos el término *prenda* ni tampoco la fórmula de cesión en garantía de tales créditos. No obstante tales cláusulas o pactos, tan frecuentes hoy en día en la contratación, se pueden perfilar jurídicamente como auténticas prendas, de modo que la práctica ha venido supliendo en este campo la ausencia de una disciplina específica sobre este particular, que tan sólo viene regulada de un modo general en nuestro CC, y, complementariamente, en el propio CCo.⁽⁴⁵⁾ En todo caso conviene poner de manifiesto que la ausencia de una legislación especial sobre contratos bancarios ha tenido como consecuencia lógica, entre otras, que las relaciones entre las entidades de crédito y sus clientes se vengán modelando a voluntad de éstas según sus propios usos y formularios, a los cuales se someten sin apenas discusión los particulares. Y esa ausencia normativa acarrea también, indefectiblemente, que al profesional del Derecho y a los Tribunales de Justicia se les presenten a diario serios problemas de interpretación al tratar de encajar algunos de estos contratos bancarios atípicos en los moldes contractuales ya clásicos

(44) Cfr. VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Comentario del Código Civil*, Art. 1195, 1993, p. 280.

(45) En el *contrato unificado de operaciones y servicios* de Bankinter se hace, por ejemplo, una expresa mención de la prenda cuando se dice que “El cliente autoriza de forma expresa al Banco para efectuar trasposos de unas a otras cuentas, posiciones u operaciones al objeto de compensar, cancelando o reduciendo, los saldos deudores del cliente, así como para retener y enajenar los valores que el cliente tenga en el banco en depósito o gestión, en la cuantía necesaria para cubrir los descubiertos y otros saldos deudores del cliente, quedando desde este momento constituidos en *prenda* los señalados saldos, depósitos y valores del cliente, como garantía de las posiciones deudoras del mismo”.

del Derecho civil y mercantil (prenda, depósito, préstamo, mandato, comisión, arrendamiento, etc.) ⁽⁴⁶⁾.

Puede verse, en efecto, cómo en los clausulados de los contratos bancarios se incluyen todo tipo de cláusulas de compensación, predominantemente en sus operaciones de pasivo pero también en las de carácter neutro e, incluso, en las de activo. Dentro de las de carácter activo son habituales reconocerlas en los depósitos irregulares, en especial en aquellos acordados a la vista, y, en menor medida, en los concertados a plazo, o en los depósitos regulares de valores o en los contratos de cajas de seguridad. Sin embargo, donde realmente tienen una mayor operatividad y atractivo para las entidades financieras es dentro de los contratos concertados a plazo, en razón de la pérdida de disponibilidad para el cliente durante el tiempo previsto en el contrato y la carencia de movilidad en el saldo, lo que refuerza notablemente su seguridad y eficacia ⁽⁴⁷⁾. En cualquier caso, las fórmulas utilizadas dentro del clausulado bancario son muy diversas. Así, nos podemos encontrar con que se habla de una facultad o *autorización expresa al Banco* para compensar, cancelar o reducir los saldos deudores o de la *afección al buen fin* de determinados bienes presentes o futuros, o también de una *autorización irrevocable* para reembolsarse con cargo a los saldos o de un *mandato irrevocable* para transferir, cancelar y vender valores mobiliarios. Asimismo, puede comprobarse cómo es bastante usual utilizar la expresión de que existe una *garantía recíproca* entre las cuentas acreedoras y deudoras, o también podemos encontrar dentro de este amplio catálogo con una cláusula de *unidad de cuentas*, que será admitida siempre que el objeto de éstas no sea incompatible. Concretamente, ya la STS de 21 de abril de 1988 se refería a la

⁽⁴⁶⁾ Cfr. GARRIGUES, J., *Contratos Bancarios*, 1975, p. 14. Merecerá interés el estudio de campo del eventual uso abusivo que de algunas de estas cláusulas pueden estar haciendo algunas entidades bancarias a la luz de la legislación de cláusulas abusivas.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. SÁNCHEZ GUILARTE, *Pignoración de saldos de depósitos bancarios e inmovilización de saldos de anotaciones en cuenta, Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, 1990, cit., pp. 651 y 663, para quien, desde el punto de vista del futuro acreedor pignoraticio, las imposiciones a plazo fijo representan el atractivo de que la movilidad del saldo se encuentra severamente limitada en cuanto a su ejercicio en un momento dado; también, BAENA BAENA, *La compensación en las cuentas bancarias*, 1999, pp. 23 y ss. Dentro de los depósitos a la vista se pueden encontrar en: libretas de ahorro, cuentas corrientes, cuentas de tesorería o *supercuentas*, cuentas de ahorro vivienda. Con frecuencia, además, podemos encontrar reflejos de tales cláusulas dentro de las operaciones activas en los contratos de descuento de efectos, apertura de crédito —normalmente articulados en cuenta corriente—, préstamo bancario y afianzamiento mercantil. Y como ejemplo de operaciones de carácter neutro podemos buscarlas también con éxito dentro de los contratos de tarjeta de crédito, tarjeta de gasóleo bonificado, cheques carburante, compraventa de activos financieros y suscripción de fondos de inversión.

facultad concedida a un banco o entidad de crédito para efectuar traspasos de unas cuentas acreedoras a otras deudoras ⁽⁴⁸⁾, manteniendo una postura restrictiva en su interpretación por cuanto que el pago o cargo que efectuó el propio banco por anotación contable, sin traspaso, no procedía de otra cuenta corriente u operación de semejante clase ni se encontraba comprendido en la cláusula mencionada, por lo que se concluye que el banco se estaba extralimitando al no encontrarse éste autorizado para efectuar esta compensación ⁽⁴⁹⁾.

Este mecanismo compensatorio desde el punto de vista práctico tiene un efecto procesal importante por cuanto que una vez ejercida la facultad compensatoria por la entidad crediticia se produce una inversión de la posición procesal. Así acontecerá, por efecto de ésta, que el potencial demandante de una deuda impagada se hará con la cantidad adeudada mientras que se transfiere la

(48) Concretamente se refiere a una condición incluida dentro de la apertura del contrato de cuenta corriente que, siendo común a muchas entidades de crédito, dice textualmente esto o algo semejante: “El Banco queda facultado, si así lo conviniere, para efectuar traspasos de las cuentas acreedoras a las deudoras, ya que se considerarán como una sola las diversas posiciones del cliente, entendiéndose que las acreedoras garantizan a las deudoras”.

(49) Puede verse también, en este mismo sentido, la STS de 14 de noviembre de 1987. ROJO AJURIA critica esta decisión partiendo de la premisa de que el análisis de los pactos acerca de la compensación no debe realizarse sobre términos rígidos o excesivamente formales, debiendo tan sólo excluirse en caso de violar derechos a terceros o de eludir prohibiciones imperativas del ordenamiento. No atisbaba Rojo en el caso estudiado en esta sentencia ninguna posición privilegiada ni extralimitación por cuanto que, a su juicio, lo que el banco pretendía extinguir no era otra cosa que la restitución del *tantundem*, esto es, una mera cantidad de dinero. Se está hablando de un modo de extinción de las obligaciones que tiene efectos sustantivos y no puede hablarse de la existencia de un privilegio o de una posición de desequilibrio, como hace el Tribunal Supremo, por cuanto estamos ante el efecto jurídico ordinario y recíproco de la compensación. Precisamente por ello, a su juicio, la compensación no será nunca una garantía en sentido técnico, y ello en razón de que lo que aquí existe no es más que un derecho personal a compensar una deuda con otra, esto es, a extinguir la obligación recíproca, pero sin que pueda hablarse de la existencia de un derecho real sobre un bien dado en garantía. Otra cosa será, sin embargo, el reconocimiento de que la finalidad de este derecho compensatorio no es otro que conseguir la prioridad en el pago. Aquí cree ver Rojo el punto de unión entre las garantías y la compensación, subrayando tanto la necesidad de su tratamiento conjunto como la de regular la compensación en relación con la pignoración de créditos. Mayor necesidad si acaso en proporción directa con la intensidad que adopte la circulación de los créditos en sus distintas formas —cesión, venta, garantía,...—, y pone como ejemplo de su crecimiento actual el caso del *factoring*. El mismo PANTALEÓN reconoce que su estudio sobre la cesión de créditos tuvo como directriz fundamental, precisamente, el que tanto la cesión de créditos futuros como el *factoring* funcionasen de manera eficiente (ROJO AJURIA, *La prenda de créditos...*, cit., nota 14, p. 1464).

incómoda posición actora a su contraparte, que será la que tenga que instar la demanda pertinente ⁽⁵⁰⁾.

2. Compensación legal

La complejidad en este campo radica fundamentalmente en el reconocimiento del doble plano en que habitualmente opera el mecanismo de la compensación: obligacional o real. No es fácil esta distinción en la práctica. La compensación, en efecto, puede configurarse como una modalidad de garantía en tanto en cuanto ésta no es más que un modo de ejecución y realización de la prenda de créditos ordinaria, especialmente cuando el acreedor pignoraticio es el deudor del crédito pignorado. Aquí estaremos en el plano obligacional. Pero también puede decirse que la compensación opera como una auténtica garantía por cuanto que el titular de un crédito gana preferencia para el cobro oponiendo su contracrédito frente a terceros —acreedores o cesionarios— que pretendan ejercitar contra él un crédito que corresponde al deudor. Aquí estaremos ahora en el plano real.

Viene siendo discutido si la compensación legal puede ser considerada una garantía del titular del contracrédito, a la luz de los arts. 1196.5 del CC y 1198 del CC. La prohibición que deriva del art. 1200 del CC, que impediría la compensación de los depósitos bancarios, se salva diciendo que tal precepto no debe aplicarse a los depósitos irregulares de dinero, en los que no existen deberes de custodia sino tan sólo de restitución.

El debate sustancial sobre esta materia, tal y como se ha recordado, está en cuál sea el modelo de compensación asumido por nuestra legislación y jurisprudencia y el alcance que quiera dársele. En efecto, si el deudor sólo puede oponer a terceros su contracrédito cuando éste haya llegado a ser líquido, vencido y exigible con el crédito pignorado o embargado por esos terceros, la compensación resultará un simple pago: el titular del crédito compensable no tiene realmente una garantía sobre el crédito ajeno cedido o embargado, sino que, simplemente, se puede decir que ha realizado su pago. Sin embargo, si la compensación es oponible cuando el deudor del crédito pignorado, cedido o embargado tiene un contracrédito a su favor, aunque la situación de compensabilidad no se hubiera producido antes de que la cesión, prenda o embargo fuera oponible al deudor, entonces sí puede afirmarse que nos encontramos ante un efecto de garantía relativa. Y esta garantía será tanto mayor cuanto mayores sean las

(50) Cfr. BAENA BAENA, *La compensación...*, cit., p. 20.

posibilidades efectivas de compensar ⁽⁵¹⁾. Es precisamente la idea de asegurar la certidumbre de la situación jurídica creada la que conduce a que las entidades bancarias pacten en muchas de sus cláusulas contractuales la constitución de una prenda de créditos, aumentando así el grado de autotutela y favoreciendo el acercamiento de la compensación a una auténtica y verdadera garantía.

3. Compensación convencional

A) La prenda de créditos bajo forma de pacto de compensación anticipada

Como dijimos, gran parte del problema en torno al mecanismo compensatorio estriba en determinar el alcance que pueda llegar a tener la compensación pactada o convencional frente a la legal. A este respecto, teniendo en cuenta la diversa gradación que pudiera tener en su operatividad, se puede distinguir entre lo que es propiamente una compensación convencional, que actúa aumentando el grado de autotutela, y aquella otra compensación que opera como un auténtico derecho de garantía.

En el primer caso por medio de la misma compensación se adelanta el cumplimiento de los requisitos de compensabilidad, esto es, se produce lo que se viene denominando *una situación objetiva de compensación*. Este mecanismo está muy presente en la práctica bancaria habitual a través de la utilización que se hace dentro de los contratos con sus clientes de las cláusulas de vencimiento anticipado ⁽⁵²⁾. La compensación producirá efectos, en estos casos, desde la fecha en que se establezca que se entienden cumplidos los requisitos objetivos de compensabilidad, sin que por ello sea oponible a los acreedores y

(51) Como acertadamente puntualiza CARRASCO estaremos ante una garantía de mediana eficacia si resulta que el deudor titular del contracrédito pudiera oponer éste aunque la situación de compensabilidad se produjera después de la cesión/prenda/embargo, siempre que aquel contracrédito no hubiera sido adquirido después de la cesión/notificación de la cesión/prenda/embargo, y que no tuviera un vencimiento posterior al del crédito del que es deudor. Pero estaremos ante una garantía casi absoluta si el deudor pudiera oponer su contracrédito aunque éste, adquirido antes de la notificación de la cesión, venciera después del crédito (cedido/embargado/pignorado) del que es deudor, y siempre que hubiera vencido aquél en el momento en que se opone la compensación (CARRASCO PERERA, *Tratado de los Derechos de garantía*, cit., p. 868).

(52) Es muy frecuente encontrar este tipo de cláusula anticipada dentro del condicionado general de los contratos concluidos por las entidades de crédito en estos términos o, al menos, muy similares: “El titular autoriza al Banco (...) para que éste pueda compensar cualquier obligación vencida derivada de este contrato o contraída frente al Banco (...) con ocasión de servicios relacionados con el mismo, con cargo a cualquier depósito del que sea titular, a la vista o a plazo, de efectivo o de valores, cancelándolos anticipadamente y procediendo a la enajenación de los valores si fuese preciso”.

cesionarios que hubieran adquirido cualesquiera derechos antes de la fecha de la oposición de la compensación. No se puede hablar aquí de efectos retroactivos, y esto es así en razón de que los requisitos de compensabilidad sólo se dan en el supuesto de que una de las partes invoque o inste el cumplimiento de tal compensación por darse los requisitos aquí exigidos, esto es, la reciprocidad y exigibilidad de los créditos. Pero este mecanismo de autotutela no se puede equiparar sin más a la constitución de un derecho real de garantía⁽⁵³⁾, en el que se debe tener en cuenta la fecha en que se cumplieron los requisitos por los que tal derecho de garantía tiene una eficacia *erga omnes*⁽⁵⁴⁾.

Ahora bien, todo lo dicho hasta ahora no obsta para que las partes puedan querer dar una mayor amplitud a la compensación convencional en el sentido de desear equiparar en la práctica el mecanismo de la autotutela y de la garantía real. Aquí estamos dentro de la consideración que puede hacerse, como apuntaba más arriba, de la compensación como un auténtico derecho de garantía. Es decir, que podrá llegarse a hablar, sin temor a exagerar, de que en determinados supuestos estaremos en presencia de una prenda de créditos bajo la forma de un pacto de compensación anticipada. Pero para que en estos casos las partes puedan alcanzar este efecto real deberá haber pactado claramente “un efecto general y anticipado de compensación, con independencia del momento en que se produzca la situación futura de compensabilidad”. En consecuencia, puede afirmarse que si el efecto compensatorio “se hace depender en su ejercicio (no en su eficacia, que operaría retroactivamente) de que el crédito de una de las partes haya sido embargado, cedido, pignorado, etc.” nos encontraremos ante un efecto garantístico similar al que supone una prenda de crédito. En suma, puede hablarse de que en estas situaciones las partes habrán pactado una prenda de créditos bajo la *forma* común de un mero pacto de compensación anticipada,

(53) En estos casos, por ejemplo, para Carrasco la compensación convencional se le antoja que tiene una “débil eficacia garantística” ya que sólo producirá efectos desde que se declara, sin retrotraerse al momento en que ese pacto de compensación fue realizado, y que deberá quedar circunscrita al pacto de compensación que vemos generalmente unido a una cláusula de vencimiento anticipado de uno o ambos de los créditos correspondientes existentes dentro de una relación obligacional (CARRASCO PERERA, *Tratado de los Derechos de garantía*, 2002, cit., p. 869).

(54) ROJO AJURIA señaló la importancia de esta diferencia de planos subrayando la importancia de esta fecha en la constitución de un derecho real de garantía (cfr. ROJO AJURIA, *La compensación como garantía*, cit., p. 161).

siempre que lo hagan de esa manera clara y diáfana⁽⁵⁵⁾. Este tipo de cláusulas será fácil que aparezcan incorporadas en los contratos bancarios a semejanza de lo que ya es práctica corriente en otros países, en donde explícitamente se condiciona la compensación de un crédito, que no está todavía vencido y exigible, al hecho de que “se produzca un embargo sobre el crédito del titular o se pretenda la recuperación de tal crédito de cualquier otra manera, o en el caso de que se cree un derecho real sobre el crédito o el titular ceda su crédito”⁽⁵⁶⁾.

B) El pacto de compensación de depósitos de valores del deudor

Dentro de la prolija casuística contractual también podemos encontrarlos con que las partes pacten una compensación convencional en la que, por medio de una autorización irrevocable para el cobro, se disponga que el acreedor pueda disponer de unos depósitos de valores del deudor en poder de la entidad de crédito y que carezcan del requisito de liquidez, lo cual no impedirá que

⁽⁵⁵⁾ Esta es la opinión del profesor CARRASCO que comparto, quien afirma que un pacto de compensación “entendido en estos términos hace innecesaria y redundante la prenda de crédito” (*Tratado de los Derechos de garantía*, cit., p. 869). De parecer distinto es FÍNEZ RATÓN, quien entiende que “la compensación será oponible o no dependiendo de la interpretación que acojamos del art. 1198 del CC o, en su caso, en virtud de valorar el principio de legítima confianza del deudor. La mera voluntad de las partes de ver en los recíprocos créditos una mutua garantía no puede ser una fuente de privilegio. La autonomía de la voluntad en el ordenamiento español no tiene tal eficacia. Distinto sería —añade— si ese convenio de afectar en garantía un crédito al otro cumpliera todos los requisitos para la constitución de un derecho de prenda. Pero entonces la eficacia *erga omnes* no deriva de compensación, ni de la conexión artificial —voluntad de las partes— sino del derecho real constituido” (*Garantías sobre cuentas...*, cit., p. 123). Carrasco piensa que Fínez incurre aquí en un contrasentido cuando éste, por un lado, niega que la autonomía de la voluntad sea suficiente para crear derechos reales con privilegios crediticios por medio de pactos de compensación, mientras que, por otro lado, afirma que la prenda de créditos pueda constituirse sin ningún requisito especial de forma o publicidad.

⁽⁵⁶⁾ Es el caso, por ejemplo, del art. 19 de las Condiciones Generales utilizadas por los bancos holandeses donde aparece esta cláusula: “El Banco estará autorizado a compensar en cualquier tiempo cualquier crédito que tenga contra el titular, ya sea o no vencido y exigible, ya sea o no contingente, contra cualquier crédito del titular sobre el Banco, ya sea o no vencido y exigible, con independencia de la moneda en que tales créditos están formulados. Sin embargo, si el crédito del Banco contra el titular o el crédito del titular contra el Banco no son todavía vencidos y exigibles —y siempre que el crédito del Banco y el crédito del titular estén formulados en la misma moneda— el Banco no ejercerá su derecho a compensar salvo en el caso de que se produzca un embargo sobre el crédito del titular o se pretenda la recuperación de tal crédito de cualquier otra manera, o en el caso de que se cree un derecho real sobre el crédito o el titular ceda su crédito” [precepto comentado por ROJO AJURIA, *La compensación...*, pp. 150 y 162, y por NEATE, F. W., *Using Set-off as Security (A comparative Survey for Practitioners)*, Londres, 1990, pp. 171-172].

también pueda entenderse esa compensación como una prenda del crédito o de los valores respectivos.

Una prudente postura ecléctica lleva a algunos a decir que en estas situaciones nos encontraremos sin duda ante un mayor grado de autotutela, pero sin que éste sea el suficiente como para pensar que estemos ante la constitución de un derecho real de garantía, ni siquiera *inter partes*. La clave para sostener esto es que lo que se está haciendo en tales supuestos es una *abstracción de los derechos de terceros* y, ello, indefectiblemente, impedirá considerar que tales pactos de compensación sean comprendidos como auténticas garantías⁽⁵⁷⁾. Sin embargo otro sector doctrinal, en el que nos incluimos, frente a la anterior posición que podría considerarse como más cauta, matiza que tales pactos de compensación en el tráfico jurídico actual, en el que se constata la inexistencia de una regulación general de la prenda de créditos, podrán interpretarse y proponerse como auténticos derechos de prenda siempre que el requisito de forma del art. 1865 del CC se hubiere cumplido⁽⁵⁸⁾.

Prima facie, en aquellos casos en los que aparezca pactado dentro de los contratos una mera facultad de compensar o una simple autorización irrevocable para el cobro, parece claro que no tendrán la eficacia propia de una garantía real que pueda ser oponible a terceros distintos del deudor. Pero aun así y con todo ello convendrá no cerrarse totalmente a la existencia de tal eficacia real, por cuanto que pienso que se tratará de una cuestión interpretativa que deberá dejarse abierta, dándose por aceptables otras conclusiones que sean razonables y pragmáticas. Así, por ejemplo, dentro de esta interpretación extensiva, siempre que de la propia voluntad de las partes se deduzca, con claridad y transparencia, que ellas mismas, “han querido producir un bloqueo de la cuenta con efectos retroactivos hasta el momento del acuerdo y con absoluta independencia de la existencia de una relación recíproca de compensabilidad”, podrá afirmarse sin ambages que estaremos en presencia de “una forma de garantía dota-

(57) Cfr. ROJO AJURIA, *La compensación...*, cit., p. 162; BAENA BAENA, *La compensación...*, p. 66.

(58) Esta es la posición reciente del profesor CARRASCO que entendemos que edulcora la postura de ROJO quien mantuvo a rajatabla la dualidad de planos antedicha, entendiendo que un acuerdo de compensación producirá efectos “en el plano de las obligaciones, sin que se pueda presumir la constitución de un derecho de prenda” (ROJO AJURIA, *La compensación...*, cit., p. 161). Carrasco, sin embargo, aboga con determinación por esta postura porque entiende que el acreedor lo que realmente desea es la garantía más consistente y “no se ve por qué hay que privilegiar una interpretación restrictiva de un acuerdo por el simple hecho de que pueda incidir menos en la esfera de los terceros, que no son parte del acuerdo, ni se entiende qué interés puede tener el deudor en haber convenido, en beneficio de estos terceros, una garantía más débil que la prenda” (CARRASCO PERERA, *Tratado de los Derechos de garantía*, cit., p. 870).

da de los efectos propios de la prenda” aunque no se mencione ni aparezca en ningún caso esta palabra ⁽⁵⁹⁾.

Indiscutiblemente unida a la cuestión anterior está aquella otra que se nos puede presentar bajo la figura de un contrato de depósito bilateral en forma de garantía. En estos supuestos de hecho nos encontramos con que un sujeto realiza un depósito en poder de un tercero, cuyo objeto deberá ser restituido al mismo depositante o a otra persona en función del cumplimiento o no de determinadas condiciones o contingencias previamente establecidas en el propio contrato de depósito ⁽⁶⁰⁾. Aquí, aun cuando parece clara la función de garantía, sin embargo, no podrá hablarse de una prenda en ningún caso, por cuanto que comprador y vendedor no tienen respecto del dinero depositado ninguna preferencia frente al resto de acreedores del depositario ⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁹⁾ Para CARRASCO un elemento importante, a tener en cuenta a la hora de interpretar el pacto de compensación o la autorización de cobro, es saber si existe o no una prohibición de ceder o pignorar a terceros, por cuanto que esto será clave para determinar si se hace o no abstracción de los derechos de los terceros. A favor de decantarse por la eficacia real contribuirá, a su juicio, la existencia de una prohibición de ceder o pignorar a terceros (CARRASCO PERERA, *Tratado de los Derechos de garantía*, cit., p. 870). ARANDA, al referirse a la preferencia para el cobro del 1922.2.º del CC aplicada a la prenda de créditos, comparte la conveniencia de atender a una “interpretación extensiva” de las normas particulares de la prenda ordinaria utilizando los diversos criterios interpretativos y sin acudir a la analogía; no en vano, para ella, tanto en prenda de créditos como en la prenda ordinaria, el pignorante transmite en favor del acreedor pignoraticio, el contenido económico del bien pignorado, consiguiendo éste un poder exclusivo sobre dicho bien, siendo la falta de inmediatez la única diferencia que se da en la prenda de créditos como consecuencia de la falta de desplazamiento posesorio. Es decir, se dan posiciones jurídicas similares y se impide la libre disponibilidad del crédito en ambos casos (ARANDA RODRÍGUEZ, “La prenda de créditos según nuestra jurisprudencia más reciente”, cit., pp. 379-380).

⁽⁶⁰⁾ El contrato de depósito bilateral (*escrow*) es un contrato realizado entre acreedor y deudor que consiste en la entrega de una cantidad del dinero aplazado de una compraventa a un tercero, y que éste retiene en previsión o garantía de eventuales contingencias. Este crédito de restitución puede configurarse como una fianza, y es una garantía muy común en los contratos de adquisiciones de empresas. Tiene la ventaja frente al aval de que en este caso el dinero es productivo para aquella de las partes que resulte acreedor definitivo (CARRASCO PERERA, *Tratado de los Derechos de garantía*, cit., p. 895).

⁽⁶¹⁾ En este sentido dice CARRASCO que “el vendedor y el comprador pueden conceder a terceros un derecho de prenda sobre sus créditos eventuales, pero entre sí no se requiere tal garantía real, pues la garantía definitiva para cada uno de ellos es que el crédito contra el depositario sólo nace si se realiza la contingencia que aparece como presupuesto de este derecho, y que, por definición, tendrá lugar cuando el derecho de la otra parte esté satisfecho o no haya cuestiones pendientes entre ellos” (*Tratado de los Derechos de garantía*, cit., p. 897).

4. La prohibición legal de compensar

La inaplicabilidad del art. 1200.1 del CC a los casos de saldos de depósitos es doctrina compartida por cuanto que tal norma no se aviene con la figura del depósito irregular⁽⁶²⁾. En tales casos no existe un depósito propiamente dicho, tal y como se regula en el art. 1768 del CC, donde la propiedad de lo entregado se transfiere al depositario y la obligación de custodia se convierte en una obligación de disponibilidad de cantidad o de restitución del *tantundem* en el momento del vencimiento del plazo establecido⁽⁶³⁾. El Tribunal Supremo parece decantarse sin ningún género de dudas, por la postura de que nuestro 1200.1 del CC solamente podrá aplicarse en aquellos supuestos previstos en el art. 1758 del CC, esto es, en los depósitos entendidos en sentido estricto, pero no en los depósitos irregulares, en donde, como sabemos, la propiedad de lo entregado pasa al depositario, quedando éste obligado a devolver otro tanto de la misma especie y calidad en el momento en el que se ejerza el derecho de crédito por el depositante⁽⁶⁴⁾. No obstante, los vaivenes en esta materia por parte de nuestra jurisprudencia han sido constantes, pues si bien mantiene lo dicho más arriba, en algunos casos ha resuelto no atendiendo a argumentos legales, sino en función de la protección que en cada supuesto le ha merecido la parte más desfavorecida en la relación contractual, con la finalidad de atemperar así lo que se entiende como una posición privilegiada de los bancos o entidades de crédito en cuanto partes contratantes⁽⁶⁵⁾. Con todo la doctrina más autorizada viene entendiendo, frente a esta posición jurisprudencial, que la compensación no puede entenderse como un mero escudo procesal, sino como un modo de

(62) Cfr. ALBALADEJO, “La prohibición o improcedencia de compensación en los casos de depósito y comodato (Estudio sobre el párrafo 1.º del artículo 1200 del Código Civil)”, *RDP*, 1947, pp. 254 y ss.

(63) Cfr. SSTS de 19 de septiembre de 1987, FD 2.º, y 7 de octubre de 1997, FD 2.º

(64) Cfr. SSTS de 31 de enero de 1956, 21 de noviembre de 1978 y 19 de septiembre de 1987. Esta última sentencia recuerda que en las imposiciones a plazo no solamente la obligación de custodia se muda en una obligación de disponibilidad de cantidad, sino que, además, al extinguirse temporalmente la disponibilidad del depositante, desaparecen también, aquellos elementos que son típicos del depósito, cual es la restitución de la cosa cuando le sea pedida (art. 1766 del CC), acentuándose los caracteres del préstamo, esto es, recepción de una cosa fungible en propiedad para devolver luego otro tanto (FD 1.º).

(65) En efecto, como pone de relieve LÓPEZ ORTEGA, *La prenda de imposiciones a plazo*, cit., p. 86, en la STS de 21 de abril de 1988 el TS niega la compensación de las obligaciones nacidas de un depósito irregular con el argumento de que esta modalidad de extinción no se hallaba expresamente comprendida entre aquellas autorizadas en las condiciones contractuales, y en la STS de 27 de marzo de 1990 entendió que en el supuesto del litigio no se dieron los elementos definidores del depósito irregular y que, en consecuencia, no procedía aplicar la compensación.

extinción de las obligaciones con efectos sustantivos, y la aplicación de las reglas compensatorias básicas (arts. 1195, 1196 y 1202 del CC) no determinan una posición de privilegio en manos de nadie, y esto sería precisamente así porque estamos hablando de un efecto jurídico ordinario y recíproco por definición ⁽⁶⁶⁾.

En todo caso tanto la ausencia de una doctrina uniforme como las dudas que plantea la jurisprudencia se solventan usualmente en la práctica bancaria insertando como cláusula de estilo dentro de sus clausulados generales, en razón del carácter dispositivo que tiene el art. 1201 del CC, una estipulación expresa que permita la compensación a la entidad bancaria dentro de los límites establecidos por las normas del CC. De esta manera los bancos se blindarían ante una eventual interpretación desfavorable a sus intereses, para el caso de que los Tribunales entiendan aplicable la prohibición de compensar del art. 1200.1 del CC a los depósitos irregulares o las imposiciones a plazo. Con ello puede verse cómo la implantación de una cláusula de compensación con un amplio margen de aplicación deja sin contenido el problema que venimos planteando. De ser así, la discusión se restringe, en última instancia, a la observación de si se ha pactado o no de manera expresa la compensación dentro del depósito o saldo bancario, bien por que no se haya incluido la conveniente cláusula de compensación, bien por que ésta carezca de un contenido suficientemente extenso para su operatividad ⁽⁶⁷⁾.

Con respecto a la aplicabilidad del art. 1201 del CC a los supuestos particulares de las imposiciones a plazo no se plantea ningún problema por cuanto que sus notas definitorias difieren en gran medida de los rasgos peculiares del depósito. El recurso al depósito irregular carece de cobertura legal, permitiendo que algunos invoquen la inadecuada figura del contrato *sui generis*. La doctrina más autorizada se viene inclinando por seguir el tenor de los arts. 1768 del CC y 309 del CCo., cuya inspiración se puede resumir diciendo que cuando quien recibe el bien puede “disponer” o “servirse” de él, con el consentimiento expreso de la otra parte, el contrato no podrá reputarse como depósito. No puede admitirse que para referirnos a las imposiciones a plazo se hable de contratos de depósito, pues se dan las circunstancias que tales preceptos legales recogen. En consecuencia, la norma prohibitiva de la compensación del art. 1200.1 del CC

⁽⁶⁶⁾ Cfr. ROJO AJURIA, “Comentario a la STS de 21 de abril de 1988”, *CCJC*, 1988 (17), cit., p. 459.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. BAENA BAENA, *La compensación en las cuentas bancarias*, 1999, p. 51. Puede verse también en NAVAS NAVARRO, *La norma del art. 1200.1 del Código Civil y el depósito irregular en el ámbito bancario. La protección de los consumidores* (coords. Del Pozo Carrascosa-Díaz Muyor), 1988, p. 555; FÍNEZ RATÓN, *Garantía sobre cuentas y depósitos bancarios...*, cit., p. 58.

no será aplicable a un contrato que nada tiene que ver con el depósito, o, dicho con otras palabras, no podrá desplegar sus efectos por cuanto que se trata de una figura que no entra dentro del ámbito objetivo de la norma ⁽⁶⁸⁾.

Por otra parte existen una serie de créditos que son declarados inembargables y que tal vez pudieran estar depositados en alguna entidad de crédito. Tal condición de inembargables hace que no sean compensables necesariamente. Esta excepción, si bien no se encuentra recogida dentro de nuestro Código Civil, resulta colegible de una interpretación extensiva, según su *ratio*, de la disposición legal que establece la inembargabilidad. Sería el caso de la parte proporcional, estipulada por ley, de aquellos ingresos de dinero que se perciben en concepto de salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, y en el que cabe también una fluctuación por atender a las cargas familiares de la persona afectada. Sobre estas cantidades estipuladas inembargables, expresamente recogidas en el art. 607 de la LEC, no es admisible ningún género de compensación, teniendo en cuenta que no parece lógico que los restantes acreedores no puedan trabar embargos judiciales sobre esos importes, mientras que sí pueda hacerlo, sin embargo, uno solo de ellos amparándose en el derecho a compensar. Todo ello no supone más que sostener la intangibilidad y defensa de un *mínimum* patrimonial vital de la persona (deudor, cónyuge e hijos), que exige afirmar con carácter imperativo la no compensabilidad en ninguno de estos casos ⁽⁶⁹⁾.

(68) Cfr. SÁNCHEZ GUILARTE, "Naturaleza jurídica de las imposiciones a plazo; compensación, derecho de prenda", *RDBB*, 1988, pp. 446 y ss.; LÓPEZ ORTEGA, *La prenda de imposiciones a plazo*, cit., p. 87. Ambos autores subrayan los argumentos esgrimidos en la STS de 19 de septiembre de 1987, que declara inaplicable el art. 1200.1 del CC a una imposición a plazo fija, por entender que no existe depósito, por cuanto que la propiedad de las sumas entregadas pasa al dominio del depositario, y es que la obligación de custodia, típica del contrato de depósito, se transforma en una obligación de disponibilidad de cantidad en favor del depositante, obligación que únicamente podrá hacerse efectiva una vez transcurrido el plazo previsto en el contrato.

(69) Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, 5.^a ed., 1996, cit., p. 552.

JURISPRUDENCIA

AUMENTO DE CAPITAL PARA MANTENER LA AUTOCARTERA

(Comentario a la STS 889/2004, de la Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 28 de septiembre) ()*

MARÍA DE LA SIERRA FLORES DOÑA

*Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La Sentencia recurrida, con estimación de la apelación, desestimó la impugnación de un acuerdo de ampliación de capital (y la consiguiente modificación del precepto estatutario correspondiente) que había adoptado, en junta general, la sociedad anónima demandada.

En el escrito de demanda el acuerdo impugnado se había calificado como nulo, por ser contrario a la Ley. Razón por la que la actora invocó en apoyo de su pretensión el art. 115.2 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (RDL 1564/1989, de 22 de diciembre). En concreto, señaló como infringidas con el acuerdo las normas contenidas en los arts. 75.2.º y 76.1 de dicho Texto, que, respectivamente, establecen los re-

quisitos precisos para que la sociedad pueda adquirir derivativamente sus propias acciones de un modo válido (entre ellos, que el valor nominal de las adquiridas, sumado al de las poseídas por ella y sus filiales, no exceda del diez por ciento del capital social) y las consecuencias de su falta.

Hay que indicar que el acuerdo impugnado aparece conectado a una anterior adquisición onerosa por la sociedad demandada de mil trescientas veinte de sus propias acciones, con superación del límite establecido en el art. 75.2.º (dato este declarado en la instancia como cierto y no discutido en el recurso).

En efecto, en la demanda se alegó que la impugnada ampliación de capital no había tenido otra finalidad que la de cumplir ex

(*) Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.

post aquella exigencia (la demandada, por su parte, admitió que perseguía esa finalidad, pero no como única).

La expuesta conexión entre aumento de capital y anterior adquisición de las propias acciones tiene un equivalente procesal, en el sentido de que en un primer proceso la aquí actora había impugnado el acuerdo social de autorización del negocio de adquisición, con un resultado desestimatorio, al no haber cumplido la entonces demandante la exigencia del art. 117.2 del repetido Texto.

El Juzgado de Primera Instancia resolvió el conflicto a que se refiere el recurso con la declaración de que la sociedad demandada había intentado, mediante la ampliación de capital, eludir el art. 76.1, que establece los únicos actos que debe y puede realizar tras haber infringido lo dispuesto en el art. 75.2.º. Y estimó la demanda.

La Audiencia Provincial, por el contrario, al decidir la apelación, declaró que el art. 76 sólo es aplicable si, al año de haber adquirido la sociedad sus propias acciones, el valor nominal de las mismas, unido al de las poseídas por ella y sus filiales, excede del diez por ciento del capital social. Lo que no sucedía en el caso, por lo que entendió conforme a Derecho la ampliación subsanadora y estimó la apelación, para desestimar la demanda.

El único motivo de casación le permite a la actora, con fundamento en el art. 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y en el 115.2 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, denunciar la infracción del art. 76.1 de éste último, en relación con los apartados 3 y 4 del art. 6 del Código Civil. Aduce la recurrente que con la ampliación del capital sólo se había pretendido reducir artificiosamente el porcentaje de autocartera de la sociedad demandada, con el fin de eludir la aplicación de las consecuencias de la infracción del art. 75.2.º, establecidas en la norma eludida.

Segundo.—Con el fin de evitar los peligros vinculados a la adquisición onerosa por

la sociedad de sus propias acciones, incorporando a nuestro ordenamiento el acervo comunitario (en particular, los arts. 18, 19, 20 y 21 de la segunda Directiva 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976, modificada por la 92/101/CEE, de 23 de noviembre de 1992, que incorporó el art. 24 bis), el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas exigió determinados requisitos para tal adquisición (art. 75), estableció las consecuencias de su falta (art. 76), reguló unos supuestos exceptuados o de libre adquisición (art. 77) y sancionó el régimen jurídico de las acciones propias (art. 79).

En concreto, como se dijo, el art. 75.2.º exige que la adquisición derivativa no supere un volumen máximo, mientras que el 76.1 sanciona, como acto *contra legem*, la superación de ese límite, pero no con la nulidad del negocio adquisitivo (sólo prevista para el caso de inobservancia del requisito del apartado 4.º del mismo art. 75: art. 76.2), sino con unas medidas distintas (como admite el art. 6.3 del Código Civil), que presuponen la validez y eficacia de la adquisición y que consisten en: (a) la imposición a la sociedad del deber de ejecutar, en determinado tiempo (en el plazo de un año desde la fecha de la adquisición y de inmediato, respectivamente), ciertos comportamientos dirigidos a neutralizar los peligros de la autocartera (la enajenación de las acciones adquiridas y, a falta de ella, su amortización con reducción de capital) y (b) el reconocimiento de legitimación a cualquier interesado para reclamar la tutela judicial a fin de imponer a la infractora la venta o la amortización, si no cumpliera voluntariamente y a tiempo aquel deber.

Tercero.—El recurso no merece ser estimado, pues el acuerdo impugnado en la demanda no constituye un acto *contra legem* (art. 6.3 del Código Civil) ni una modalidad de *in fraudem legis agere* (art. 6.4 del Código Civil). En efecto:

I. La ampliación de capital, aunque se hubiera acordado con el propósito de cumplir *ex post* el requisito del art. 75.2.º, no

infringe el art. 76.1, en contra de lo que afirma la recurrente. No lo hace a su literalidad (*contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet*: Digesto 1.3.29) ni a su sentido o espíritu (*qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*: idem), ya que se trata de una norma sancionadora de un acto societario distinto del acuerdo de ampliación: el consistente en adquirir la sociedad onerosamente sus propias acciones sin cumplir determinados requisitos.

II. Y tampoco cabe considerar la ampliación como un supuesto de fraude de Ley, aunque hubiera podido ser voluntad de quienes la acordaron eludir el art. 75.2.º (el fraude de Ley se produce objetivamente y la intención de los ejecutores del rodeo no cuenta para apreciar su existencia —Sentencias de 20 de mayo de 1988 y 21 de julio de 1993— o inexistencia), ya que el resultado efectivamente producido con el acuerdo no está prohibido por el ordenamiento ni es contrario a él, como exige el art. 6.4 del

Código Civil. En efecto la sociedad demandada no eludió con la ampliación de su capital, aunque lo hubiera querido, las sanciones establecidas en el art. 76.1 para el caso de no cumplir el requisito exigido en el art. 75.2, ya que el mismo no concurría en el momento de la adquisición de las acciones, lo que según este último precepto, debidamente interpretado, era necesario.

En conclusión, la superación del límite de autocartera ha estado siempre sometida a sus normas específicas y la ampliación de capital no ha podido interferir en la directa aplicación de las mismas. Las posibilidades de accionar en el sentido previsto en el art. 76.1 estuvieron siempre abiertas para los legitimados.

Cuarto.—Procede imponer a la recurrente las costas, en aplicación del art. 1.715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

COMENTARIO

SUMARIO

I. RESUMEN.

II. RESEÑA DEL CASO “IASA Y RIBERTRANSA”.

1. Antecedentes.

2. Núcleo de la controversia privada y judicial.

III. COMENTARIO.

1. La STS 889/2004 y su significación en el estado general de la dogmática judicial y científica sobre acciones propias.

2. El negocio de adquisición de acciones propias, contraviniendo el porcentaje del 10%

- A) Polémica privada y judicial respecto de la validez del negocio.
- B) La validez del negocio de adquisición de acciones propias por IASA.

3. Ampliación de capital subsiguiente y dilución de la autocarera excedente.

- A) Posiciones respecto de la nulidad-validez del acuerdo de aumento de la cifra de capital.
- B) Validez de la ampliación de capital y su función exonerativa respecto de la obligación de desprenderse de las acciones debida por IASA.

IV. CONCLUSIÓN.

I. RESUMEN

El caso de las sociedades de transporte, “IASA y Ribertransa”, trasciende al incumplimiento del límite legal del 10% para las acciones propias en el negocio de adquisición realizado por “IASA” y posterior acuerdo de ampliación de capital, determinante de la reducción del porcentaje al margen legal autorizado.

Atendiendo a los hechos declarados por el Supremo ⁽¹⁾, la Sentencia acierta con la declaración de validez de ambos negocios y la irrelevancia de la finalidad

(1) Con esta idea se indican los límites del presente comentario; en cuyo supuesto de hecho se advierten algunas de las disfuncionalidades del modelo legislativo en la realidad empresarial de anónimas. Entre las más frecuentes: sustitución del Acuerdo previo y puntual de la Junta General a la adquisición de acciones propias y recíprocas por su ratificación posterior o por un Acuerdo general de delegación a los administradores; la tendencia a consolidar situaciones de autocarera por encima de los límites autorizados o parecidas que permiten mantener el control respecto de los votos tras el supuesto cumplimiento de la obligación de desprenderse a los límites autorizados. Estas ideas pueden verse desarrolladas en distintos trabajos de quien suscribe este Comentario y sintetizadas recientemente en el examen sistemático de toda la disciplina, que se publicará bajo el título *Acciones propias y recíprocas*.

Pues bien, la consolidación de la autocarera señalada es similar a la que se debate en el caso IASA-Ribertransa, pero cuya insuficiente información en la Sentencia que se comenta; impide adentrarse en el interior de la operación realizada por IASA verificar asimismo la relación concreta entre las dos sociedades y, a partir de estos presupuestos, realizar un planteamiento con mayor rigor científico y solidez jurídica.

elusiva de la ampliación de capital respecto de la obligación de enajenación. También encuentra apoyo su fundamentación en la disciplina reguladora de las acciones propias y recíprocas, dispuesta en los arts. 74 a 89 del TRLSA; en coherencia con el Derecho armonizado de las acciones propias por la II Directiva de Sociedades (77/91/CEE) y extendido a las participaciones recíprocas de control por la 92/101/CEE⁽²⁾ o, disciplina que se flexibiliza en la Directiva proyectada.

II. RESEÑA DEL CASO “IASA Y RIBERTRANSA”

1. Antecedentes

Conforme al tenor de la STS, la Compañía Mercantil “Rutas Iberoalemanas de Transportes, SA” (Ribertransa) interpuso demanda de juicio ordinario de menor cuantía contra la Compañía Mercantil “Internacional de Autocares” (IASA), sobre “impugnación de acuerdos sociales en reclamación de cantidad” y en la que solicitaba la “declaración de nulidad de los referidos acuerdos” (Antecedentes de Derecho, primer párrafo).

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, de 1 de enero de 1996, estimó la demanda, y “declarando nulo el acuerdo tomado en la junta extraordinaria de accionistas de la entidad demandada (...) celebrada el 6 de noviembre

(2) La posición de la Directiva se flexibiliza en la Propuesta del Parlamento y del Consejo, de septiembre de 2004 [Doc. COM (2004), de 21 de septiembre de 2004]. La “mayor amplitud del poder de los administradores” tiene su contrapartida en la “reducción del reconocido a la Junta General”, al tiempo que disminuye el mínimo imperativo de la actual Directiva. Ciñéndonos al centro de la controversia, frente al carácter reglado actual, se proyecta reconocer a los Estados miembros la facultad de limitar el importe de la autocartera al diez por ciento [art. 19.1.a) y último párrafo].

En este sentido, la redacción propuesta como contenido del Acuerdo de autorización de la Junta General para la adquisición de acciones propias dice: “a.) La autorización deberá darla la asamblea general, que fijará los términos y condiciones de estas adquisiciones, y en particular el número máximo de acciones que podrán adquirirse, la duración del plazo por el que se concede la autorización, y que no puede exceder de cinco años, y en caso de adquisición a título oneroso, los contravalores máximos y mínimos. Los miembros de los órganos de administración o de dirección deberán controlar que, en el momento de cualquier adquisición autorizada, se respeten las condiciones indicadas en las letras b), c) y d) (...) Los *Estados miembros* podrán someter también las adquisiciones (...) a la condición de que el valor nominal o, a falta de valor nominal, el par contable de las acciones adquiridas, (...), *no podrá superar el 10 por ciento del capital suscrito.*”

De esta manera quedaría derogado el actual art. 19.1.a) y b), en los que el límite máximo autorizado por la Junta General para la adquisición derivativa de acciones propias es del “10 por ciento del capital suscrito”.

de 1992 en sus puntos primero y segundo, todo ello imponiendo a la demandada el pago de las costas causadas en la presente instancia de este procedimiento” (Antecedentes de Derecho, segundo párrafo).

Sustanciada la apelación, la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia el 8 de abril de 1998 —AC 1998\787—, estimando el recurso y absolviendo a la demandada de las peticiones contenidas en el escrito de demanda, con “expresa imposición a la actora de las costas de la primera instancia, sin que existan motivos que justifiquen un especial pronunciamiento respecto de las de la alzada” (Antecedentes de Derecho, tercer párrafo). Presentado el recurso de casación, el Supremo declaró no haber lugar al mismo, en su Sentencia de 28 de septiembre de 2004, en los términos y extremos que aquí examinamos.

El caso “Ribertransa e IASA” se refiere a la incidencia negocial por incumplimiento del límite autorizado a la sociedad para adquirir sus propias acciones y su posterior influencia en la ampliación de capital que se realizó por la sociedad incumplidora, supuestamente para evitar desprenderse de las acciones excedentes e impuesta por el art. 76.1 del TRLSA. La polémica privada y judicial constituye el objeto de estas páginas. Del análisis se excluyen otras materias o aspectos que parecen probados, no controvertidos o no trascendieron a la casación. Así sucede con el incumplimiento de la exigencia de no superar el límite del diez por ciento por la sociedad al adquirir sus propias acciones (art. 75.2.º), pues en el caso “Ribertransa e IASA” resulta indiscutido y probado en Primera Instancia⁽³⁾. Con el acuerdo de autorización para la adquisición de acciones propias, cuya impugnabilidad se rechazó por la “falta de legitimación

(3) En la Sentencia del Supremo se indica que mediante la adquisición derivativa de sus propias acciones “Internacional de Autocares, S.A.” superó el límite legal del 10 por ciento impuesto por el mencionado precepto, a través de la “adquisición onerosa (...) de mil trescientas veinte de sus propias acciones”, hecho declarado como cierto en la instancia y no discutido en el recurso (...) primero, tercer párrafo). De este modo se admite por la demandante, “Ribertransa”, cuando impugna el acuerdo de autorización del negocio de adquisición (según se expone en el párrafo quinto del Primero), porque la posterior ampliación de la cifra de capital sólo se dirigió a eludir la obligación de desprenderse de las acciones excedentes prevista en el art. 76.1; debiéndose por ello considerar un acto en fraude de ley (FD primero, párrafo sexto). De manera similar se sustenta en las sentencias de instancias al indicar la infracción del 75.2.º (FD primero, párrafo sexto, respecto de la del Juzgado de Primera Instancia) o la aplicación de la obligación de desprenderse de las acciones si al año de su adquisición la autocartera excedía del diez por ciento del capital social (en el caso de la emitida por la Audiencia Provincial, FD primero, párrafo séptimo). Idea en la que insiste el Supremo al indicar, que “el art. 75.2.º exige que la adquisición derivativa no supere un volumen máximo (...) lo que se sanciona mediante la enajenación de las acciones adquiridas y, a falta de ella, su amortización con reducción de capital” (FD segundo, segundo párrafo).

del demandante”, requerida en el art. 117.2⁽⁴⁾, si bien hay que recordar que “el Acuerdo de autorización previa de la Junta para la adquisición de acciones no supone un límite legal al poder de representación en sentido técnico, pues su incumplimiento no se reconduce a la nulidad o ineficacia del Acto de adquisición (ni tan siquiera su oponibilidad al tercero de mala fe), sino que simplemente implica la obligación de desprenderse de las acciones en el plazo de un año (art. 76.1) y la eventual responsabilidad interna de los administradores que infringieron el art. 75.1”⁽⁵⁾. O, finalmente, con la relevancia que en la validez del acuerdo de ampliación de capital hubiera producido la “esencialidad” de los votos de las acciones en suspenso para su adopción y, por ello, determinante de su nulidad⁽⁶⁾.

2. Núcleo de la controversia privada judicial

El núcleo de la polémica privada y judicial lo determina la trascendencia del incumplimiento en el límite del diez por ciento autorizado para las acciones propias en el negocio de adquisición realizado por IASA y posterior acuerdo de ampliación de capital, del que derivó el restablecimiento de la licitud de la autocartera por reducirse el porcentaje por debajo del diez por ciento.

(4) De los hechos enunciados en la Sentencia del Supremo se advierte que la demandante instó primeramente una acción dirigida a impugnar el Acuerdo de la Junta General, autorizando la adquisición de acciones propias por encima del límite autorizado. La pretensión procesal fue desestimada por “falta de legitimación del demandante”, requerida en el art. 117.2 (FD segundo, quinto párrafo).

(5) De esta manera se señala en los comentarios al art. 75 “Caracterización y alcance, de la Autorización de la Junta General”, recogidos en FLORES DOÑA, M.^a S., *Acciones propias y recíprocas*, cit.

(6) En efecto, la incidencia de la suspensión de los derechos de votos correspondientes a las acciones propias mientras estén en posesión de la sociedad (según el art. 79.1.^a) en la impugnabilidad de un Acuerdo social (en nuestro caso, el de ampliación de capital) deben separarse los incumplimientos “intrascendentes” y los “relevantes”. Los primeros referidos a los que no comportarían en sí mismos causa de nulidad o anulabilidad del Acuerdo social, porque en ellos no resultan claramente identificados los presupuestos normativos exigidos en el art. 115.1 y 2. Los incumplimientos relevantes serían los demás ... (Es reseña de la visión más amplia y directrices orientativas sugeridas en el capítulo III, número V.2 “La suspensión de los derechos administrativos”, de la monografía FLORES DOÑA, M.^a S., *Participaciones recíprocas entre sociedades de capital*, RdS, 11, Pamplona, 1998, págs. 405-417, en relación con las págs. 321-337, con especial atención a la “Impugnabilidad de los acuerdos adoptados con el concurso de las participaciones que tienen en suspenso el ejercicio de sus derechos de voto”, en las páginas 529 a 535. Y más recientemente en los comentarios al art. 79 en la monografía *Acciones propias y recíprocas*). La relevancia esencial de los derechos de votos en suspenso para la nulidad del acuerdo adoptado encuentra igualmente su fundamento en la STS de 19 de diciembre de 2001, que vino a declarar: “la contravención de la suspensión, podría significar la nulidad del Acuerdo adoptado con el concurso de las acciones” —RJ 2001\1.650—.

Frente a la posición defendida por la demandante Ribertransa y en Primera Instancia, la Audiencia Provincial y el Supremo adoptaron una posición común y declarativa de la validez de los actos realizados por IASA (el de adquisición derivativa de acciones por cuantía superior al límite legal del 10% autorizado y el de ampliación de capital), con la consiguiente exoneración implícita de su obligación de desprenderse de las acciones.

En rigor científico, la solución de la controversia en torno a la validez o no del acuerdo de ampliación del capital posterior a una adquisición onerosa y derivativa de acciones propias por encima del límite del 10% autorizado legalmente requiere partir de la significación, alcance y fundamentación que dicho incumplimiento presenta en la disciplina reguladora de las acciones propias y de la sociedad dominante. Sólo entonces podrá apreciarse la incidencia que dicho incumplimiento pudiera tener en el “Acuerdo de ampliación de capital” posteriormente adoptado y que significó la desaparición de la situación de ilicitud de acciones propias existentes hasta ese momento. No obstante, el discurso del Supremo nos dispensa de parte de la labor metodológica, porque el incumplimiento de la exigencia de no superar el diez por ciento de acciones propias fue hecho indiscutido y declarado en primera instancia (FD primero, tercer párrafo de la STS).

III. COMENTARIO

1. La STS 889/2004 y su significación en el estado general de la dogmática judicial y científica sobre acciones propias

La polémica entre “Internacional de Autocares, S.A” (IASA) y “Rutas Iberoalemanas de Transportes, S.A.” (Ribertansa) se suma al ya elevado número de controversias sobre acciones propias y recíprocas, atendidas en Resoluciones judiciales y administrativas⁽⁷⁾. En muchos casos, estas desavenencias

⁽⁷⁾ La polémica judicial y administrativa (Tribunales en sus distintas instancias, CNMV y DGRN) en materia de autocartera y reciprocidad ha girado en las siguientes cuestiones: a) existencia o no de una operación de autocartera —SAP, Madrid (S. 10), de 28 de marzo de 1998; RJ 1998\7098—; b) extensión de la disciplina a las sociedades de inversión mobiliaria —SAN, de 16 de abril de 1998—; c) alcance de lesión al interés social de un Acuerdo de la Junta General, de adquisición derivativa de acciones lesivo al interés social —STS, de 10 de julio de 1997; RJ 1997\5823—; d) la necesidad de respetar el principio de paridad de trato de los accionistas en todas las operaciones de autocartera (RDGRN, de 9 de enero de 1998 —RJ 1998\270); e) la problemática en torno al juego y alcance de la relación de dominio —STS, de 27 de mayo de 2002; RJ 2001\541—; f) la controversia respecto a la suspensión de los derechos en la Junta General (STS, 19 de diciembre de 2001; RJ 2001\1650); f) la relacionada con la prohibición de asistencia financiera para adquirir acciones —STS, de 28 de mayo de 2001; RJ 2001\3436 y sus numerosas precedentes de Instancias—).

derivan de la difícil comprensión de esta compleja disciplina; en otros, se favorecen por las incoherencias e insuficiencias de técnica legislativa en que ha incurrido nuestro legislador. Pero al margen de su causa lo cierto es que la relativa litigiosidad del temario multiplica la polémica y favorece la impunidad de maniobras por los administradores de las sociedades anónimas respecto de la adquisición-distribución de acciones entre las personas cercanas a su círculo de poder⁽⁸⁾. Si algo de esto último hubo por los administradores de IASA con la operación de “adquisición de acciones propias y subsiguiente ampliación de capital” a través de la cual se diluyó la cuota de poder de Ribertransa es algo que desconocemos, pues en la Sentencia del Supremo sólo existen referencias “a la presunta finalidad elusiva de la obligación de desprenderse de las acciones”, esgrimida por el demandante y admitida por el Juzgado de Primera Instancia. Y desde la perspectiva de su análisis teórico jurídico debe reiterarse que dichas referencias son insuficientes para descubrir toda la operación discutida y realizar una propuesta alternativa más sólida que la que se defiende en estas páginas. Es más, el carácter difuso de los hechos esgrimidos por la demandante Ribertransa y la debilidad de la fundamentación de su posición en la polémica doctrina del fraude de ley, no sólo fueron claramente insuficientes para destruir la licitud de la operación de adquisición derivativa de acciones y aumento de la cifra de capital, sino que fortalecen la posición del Supremo, compartida en este Comentario, aunque se discrepe en algunas de sus fundamentaciones o del discurso falto de rigor y sistematización expositiva.

(8) Es síntesis de las ideas desarrolladas en libros y aportaciones anteriores, como las ya reseñadas. En la monografía actualmente en prensa sobre *Acciones propias y recíprocas* se indica que la solución de algunos problemas se presenta difícil al intérprete; en unos casos, la decisión podría fundamentarse en la interpretación sistemática, de carácter teleológico-sociológica, admitida para el Derecho privado de anónimas por el art. 3.1 del CC; en otros, resultan insuficientes las normas sobre interpretación jurídica, requiriéndose de una reforma legislativa, tal y como acontece con la necesidad de dotar a toda la sección cuarta de un sistema coordinado, formal y sustancialmente. Y, en todo caso, las soluciones no están exentas de polémica en los supuestos conocidos por las autoridades judicial y administrativa, a la que se suma la STS que estamos examinando.

Esta “Falta de armonía que perturba la seguridad jurídica que ha de presidir el Derecho, al tiempo que cuestiona la efectividad del régimen de las participaciones entre sociedades. Polémica que favorece todo tipo de maniobras a los administradores de las sociedades anónimas respecto de la adquisición-distribución de las acciones y el precio de su cotización, con las consabidas consecuencias negativas sobre el patrimonio de quienes soportan el riesgo patrimonial de la operación: accionistas-pequeños inversores y la propia sociedad; maniobras que pueden entrecerarse con la lectura atenta de los hechos y argumentaciones reflejadas en muchas de los casos enjuiciados por los Tribunales y cuya ‘prueba directa’ de los hechos y preceptos infringidos resulta prácticamente imposible por los perjudicados” (Las palabras entre comillas reproducen lo que se manifiesta en *Acciones propias y recíprocas*, epígrafe “Luces y sombras del Derecho vigente”, en la “Introducción” al trabajo).

2. El negocio de adquisición de acciones propias, contraviniendo el porcentaje del 10%.

Las partes y las sentencias emitidas divergen respecto del alcance del incumplimiento porcentual en el negocio de adquisición realizado por IASA, así como respecto de los planteamientos y argumentos que sirvieron para fundamentar sus posiciones.

A) Polémica privada y judicial respecto de la validez del negocio

De los Fundamentos de Derecho que sustentan la Sentencia del Supremo se desprende que, de modo implícito o explícito, la demandante Ribertransa y la Audiencia Provincial se mostraron partidarias de la nulidad del negocio de adquisición, mientras que el Supremo se inclinó por su validez. En efecto, para la demandante, se infringieron los “requisitos precisos para que la sociedad pueda adquirir derivativamente sus propias acciones de un modo válido”; entre los que se encuentra “la exigencia del art. 75.2.º (...) que el valor nominal de las adquiridas, sumado al de las poseídas por ella y sus filiales, no exceda del diez por ciento del capital social” (FD primero, segundo párrafo). Y una posición similar se adoptó en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia al declarar la nulidad del acuerdo de ampliación de capital posterior a la adquisición de acciones propias, porque su finalidad fue la de eludir la obligación de desprenderse de las acciones no autorizadas (e impuesta en el art. 76.1) (FD primero, sexto párrafo).

En cambio, el Supremo resolvió el recurso de casación, declarando la validez del negocio adquisitivo al señalar que “el art. 75.2.º exige que la adquisición derivativa no supere un volumen máximo”, que en caso de “superación de ese límite” se disponen “unas medidas (...), que presuponen la validez y eficacia de la adquisición (...)” (FD segundo, último párrafo).

B) La validez del negocio de adquisición de acciones propias por IASA

La naturaleza negocial-societaria de la operación en la que estaban implicadas IASA y Ribertransa refuerza el doble perfil con que deben examinarse estos casos, en los que la posible licitud o impugnabilidad de la operación o de algunos de los actos o negocios que la integran puede derivarse (básicamente en nuestro caso, Acuerdos de la Junta General y negocio de adquisición-venta acciones...), no sólo de la observancia o incumplimiento de las restricciones impuestas en el Derecho de sociedades (en el caso objeto de examen, el art. 76, en relación con el 75), sino también de operaciones ilícitas bajo la teoría general de los negocios jurídicos, pero válidas conforme a la disciplina societaria, como acontece en IASA-Ribertansa.

Bajo este perfil intersectorial, el Supremo acierta en manifestarse a favor de la validez del negocio. En este sentido puede indicarse que la regla general de

validez del negocio realizado superando los límites autorizados para las adquisiciones derivativas (artículo 75 TRLSA) resulta de la obligación de desprenderse de las *acciones adquiridas en contravención (...)* de los tres primeros números del art. 75 (art. 76.1 del TRLSA) ⁽⁹⁾. Fundamento que no se desvirtúa en el caso debatido, en el que IASA no se desprendió de las acciones excedentes en el plazo que disponía para ello, porque en ese tiempo irrumpió una causa que la exoneraba de su cumplimiento y representada por la reducción del porcentaje por debajo del 10%, a raíz de la ampliación de la cifra de capital social. La validez del negocio de adquisición tiene su apoyo comparado predominante y se impone desde la primitiva redacción original de la II Directiva de sociedades (77/91/CE).

La validez general del negocio de adquisición no autorizado es coherente con los principios societarios y de economía empresarial que fundamentan la disciplina actual de la autocartera/reciprocidad. En este plano de ideas, el caso IASA se sitúa en la *praxis* societaria, dominada por operaciones de autocartera (y de reciprocidad) derivadas o realizadas en conexión con un negocio o conjunto de negocios, de difícil ordenación y entendimiento en el plano aislado del Derecho de Obligaciones y Contratos ⁽¹⁰⁾. En este sentido, la nulidad radical del negocio realizado por IASA y postulado por la demandante Ribertransa o por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia reseñada en la del Supremo carece de fundamento en el seno de la disciplina de la autocartera y resulta desproporcionada en el caso enjuiciado, porque el juego de las medidas

⁽⁹⁾ La *nulidad del negocio de adquisición de acciones* sólo se determina si la operación recae en acciones *no liberadas* (art. 76.2) y cuya inspiración directa devino de la propuesta introducida al entonces Anteproyecto de 1987 (art. 47.11.III) por entender que “sólo a través de la invalidez se puede impedir el resultado que la norma trata de prevenir”.

La posición partidaria de la nulidad sólo tiene sentido histórico, careciendo actualmente de su razón de ser y separándose de la orientación dominante comparada y comunitaria [art. 20.2 de la II Directiva de Sociedades; art. 2.359 CC italiano; art. 71.c) de la AktG]. En el modelo actual, la primitiva “nulidad” se transformó en la “validez” de los negocios realizados contra las restricciones legales, acompañándose de medidas patrimoniales subsanatorias, como sucede con las obligaciones de desembolso o la de enajenación.

⁽¹⁰⁾ “El tratamiento de los múltiples actos y negocios a través de los cuales las sociedades anónimas llegan a resultados similares a los no autorizados en la disciplina sobre acciones propias...” ha de buscarse para FLORES DOÑA, M.^a S. “en la teoría general de los negocios jurídicos (...), en conexión con la disciplina de la autocartera y reciprocidad...” Y sólo entonces verificar el supuesto concreto... “situación de acciones propias acompañada de aumento de capital” y proceder a su calificación de “indirecto”, “simulado” o “fraude de ley”; conforme a los cuales se determinará la validez o el grado de ineficacia del negocio o acto realizado...” (Es síntesis de la posición mantenida en diversos trabajos y en el último de *Acciones propias y recíprocas*). Y en este marco de ideas, el caso IASA-Ribertransa podría calificarse de un “negocio indirecto, lícito y válido, porque es ésta la calificación correspondiente al negocio de adquisición de acciones por encima del límite del diez por ciento...”

impuestas en la disciplina y cuya inobservancia no se denunció en ningún momento excluyeron los eventuales riesgos del excedente de acciones propias adquiridas. De un lado, las de índole patrimonial y de carácter previo al negocio, porque se trataba de acciones íntegramente liberadas (*ex* artículo 75.4.º). De otro, las de índole administrativo, porque las acciones tenían en suspenso el ejercicio de sus derechos de votos cuando se aprobó la ampliación de capital (*ex* artículo 79.1.ª). Por ello, la nulidad absoluta de la adquisición pretendida por Ribertransa y declarada en Primera Instancia hubiera sido desacertada, al tiempo que hubiera significado la nulidad de la ampliación del capital, sustrayendo a IASA la eventual función de “autofinanciación interna” que le proporcionaba la ampliación de capital, al tiempo que su exoneración de desprenderse de las acciones excedentes, debido a su desaparición tras el aumento de capital. Efectos muy lejos de la “gravedad de la infracción” y de los “perjuicios” que la validez de la adquisición pudo ocasionar a Ribertransa, mediante la “dilución de su cuota de poder social” tras la ampliación de la cifra de capital social por IASA y cuya efectividad se desconoce en el caso, porque en ningún momento se indica cuál era la relación entre Ribertransa e IASA (social, deudor-acreedor, de competencia), según se viene reiterando.

La validez del negocio de adquisición ilícito también es consecuente con la tendencia privatista del abandono progresivo de las nulidades en el campo de los negocios jurídicos y del Derecho de sociedades, a favor de la validez acompañada de medidas alternativas, que impiden o solventan la consecución del resultado prohibido por la norma; en nuestro caso, representada por las medidas de “suspensión de los derechos de votos” (art. 79 TRLSA) y la obligación de “desprenderse de las acciones excedentes del límite legal permitido” (artículo 76.1 TRLSA). Posición acogida desde hace tiempo en el Derecho de anónimas, con significación y técnicas diversas (entre ellas, las alternativas para subsanar incumplimientos de algún elemento esencial del negocio fundacional —nulidad de la sociedad, como causa de disolución de la sociedad..., arts. 34 y 35 TRLSA—; o para lograr la estabilidad funcional de la sociedad —como acontece— con la convalidación de los acuerdos anulables de la Junta General y que el legislador los denomina impropriadamente “nulos” en los arts. 115.3 y 116 del TRLSA). Postura también cosolidada en el ámbito civil por el Tribunal Supremo y defendida desde hace tiempo por la doctrina⁽¹¹⁾.

(11) La contravención de los preceptos imperativos como causa de nulidad absoluta se restringe paulatinamente, simultaneándose la tendencia “restrictiva de la nulidad y expansiva de la anulabilidad” por requerirlo así la “valoración del interés cuya tutela justifica cada supuesto de ineficacia”. Y en este plano “... a la tutela del interés privado y disponible se amolda más una forma de ineficacia de los actos que le sean lesivos, relativa y sanable” [GORDILLO, A.: “Nulidad, anulabilidad e inexistencia (el sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda Codificación)”, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Madrid, 1990, pág. 983].

3. Ampliación de capital subsiguiente y dilución de la autocartera excedente

Con planteamientos y fundamentos diversos, las partes y las instancias judiciales relacionan la operación de adquisición de acciones y subsiguiente ampliación de capital para sostener la nulidad del acuerdo de modificación estatutaria o su validez.

A) Posiciones respecto de la nulidad-validez del acuerdo de aumento de la cifra de capital

Compartiendo la opinión de la demandante Ribertransa, el Juzgado de Primera Instancia declaró la “nulidad del acuerdo” de ampliación de capital, adoptado por “la junta extraordinaria de accionistas de la entidad demandada celebrada el 6 de noviembre de 1992” (AD, tercer párrafo), porque con la ampliación “la sociedad demandada había intentado, (...) eludir el art. 76.1, que establece los únicos actos que debe y puede realizar tras haber infringido lo dispuesto en el art. 75.2.º” (FD primero, párrafo sexto). Por consiguiente la ampliación de capital ha de considerarse realizada en fraude de ley (conforme al art. 6, apartados 3 y 4 CC) para así reducir artificialmente el porcentaje de autocartera de la demandada (FD primero, párrafo octavo).

Sin embargo, la validez del acuerdo de ampliación se sostuvo por la Audiencia Provincial, para quien fue “conforme a Derecho” (FD primero, séptimo párrafo) y, con mejor fundamentación por la Sentencia del Supremo al considerar, que el “acuerdo impugnado...” no constituye un acto *contra legem* (art. 6.3 del Código Civil...),⁽¹²⁾ ni una modalidad *in fraudem legis agere* (art. 6.4 del Código Civil)⁽¹³⁾.

(12) Conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo, la ampliación de capital no constituye un acto *contra legem*. “La ampliación de capital, aunque se hubiera acordado con el propósito de cumplir *ex post* el requisito del art. 75.2.º, no infringe el art. 76.1, en contra de lo que afirma la recurrente. No lo hace a su literalidad (*contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet*) ni a su sentido o espíritu (*qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*), ya que se trata de una norma sancionadora de un acto societario distinto del acuerdo de ampliación: el consistente en adquirir la sociedad onerosamente sus propias acciones sin cumplir determinados requisitos” (FD tercero, segundo párrafo).

(13) “Y tampoco cabe considerar la ampliación como un supuesto de fraude de Ley, aunque hubiera podido ser voluntad de quienes la acordaron eludir el art. 75.2.º [el fraude de ley se produce objetivamente y la intención de los ejecutores del rodeo no cuenta para apreciar su existencia —Sentencias de 20 de mayo de 1988 (RJ 1988\4323) y 21 de julio de 1993 (RJ 1993\6106) o inexistencia], ya que el resultado efectivamente producido con el acuerdo no está prohibido por el ordenamiento ni es contrario a él, como exige el art. 6.4 del Código Civil.

B) Validez de la ampliación de capital y su función exonerativa respecto de la obligación de desprenderse de las acciones debida por IASA

La validez de la ampliación de capital y su función exonerativa de la obligación de desprenderse de las acciones por IASA resulta de los hechos expuestos por el Supremo. También guarda coherencia en el marco de relaciones de los Sectores del Derecho de Sociedades y negocial en que se incardina la problemática que se trata en estos momentos.

En este plano de ideas, la nulidad propugnada por Ribertransa y defendida en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia es consecuente con la nulidad del negocio de adquisición que ambos sostuvieron en relación al caso. Sin embargo dicha posición es equivocada y carente de fundamentación, porque la nulidad del Acuerdo de impugnación del aumento de la cifra de capital sobre la exclusiva referencia a la finalidad “elusiva” de la obligación de desprenderse de las acciones adquiridas carece de fundamentación. Primordialmente, porque el incumplimiento de una adquisición de acciones propias por encima del límite cuantitativo máximo en ningún caso conlleva la nulidad del negocio de adquisición, sino sólo la obligación de desprenderse de las acciones cuyo importe exceda del límite del 10 y, mientras tanto, se suspende el ejercicio de sus derechos, según se ha reseñado (sin olvidar la responsabilidad por incumplimiento). Ello significa que la pretensión de nulidad del Acuerdo de ampliación de capital sólo hubiera sido posible apoyarla, si en la adopción fue esencial computar los derechos de votos correspondientes a las acciones propias, y que, por imperativo legal, lo impedía la suspensión contemplada en el art. 79; o que se hubieran sorteado otros mecanismos de protección dispuestos en los preceptos reguladores del aumento de capital. Extremos que, al silenciarse en la STS, autorizan a presuponer que no existió en el aumento de capital acordado por IASA. E idéntica conclusión cabe reseñar respecto de la eventual violación de otras medidas consustanciales a la ampliación de capital y susceptibles de impugnación del acuerdo (privación del derecho de suscripción a Ribertransa u otros accionistas).

En cambio debe compartirse la validez del Acuerdo de aumento de la cifra de capital social y de la ejecución normal de este último, defendida por la Audiencia Provincial y por el Supremo, porque esta conclusión es la que deriva de la comentada regla general de validez del negocio de adquisición, ya indicada. También se encuentra implícita en el silencio apuntado, en relación con la

En efecto, la sociedad demandada no eludió con la ampliación de su capital, aunque lo hubiera querido, las sanciones establecidas en el art. 76.1 para el caso de no cumplir el requisito exigido en el art. 75.2, ya que el mismo no concurría en el momento de la adquisición de las acciones, lo que según este último precepto, debidamente interpretado, era necesario.”

adopción del Acuerdo de aumento de capital con algún tipo de infracción causante de su nulidad (conurrencia esencial de los votos para su adopción; exclusión o privación del derecho de suscripción preferente, entre ellos). Por ello, aun cuando la finalidad de la ampliación de capital se dirigiera, directa o indirectamente, a impedir desprenderse de las acciones propias, la licitud de aquélla explica la función de la ampliación de capital en el caso IASA-Ribertransa, a modo de causa exonerativa de la obligación de enajenar las acciones debida hasta ese momento por IASA. De este modo se advierte la incorrección de la función “subsanaadora de la ampliación” señalada por la Audiencia Provincial para desestimar el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, estimatoria de la demanda de nulidad del negocio de adquisición de acciones propias y sucesivo Acuerdo de ampliación de capital (FD segundo, párrafo séptimo).

Inexistencia pues del cumplimiento de la obligación de desprenderse de las acciones en el caso resuelto por el Tribunal Supremo, determinante de excluir su examen en este Comentario a la reseña realizada en nota ⁽¹⁴⁾.

(14) Como bien declara el Supremo y se indicó al principio del comentario, la sanción contemplada en el art. 76.1 para la inobservancia del límite máximo autorizado de acciones propias en el art. 75.2.º no es la “nulidad del negocio adquisitivo..., sino la enajenación de las acciones adquiridas y, a falta de ella, su amortización con reducción de capital” (FD segundo, último párrafo).

Hay que reiterar que el legislador español ha seguido la pauta predominante de desprenderse de las acciones adquiridas derivativamente, siempre que no hayan sido autorizadas previamente por la Junta General, la adquisición sea disconforme con el Acuerdo de autorización, que el importe de las acciones adquiridas supere el límite del 10% del capital social —o del 5%— si se trata de sociedad cotizada (art. 76.1, en relación con el 75.1 y 2).

Desde el punto de vista de la naturaleza jurídica, la de enajenación es una obligación en sentido técnico jurídico-privado, toda vez que su observancia en caso de incumplimiento puede instarse judicialmente por persona quien tenga un interés legítimo (art. 76.1, tercer párrafo). De igual modo, el carácter “sancionador” de la obligación de desprenderse de las acciones deriva de la interpretación del art. 76, coordinada con sus precedentes, así como de las cautelas de índole patrimonial dispuestas en el art. 75.3.º y 4.º (adquisiciones realizadas con cargo a cantidades disponibles y que recaigan en acciones íntegramente liberadas). Exigencias, a cuyo respecto el silencio del Supremo permite suponer que se cumplieron en la adquisición de acciones propias realizada por IASA, por lo que se advierte el desacierto del Supremo en el carácter neutralizador de la enajenación cuando declara la “validez y eficacia de la adquisición” por encima del 10%, junto con la imposición a la sociedad “de ciertos comportamientos dirigidos a neutralizar los peligros de la autocartera (la enajenación de las acciones...)” (FD segundo, último párrafo).

En modo alguno ha de entenderse que la obligación de desprenderse de las acciones impuesta en “el art. 76 sólo es aplicable si, al año de haber adquirido la sociedad sus propias acciones, el valor nominal de las mismas, unido al de las poseídas por ella y sus filiales, excede del diez por ciento del capital social”, tal y como se declaró por la Audiencia Provincial (FD primero, séptimo párrafo), sino más bien en el sentido declarado por el Supremo, de período de tiempo dentro del cual la sociedad ha de cumplir el deber de enajenación, al manifestar que la

IV. CONCLUSIÓN

La combinación de la autocartera con una ampliación de capital realizada por IASA se adiciona a la *praxis* societaria, de consolidación de situaciones de autocartera, que mediante su combinación con otros institutos societarios (modificación estatutaria y estructural; pagos de dividendos mediante acciones) derivan en el restablecimiento de una situación de acciones propias/recíprocas lícita.

La naturaleza negocial-societaria de la adquisición derivativa de acciones contemplada en el art. 75 TRLSA y cuya implicación en el caso “IASA-Ribertransa” se ilustra en el Comentario realizado, refuerza el doble perfil con que deben examinarse este tipo de operaciones, en las que la posible licitud o impugnabilidad de la operación puede derivarse, no sólo de su examen bajo la teoría general de los negocios jurídicos, sino también de la observancia o incumplimiento de las restricciones impuestas en el Derecho de sociedades (artículos 75 a 77). Bajo este doble perfil, la doctrina del fraude de ley postulada por la demandante, Ribertansa, y declarada por el Juzgado de Primera Instancia para declarar la nulidad del negocio de adquisición y aumento de capital resulta desacertada. En primer lugar, en cuanto a la operación de adquisición, la validez del “Acuerdo de autorización de la Junta General” y del “negocio de adquisición de acciones por un importe superior al 10%” deriva de la obligación de desprenderse dispuesta en la disciplina de anónimas (art. 76.1, en relación con el 75.2.º), en los términos indicados. En segundo lugar, en cuanto a la validez del Acuerdo de ampliación de capital y de su ejecución, ésta resulta implícita en el silencio del Supremo, respecto de alguna infracción causante de su nulidad (por ejemplo, concurrencia esencial de los votos correspondientes a las acciones propias para su adopción; privación del derecho de suscripción preferente, sin las correspondientes medidas alternativas).

Los hechos y fundamentos expuestos en la STS 889/2004 permiten afirmar que IASA no incumplió su obligación de desprenderse de las acciones excedentes, puesto que para ello disponía del plazo legal de un año (art. 76.1) y, en ese lapso de tiempo, concurrió una “causa exonerativa” de su obligación, en la medida en que la ampliación de la cifra de capital supuso la reducción del porcentaje de acciones propias al límite autorizado del 10% por el artículo 75.

“... imposición a la sociedad del deber de ejecutar, en determinado tiempo ... la enajenación de las acciones adquiridas y, a falta de ella, su amortización con reducción de capital)” (FD segundo, último párrafo). En efecto, la obligación que incumbía a IASA tenía que cumplirse en el *plazo máximo de un año a contar desde la fecha de la primera adquisición* (art. 76.1, primer párrafo), es decir, dentro del año siguiente al día en que se produjo la infracción normativa (por ejemplo, se concluyó el negocio de adquisición de acciones determinante de la situación excedente no autorizada).

De este modo, la función exonerativa de la ampliación de capital respecto de la obligación de desprenderse de las acciones debida por IASA potencia las funciones empresariales de la autocartera, realizada a través de la operación económica integrada por el conjunto negocial de “adquisición de acciones propias y sucesiva ampliación de la cifra de capital social”.

El enriquecimiento de la *praxis* societaria de la autocartera se avecina también en el horizonte de la Eurozona, de aprobarse la Propuesta de modificación de II Directiva [COM (2004), de 29 de septiembre]. La nueva Propuesta se engloba en las medidas unionistas orientadas a la “simplificación y flexibilización del acervo comunitario” y dirigidas a “fomentar la eficiencia y la competitividad empresarial” (EM, 1 “Contexto de la Propuesta”).

S Se proyecta la redistribución de competencias comunitarias-estatales y orgánicas internas en materia de acciones propias/recíprocas. Así, la limitación cuantitativa del 10% pasa a ser competencia facultativa de los Estados miembros (artículo 19.1, último párrafo). De igual modo, se invierte la supremacía actual de la Junta General en materia de autocartera, pues al órgano administrativo le incumbirá “controlar que, en el momento de cualquier adquisición autorizada, se respeten las cautelas patrimoniales y de igualdad de trato impuestas en la nueva redacción del art. 19.1 b) a c)”. Sin olvidar la nueva posibilidad de conceder préstamos y garantías a “administradores para adquirir acciones” (art. 23 *ter*), ni la mayor apertura del régimen de OPAs con las “compras y ventas forzosas” [tanto directamente en la Directiva de OPAS, 2004/25/CE, como indirectamente, en la Propuesta de modificación de la II de Sociedades —Arts. 19.1.d); 29,5 bis, 39 bis, entre otros—].

S Estas innovaciones aspiran alcanzar la “mayor eficiencia y competitividad empresarial”. Pero, al mismo tiempo, el examen atento de la realidad empresarial sobre acciones propias y recíprocas en el siglo XX permite vaticinar que las medidas proyectadas incrementarán la “competencia legislativa entre los Estados miembros” y contribuirán a la “autonomía de los administradores” respecto de la Junta General.

NOTICIAS

1. NOVEDADES EN LA REGULACIÓN DEL BANCO CENTRAL EUROPEO

Se ha publicado la *Decisión del Banco Central Europeo, de 17 de junio de 2004, por la que se adopta el Reglamento Interno del Consejo General del Banco Central Europeo* (DOUE L 230, de 30 de junio de 2004). En virtud de la misma se sustituye el previo Reglamento Interno, aprobado el 1 de septiembre de 1998, habiendo entrado en vigor el nuevo con fecha 1 de julio de 2004.

Comprende once artículos, repartidos en cuatro capítulos. El Capítulo Preliminar se remite para las definiciones contenidas en la norma al significado que contemple el Tratado CEE y los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) y del Banco Central Europeo (BCE). El Capítulo I se consagra al Consejo General, regulando el régimen de funcionamiento de sus reuniones, esto es, la fecha y el lugar de celebración (a convocatoria del Presidente o a instancia de tres de sus miembros), asistencia (restringida a los miembros del Consejo y un acompañante, al Presidente del Consejo de la UE y a un miembro de la Comisión de las Comunidades Europeas, actuando como secretario un empleado del BCE), votaciones (requiriéndose un quórum de dos tercios y mayoría simple) y organización de las reuniones (confección del orden del día y redacción y aprobación de las actas de las reuniones). El Capítulo II regula la participación del Consejo General del BCE en el SEBC, delimitando el régimen de las relaciones entre el Consejo General y el Consejo de Gobierno y entre el Consejo General y el Comité Ejecutivo, así como la posibilidad de solicitar estudios por parte de Comités del SEBC. Finalmente, el Capítulo III se dedica a las disposiciones específicas de procedimiento, regulando las normas relativas a los instrumentos jurídicos (decisiones, recomendaciones y dictámenes) y a la confidencialidad y régimen de acceso a los documentos del BCE, concluyendo con la disposición relativa a la vigencia del propio Reglamento.

Por otro lado, con la misma fecha se publicó la *Decisión del Banco Central Europeo de 3 de junio de 2004, relativa a las condiciones que rigen las investigaciones que la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude efectúe en el Banco Central Europeo en materia de lucha contra el fraude, la corrupción y toda actividad ilegal que vaya en detrimento de los intereses financieros de las Comunidades Europeas y por la que se modifican las condiciones de contratación del personal del Banco Central Europeo* (DOUE L 230, de 30 de junio de 2004). En virtud de la misma, se regula el régimen de colaboración del BCE con la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), imponiendo a los

miembros de los órganos rectores y empleados del BCE la obligación de colaborar con OLAF, debiendo informar sobre “indicios que les hagan suponer la existencia” de actividades ilegales (esto es, casos de fraude o corrupción, entre otros) en el seno de la institución. Asimismo, se regula el régimen de cooperación con OLAF respecto de información de especial trascendencia, estableciendo los supuestos en los que el Comité Ejecutivo puede acordar facilitar o no información cuyo conocimiento fuera del ámbito del BCE pudiera perjudicar el funcionamiento de éste. Existen igualmente disposiciones relativas a la ayuda del BCE en las investigaciones que realice OLAF, la obligación de informar a los interesados acerca de las investigaciones (cuando ello no las perjudique), la información sobre el archivo de la investigación, la renuncia a la inmunidad y la modificación de las condiciones de contratación del personal al servicio del BCE, que queda sujeto a las referidas obligaciones de colaboración.

En números anteriores de esta Revista, nos hemos referido al desarrollo normativo del BCE, en sus diversas vertientes (v., entre otras, *RDBB*, 74, pp. 239-241, y *RDBB*, 95, pp. 258-260).

Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro

2. NOVEDADES EN LA LEGISLACIÓN DE SEGUROS

1. Las relaciones crecientes entre la banca y los seguros

Una de las tendencias más importantes en el mercado financiero durante los últimos años es la integración entre los distintos sectores que lo componen (mercado bancario, de valores y de seguros). Esta integración se manifiesta tanto en forma estructural entre los intermediarios típicos de los tres sectores, obligando a adaptar las normas de control de la solvencia de los grupos transectoriales o conglomerados financieros (ver nuestra noticia en esta *RDBB* 90/2003, págs. 300 y ss. sobre “La supervisión de los conglomerados financieros en la Unión Europea: La Directiva 2002/87/CE”), como de forma funcional mediante productos y servicios que integran prestaciones típicas de los mercados financieros señalados, por ejemplo, mediante los seguros “unit-link” (ver nuestro estudio sobre “La integración y el control público de los mercados financieros” en la *RIMV* n.º 4/2001, págs. 61 y ss.).

En particular, destaca el creciente protagonismo de la banca en el mercado de los seguros, tanto mediante actuaciones directas, actuando las entidades de crédito como agentes de las entidades aseguradoras, como indirectas, creando entidades gestoras de fondos de pensiones (ver nuestro manual de *Derecho Bancario*, Barcelona, 2002, págs. 257 y ss.).

Por lo anterior, resulta pertinente dar noticia en esta *RDBB* de tres textos refundidos de otras tantas leyes aseguradoras que fueron publicados en el BOE n.º 267 del viernes 5 de noviembre de 2004. Si bien es cierto que su propia función refundidora excluye novedades sustanciales en la regulación, también lo es que aquellos textos colaboran a la seguridad jurídica en el ámbito de los seguros, valor este que se hecha en falta en otros sectores de la regulación de nuestros mercados financieros.

2. Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados: Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre

Este texto responde al mandato contenido en la Disposición Final Cuarta de la Ley 44/2002, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, modificada por la Disposición Final Primera de la Ley 34/2003, de Modificación y Adaptación a la Normativa Comunitaria de la Legislación de Seguros Privados. En concreto, han sido las modificaciones introducidas en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (en adelante, LOSSP) por ambas leyes, la 44/2002 y la 34/2003, junto con la Ley 22/2003, Concursal, las que han obligado a redactar un nuevo Texto Refundido de la LOSSP que mantiene una estructura clara dividida en tres títulos: el título I, sobre disposiciones generales, el título II, sobre la actividad de las entidades aseguradoras españolas y el título III, sobre la actividad en España de las entidades aseguradoras extranjeras.

Desde el punto de vista de las relaciones de esta regulación aseguradora con el régimen de los restantes sectores del mercado financiero, interesa destacar algunas analogías y ciertas diferencias:

Entre las analogías, destaca un sistema de control del acceso y del ejercicio a la actividad aseguradora semejante al que rige para la actividad bancaria o de intermediación en el mercado de valores y basado en el control último por el Ministro de Economía y Hacienda que será quien concede la autorización administrativa pertinente (art. 5 LOSSP).

En el capítulo de las diferencias, es importante, al objeto de delimitar la actividad aseguradora de la actividad bancaria y mobiliaria, fijarse en las actividades de seguro privado y demás operaciones sometidas a los preceptos de la LOSSP y reservadas a las entidades aseguradoras (arts. 1, 2 y 3 LOSSP). En este último sentido, destaca el sistema de nulidad contractual y responsabilidad que se predica en el art. 4.2 de la LOSSP de las operaciones de seguro realizadas por entidades no autorizadas como aseguradoras, por ejemplo, una entidad

de crédito o una empresa de servicios de inversión que realizara operaciones calificables como seguros. En sentido complementario, también interesa, para la correcta delimitación entre banca y seguros, la prohibición expresa de que las entidades aseguradoras realicen, entre otras actividades, “la prestación de garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora” [art. 4.1.b) LOSSP] y la consiguiente limitación de su objeto social a la actividad aseguradora, con exclusión de cualquier otra actividad comercial [arts. 5.2.b) y 11 LOSSP]. En este ámbito, se plantea la necesaria distinción entre las garantías bancarias, vedadas a las entidades aseguradoras y los seguros de caución, que constituyen un ramo de seguro directo distinto del seguro de vida que es propio, por lo tanto, de las entidades aseguradoras [art. 6.1.a).15 y Disposición Adicional Primera LOSSP]. Asimismo, en el ámbito del seguro directo sobre la vida, destaca la necesaria delimitación de las denominadas “operaciones de gestión de fondos colectivos de jubilación”, incluidas en el ramo de vida [art. 6.2.A).c).1.º LOSSP] que pueden realizarse por las entidades aseguradoras autorizadas, respecto de otras operaciones financieras.

Este sistema de reserva de las operaciones de seguro a favor de las entidades aseguradoras y de consiguiente delimitación respecto de los restantes intermediarios financieros en particular se completa con la imposición de sanciones a las personas o entidades que realicen operaciones de seguro o reaseguro sin contar con la preceptiva autorización administrativa o que utilicen las denominaciones propias de las entidades aseguradoras sin serlo (art. 48 LOSSP).

En cuanto a la eventual integración estructural entre las entidades aseguradoras y las restantes entidades financieras, procede llamar la atención sobre la circunstancia de que las actividades financieras de los promotores de una entidad aseguradora pueden impedir su idoneidad cuando la estabilidad o el control de la entidad aseguradora puedan quedar afectados por el alto riesgo de dichas actividades [art. 14.d) LOSSP]. En este mismo sentido, destacan los criterios para calificar a un grupo de entidades financieras como grupo consolidable de entidades aseguradoras [art. 20.3.d) LOSSP].

3. Los Textos Refundidos del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros y de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor

Según decíamos, en el BOE n.º 267 del viernes 5 de noviembre de 2004 se publicaron, junto al Texto Refundido de la LOSSP, otros dos de los que daremos simple referencia por su menor implicación directa en el ámbito bancario y del mercado de valores. Nos referimos al Texto Refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, aprobado por Real Decreto Legis-

lativo 7/2004, de 29 de octubre, y al Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

Alberto Javier Tapia Hermida

3. NUEVA PROPUESTA DE DIRECTIVA EN MATERIA DE CRÉDITO A LOS CONSUMIDORES

La insuficiencia de la Directiva 87/102/CEE, del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, modificada en 1990 y en 1998 (por la Directiva 90/88/CEE, del Consejo, de 22 de febrero de 1999, y la 98/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998) ⁽¹⁾, motivó la elaboración en 2002 de la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores” [COM (2002) 443] que regulaba con mayor detalle y ambición esta materia. Las carencias de las directivas anteriores eran manifiestas y además no habían logrado suprimir las grandes divergencias en las legislaciones de los Estados miembros en este ámbito.

La trascendencia de dicha Directiva, al pretender superar determinados obstáculos para la obtención de una mayor protección de los consumidores, se ha puesto de manifiesto en la discusión de su Propuesta. Sus debates en el Consejo en varias de sus reuniones, el informe del Comité Económico y Social, y las diferentes enmiendas propuestas por varias Comisiones del Parlamento Europeo, han originado una propuesta modificada por parte de la Comisión Europea, fechada el 29 de octubre de 2004, que lleva el título de “*Propuesta modificada de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito a los consumidores, que deroga la Directiva 87/102/CE y modifica la Directiva 93/13/CE (presentada por la Co-*

(1) Las Directivas 87/102/CEE y 90/88/CEE fueron incorporadas a nuestro ordenamiento por la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, de forma ciertamente no muy satisfactoria.

misión con arreglo al apartado 2 del art. 250 del Tratado CE)” [Documento COM(2004)0747 final-COD 2004/0222] ⁽²⁾.

La redacción de una “Propuesta modificada de Directiva”, ante el hecho de que la Comisión Europea, como es notorio, se haya visto ampliada y alterada por completo, hace pensar que se ha de demorar la aprobación de la misma, teniendo en cuenta los intereses que subyacen y la pretensión una armonización del régimen de los contratos de crédito, con el fin de fomentar el mercado único potenciando la concesión de los llamados créditos transfronterizos.

Alberto Ayala

4. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LAS MALAS PRÁCTICAS FINANCIERAS Y CORPORATIVAS

La Comisión Europea ha publicado una “Comunicación para prevenir y combatir las malas prácticas financieras y las prácticas irregulares de las sociedades” [Bruselas, 27-09-2004, COM (2004) 611 final].

En la introducción, la Comunicación se justifica diciendo que los escándalos financieros de los últimos años han suscitado una gran incertidumbre en los mercados financieros y perjudicado la economía mundial. Los casos Enron y Parmalat han puesto de manifiesto que las sociedades recurren a montajes financieros complejos y opacos con el fin de hacer sus operaciones menos transparentes de cara a sus inversores. Así, han de tomarse medidas que reduzcan la posibilidad de que las sociedades utilicen esas estrategias financieras.

El Plan de Acción para los Servicios Financieros (*Financial Services Action Plan*, FSAP) y el Plan de Acción para la Modernización del Derecho de Sociedades y del Gobierno Corporativo [COM (1999) 232 final y COM (2003) 284 final] contienen ya las líneas esenciales para la creación de un marco comunitario capaz de resolver eficazmente la mayoría de los problemas financieros puestos de manifiesto tras los acontecimientos anteriormente señalados. La Comunicación afirma que no es necesario modificar o ampliar los Planes de Acción antes mencionados sino que la cuestión está en perseguir su puesta en marcha diligente y en asegurar un control y un seguimiento efectivo de la

⁽²⁾ El art. 250.2 de la versión consolidada del Tratado establece “*En tanto que el Consejo no se haya pronunciado, la Comisión podrá modificar la propuesta mientras duren los procedimientos que conduzcan a la adopción de un acto comunitario*”.

aplicación de dicha legislación. La finalidad de la Comunicación no es otra que proporcionar un método global que reduzca los riesgos de que se produzcan las llamadas malas prácticas financieras y corporativas.

Contra ellas existen cuatro líneas de defensa: el control interno de la sociedad, los auditores, la vigilancia y control de las instituciones públicas y el respeto a la legalidad vigente. Estas medidas fracasaron en el caso “Parmalat” lo que sugiere entonces la necesidad de que se refuercen las líneas de defensa incidiendo en diversos aspectos: la transparencia y una mejor delimitación y coordinación en el marco de la ley.

Las iniciativas comunitarias que se sugieren con vistas a fortalecer las cuatro líneas de defensa son las siguientes:

a) En relación con el control interno y el gobierno corporativo, la Comisión adoptará las siguientes medidas: a corto plazo, clarificar la responsabilidad colectiva de los miembros del Consejo de Administración en relación con los estados financieros y otras informaciones esenciales de la sociedad, reforzar la transparencia de las operaciones intra-grupo y las “simuladas” y obligar a las sociedades cotizadas a publicar cada año una declaración sobre el gobierno corporativo; a más largo plazo, habrá de examinarse el régimen de prohibiciones para el ejercicio del cargo de administrador y los criterios que definan la noción de *wrongful trading* o negligencia sancionable.

b) Por lo que a los auditores se refiere, la Comisión ha presentado una propuesta de Directiva en relación con el control legal de las cuentas, una propuesta de Reglamento sobre prevención en el blanqueo de capitales y, en el marco de FSAP, se ha presentado una propuesta de Directiva sobre lucha contra el blanqueo de capitales. A corto plazo, además, se prevé que un Reglamento sobre financiación del terrorismo vea la luz tras la recomendación especial VII del GAFI.

c) En cuanto a la tercera línea, la vigilancia, antes de junio de 2005 deberá adoptarse una propuesta de Directiva sobre el control legal de las cuentas y la vigilancia o control público que sobre las instituciones que operan en los mercados financieros habrá de realizarse. Se trata también de tomar medidas que desarrollen la cooperación entre los distintos organismos o autoridades supervisoras como, por ejemplo, haciendo obligatorias las investigaciones comunes cuando se trata de una sociedad que opera en varios países miembros, estableciendo la obligatoriedad de la publicación de los resultados, elaborando las líneas directrices en materia de evaluación o utilizando un mapa de los posibles riesgos como instrumento de vigilancia.

Para mejorar la transparencia de los sistemas fiscales ha de facilitarse el acceso a la información y su intercambio entre las distintas autoridades, lo que permitiría una mejor identificación de la estructura del grupo y su localización

en los paraísos fiscales. Para ello la Comisión examinará incluso la posibilidad de que se utilice un número de identificación único de las sociedades en materia de fiscalidad directa.

A corto plazo, sería pues necesario reforzar la cooperación administrativa para lograr una mejor utilización de los instrumentos comunitarios existentes. A medio plazo, la cooperación podría mejorarse ampliando el ámbito de aplicación de las investigaciones conjuntas en materia de fiscalidad directa. Finalmente, a largo plazo, explotando los conocimientos derivados del intercambio automático de información contemplados en la Directiva sobre la fiscalidad del ahorro que podría extenderse a otros ámbitos de fiscalidad directa o a otro tipo de ingresos.

d) Finalmente, y por lo que al respeto de la legalidad vigente se refiere, las investigaciones y las persecuciones de los delitos, unidas al establecimiento de sanciones de carácter disuasorio, producen un efecto preventivo a la vez que represivo. La estrategia para la prevención y control de los delitos financieros [JOC 124, 2/05/2000, pág. 1] contiene las siguientes recomendaciones: el fraude fiscal, acercamiento y armonización de las legislaciones de los Estados miembros sobre los elementos constitutivos de las infracciones financieras penales y revisión de la legislación relativa a la dirección y confiscación de los productos objeto del delito.

En el nivel comunitario, han de tomarse medidas y adoptarse iniciativas en diferentes sectores: cooperación e intercambio de información; cooperación entre las autoridades de vigilancia y aquellas encargadas del cumplimiento de la Ley; intercambio de información sobre las cuentas bancarias y otras informaciones similares; cooperación entre el sector financiero, otros sectores del mundo económico-financiero y las instituciones encargadas de velar por el cumplimiento de la Ley; la investigación financiera y la trazabilidad de los flujos financieros.

A modo de conclusión, la propuesta afirma que, si bien la Comisión trabaja y aborda un abanico grande de cuestiones, conviene acelerar la puesta en marcha y el control del respeto a la legalidad vigente. Por otra parte, se impone la adopción de nuevas medidas tanto en el campo de la fiscalidad como en la vigilancia y control para reducir los riesgos de utilización de malas prácticas financieras y corporativas. Asimismo, se constata que a día de hoy las prohibiciones de ejercer el cargo se limitan al territorio del Estado miembro mientras que parece razonable que algunas de esas prohibiciones fueran de aplicación a todos los países de la Unión.

La Comunicación termina recogiendo las iniciativas que se han adoptado en el nivel internacional y que, sin duda, contribuirán a reforzar las líneas de defensa:

a) En la primera línea: las normas contables constituyen un elemento crucial. La Comisión está adoptando medidas tendentes a mejorar los métodos de trabajo de la *International Accounting Standards Board* (IASB). Las reformas deberían estar terminadas en el 2005.

b) Segunda y tercera línea de defensa: la Unión Europea y la OCDE han realizado avances significativos en la lucha contra el fraude fiscal, llegando a elaborarse conjuntamente con los paraísos fiscales un acuerdo sobre intercambio de información. Faltaría llegar a un acuerdo sobre las normas de transparencia que habrán de regir el acceso a la información, que detallaran la información a suministrar y que fijaran los modos de llevar las cuentas.

Las autoridades de control de los mercados financieros cooperan también en el nivel internacional.

La Comisión juzga importante que normas internacionales se apliquen en materia de auditoría.

c) En relación con la cuarta línea de defensa: la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción será firmada por la Comisión después de la necesaria autorización del Consejo. Es importante resaltar el acuerdo firmado con Suiza en relación con la lucha contra el fraude. En la actualidad se negocia un nuevo protocolo sobre blanqueo de dinero.

Isabel Fernández Torres

5. INFORME DEL TAKEOVER PANEL SOBRE EL EJERCICIO 2003-2004

Se ha publicado el Informe del *Takeover Panel* (en adelante, “el *Panel*”) relativo al ejercicio 2003-2004, cerrado a 31 de marzo de 2004, en el cual, como es habitual, se resumen las actividades desarrolladas durante dicho período por el organismo encargado de la administración del *City Code on Takeovers and Mergers* (en adelante, “el *Code*”).

Peter Scott, nombrado Presidente el año anterior, refiere en su informe los hechos más relevantes del ejercicio. Así, explica que se ha percibido un incremento en el número de ofertas, si bien por debajo de las 200 operaciones, por lo cual no puede preverse si es una tendencia al alza que se mantendrá o no. Subraya la encomiable labor realizada por el *Executive* al asistir al *Code Committee* en la revisión de las normas del *Code*. Por otro lado, destaca los esfuerzos realizados para afrontar las implicaciones derivadas de la publicación de la Decimotercera Directiva (Directiva de OPA), llamando la atención sobre los problemas que se suscitan por la armonización de los sistemas en cada Estado

miembro y sobre la necesidad de un desarrollo reglamentario que garantice la independencia del *Panel*. Alude igualmente a las adaptaciones realizadas en el proceso de apelación de las decisiones del *Executive*, para acomodarse a las exigencias derivadas de los derechos fundamentales, en especial el principio de audiencia. Concluye su informe con una referencia al cambio de sede y un obituario del presidente del *Panel* entre 1969 y 1980, Lord Shawcross.

Como ha venido ocurriendo en los últimos ejercicios, el *Appeal Committee* no ha resuelto apelación alguna, puesto que fueron inadmitidos los únicos dos recursos interpuestos contra decisiones del *Panel Executive*.

El informe presenta también la declaración del presidente del *Code Committee*, Donald Brydon, cuya función es la revisión y propuestas de modificación del *Code*. En este ejercicio, el Comité ha publicado cuatro Documentos de consulta ("*Public Consultation Papers*" o "*PCP*") y tres Declaraciones de respuesta ("*Response Statements*" o "*RS*"). Así la RS 12 contenía las conclusiones relativas al PCP 12 y, en su virtud, se adaptó la Regla 31.9 del *Code*, prohibiendo que se facilite nueva información por la sociedad afectada a partir del 39.º día desde la oferta. El PCP 13 y la RS 13 dieron lugar a determinadas enmiendas al *Code* en relación con la autocartera. El PCP 14 y la RS 14 suscitaron pequeñas adaptaciones en relación con la exigencia de revelar la participación en el capital de las partes intervinientes en la OPA. Igualmente, algunas disposiciones se adaptaron, sin necesidad de consulta pública, a las reglas del *Royal Institute of Chartered Surveyors* en relación con la valoración de activos. Al cierre del ejercicio, se encontraban abiertos los períodos de consulta de los PCP 2004/1, 2004/2 y 2004/3, versando los dos primeros acerca de la clarificación de intenciones por parte del oferente al realizar los anuncios contemplados en la Regla 2.4 (el principio "*put up or shut up*", esto es, "ofrece o cierra el pico").

El informe contiene también la aportación del Director General, Richard Murley, que se centra en las dificultades planteadas por la implantación de la Directiva de OPA, que, a su juicio, aportará escaso valor añadido respecto del sistema del *Takeover Panel*. Subraya que, en el caso del Reino Unido, la posibilidad de opción abierta en el art. 12 de la Directiva respecto de la adopción por los Estados miembros de las previsiones de los arts. 9 y 11 de la misma (sobre las obligaciones del consejo de administración de la sociedad afectada y sobre la neutralización de la oferta, respectivamente) debería ser resuelta mediante la incorporación de lo dispuesto en el primero de los preceptos (que es muy similar al Principio General 7 y la Regla 21.1 del *Code*) y el rechazo del segundo de ellos. Señala, por otro lado, que, en lo sucesivo, las Declaraciones Prácticas ("*Practice Statements*" o "*PS*"), que no forman parte del *Code* ni de las SAR (Reglas sobre Adquisiciones Relevantes de Acciones) y que se venían incluyendo en los informes anuales del Director General como comentarios sobre aplicaciones prácticas del *Code* a casos concretos, se publicarán esporádica-

mente de manera separada. Explica que, en el ejercicio cerrado, se han emitido cuatro de ellas, relativas a las Reglas 20.1, 20.2 y 21.2 del *Code*. De acuerdo con la PS número 1, se requiere que toda la información facilitada por la oferente o la afectada por sus asesores sea puesta a disposición de todos los accionistas y del mercado, por medio de comunicados o circulares, permitiendo la asistencia de los asesores de los accionistas de la sociedad afectada a cuantas reuniones informativas se convoquen. A tenor de la PS número 2, la sociedad afectada y sus asesores deben asegurarse de que todos los posibles oferentes reciban la misma información y de forma simultánea, en la medida en que ello sea posible, y la PS número 3 limita las condiciones que la sociedad afectada puede exigir a las ulteriores oferentes para facilitar información, incluyendo el supuesto de los procesos de oferta controlados (*controlled auctions*). La PS número 4 es la más precisa y técnica, estableciendo las condiciones precisas para evaluar la conformidad al *Code* de los pagos de “persuasión” (*inducement fees*) abonados por el Consejo de Administración de la sociedad afectada en los supuestos admitidos.

En el ejercicio cerrado se han formalizado 136 ofertas (frente a las 108 del año anterior), de las cuales 110 correspondieron a ofertas exitosas. Del mismo modo, los ingresos han crecido drásticamente, pasando de 8.796.955 libras esterlinas a 10.355.916 libras esterlinas, debido al aumento de ofertas y al volumen económico de las mismas, si bien cabe prever que esa tendencia no se mantenga al cierre del ejercicio en marzo de 2005.

Las declaraciones y comunicados más importantes de los emitidos a lo largo del ejercicio son los referidos a las operaciones de *AWG, New Opportunities Investment Trust plc, Cordiant Communications Group plc, Hannover International plc, Chelsea Village plc, Newport Holdings plc, Caledonia Investment plc, Debenhams plc, Canary Wharf Group plc, Derwent Valley Holdings plc, Ronson plc, Ask Central plc, Transcomm plc* y *MGM Mirage*.

(En relación con informes del *Panel* de años anteriores, cfr., por todas, DOMÍNGUEZ RUIZ DE HUIDOBRO, *RDBB*, 94, pp. 244-246).

Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro

6. PRINCIPIOS DE DERECHO CONCURSAL EUROPEO

En 1999 se constituyó un grupo de trabajo de académicos pertenecientes a diez países de la Unión Europea presidido por el Profesor Kortmann, de la Universidad de Nijmegen, con la finalidad de formular unos Principios de Derecho Concursal Europeo. Los países que contaban con representantes en tal comisión fueron Alemania, Bélgica, Dinamarca, Escocia, España, Francia, Ho-

landa, Inglaterra, Italia y Luxemburgo. En representación de España han formado parte de este grupo de trabajo los profesores Paz-Ares y Virgós Soriano.

Las considerables diferencias entre las legislaciones concursales de los Estados miembros de la Unión Europea, que se mantienen incluso respecto a las más modernas regulaciones, hacían impensable en ese momento una intervención normativa para uniformar o armonizar el Derecho concursal europeo. El alcance y contenido del Reglamento CE n.º 1346/2000, de 29 de mayo, del Consejo, sobre procedimientos de insolvencia, es buena prueba de ello.

Esto no impedía, sin embargo, la necesidad de intentar compaginar tal diversidad con la integración económica europea, que exige comprender las diferencias entre los sistemas legales y caminar hacia la uniformidad legal en terminología y conceptos.

Desde esta perspectiva, el Grupo Internacional de Trabajo para el Derecho Concursal Europeo ha buscado los elementos esenciales comunes entre las diversas legislaciones concursales nacionales. Excluida la finalidad de propuesta normativa, se pretende ofrecer un instrumento de trabajo para legisladores, académicos y profesionales que permita obtener un rápido y eficaz conocimiento básico del Derecho concursal de diferentes Estados de la Unión Europea. También, en última instancia, se está dando un primer paso para una eventual armonización o unificación futura.

El resultado de los trabajos, concluidos antes de la aprobación de nuestra Ley Concursal (LC), se ha publicado como *Principles of European Insolvency Law*, coordinados por W.W. McBryde, A. Flessner y S.C.J.J. Kortmann, Series Law of Business and Finance, Vol. 4, Kluwer Legal Publishers, Deventer, The Netherlands, 2003; ISBN 90 130 0597 7.

Esta obra ofrece un comentario general sobre los principios, escrito por los Profesores McBryde y Flessner, en el que se aporta una panorámica del problema abordado y de las soluciones que para cada caso se adoptan en los distintos Estados, subrayando específicamente las desviaciones respecto a los principios que se producen en las legislaciones de algunos Estados.

Se advierte expresamente que para formular los principios se ha limitado el estudio al ámbito de la insolvencia del empresario, por ser el núcleo esencial de la disciplina concursal. Además, se han dejado de lado supuestos especiales por la naturaleza del concursado (bancos, sociedades de seguros...), y otros temas que, pese a ser muy importantes, no afectan a la esencia del concurso, como la responsabilidad de los administradores o de los socios de la sociedad concursada.

Tras el comentario general, se ofrecen los Informes Nacionales, en los que se tratan los aspectos principales de los diferentes procedimientos de insolvencia propios de cada Estado. Posteriormente, se recogen las versiones inglesa, francesa, alemana y española de los principios.

También pueden verse los Principios, junto a unas notas introductorias, en CARRARA CERADI, Cecilia, "I Principi Europei di Diritto Fallimentare: un recente progetto accademico per l'individuazione di principi comuni europei sul fallimento", *Dir. fall.*, 2004, n.º 3-4, pgs. 623-633; WESSELS, Bob, "Principles of European Insolvency Law", *Internacional Insolvency Institute-www.iii-global.org*.

La lectura de los principios pone de manifiesto que, en general, nuestra LC se compagina adecuadamente con ellos. No obstante, en el marco informativo propio de este trabajo, pueden señalarse dos aspectos necesitados de reflexión.

El § 1.1 atribuye al convenio una finalidad reorganizativa, en el sentido de reestablecer al deudor en su capacidad para obtener crédito, que no se corresponde exactamente con la que le atribuye la LC en el apartado VI de la Exposición de Motivos. Sin embargo, tal diversidad de enfoque o fin del convenio es menos real de lo que parece, porque no se concreta en diferencias significativas en la concepción del presupuesto objetivo de la apertura del procedimiento y del contenido del convenio (*vid.* §§ 1.2 y 11.1 de los Principios de Derecho Concursal Europeo, y arts. 2 y 100 LC).

También conviene notar que, aunque los Principios de Derecho Concursal Europeo y la LC admiten tanto la sustitución del concursado en la administración y disposición de la masa activa como la conservación por el concursado de tales facultades sometido a la vigilancia de la administración concursal, existen algunas diferencias en la regulación concreta de ambos sistemas que deberán tenerse en cuenta al estudiar estas materias (*vid.* §§ 2.2, 3.2 y 14 de los Principios de Derecho Concursal Europeo y arts. 40, 133 y 137 LC).

José Luis Colino Mediavilla

7. MEMORIA DEL AÑO 2003 DEL SERVICIO DE RECLAMACIONES DEL BANCO DE ESPAÑA

Tal y como viene haciendo desde el año 1987, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha publicado la memoria de su actividad durante el año 2003. En esta ocasión la publicación cuenta con un nuevo formato compuesto de dos ejemplares, de los que el primero está destinado a publicar los cuadros diversos estadísticos elaborados por el Servicio junto con la información sobre las reclamaciones resueltas, y el segundo recoge la normativa vigente y actualizada en materia de protección del consumidor bancario, incluyendo un índice cronológico de disposiciones y otro analítico de voces.

En la presentación de la información estadística, el Servicio de Reclamaciones da cuenta de un aumento importante del número de expedientes tramita-

dos, que cifra en un incremento del 23,9% respecto el año anterior. También llama la atención el Servicio sobre que, como consecuencia de la emisión de informes desfavorables a las entidades reclamadas, el Servicio ha constatado el abono por éstas a sus clientes de una cantidad que asciende a 648.911,26 euros.

Igualmente el Servicio destaca que durante el año 2003 ha proseguido su relación con la red transfronteriza de denuncias extrajudiciales en el ámbito de los servicios financieros en el espacio económico europeo (FIN_NET) y manifiesta la trascendencia de la publicación de la normativa que desarrolla las figuras de los Comisionados para Defensa del Cliente de Servicios Financieros, creadas en la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, que viene a reforzar los actuales cauces de reclamación que el ordenamiento jurídico ofrece a los usuarios de servicios financieros.

La información estadística que publica el Servicio contiene diversos cuadros resumen de reclamaciones, dando cuenta no sólo de su número y distribución mensual, sino también sobre el lugar de presentación y de origen de las reclamaciones; sobre el número de reclamaciones por cada mil millones de euros; sobre la naturaleza de la entidad contra las que se dirigen las reclamaciones; y sobre las rectificaciones llevadas a cabo por las entidades a los informes del Servicio y clasificación de las materias objeto de reclamación.

Como en años anteriores, el Servicio resume los informes emitidos favorables a los reclamantes, clasificados en siete grandes grupos en función de las materias a que se refieren (operaciones activas; operaciones pasivas; transferencias; cheques, letras de cambio, pagarés y otros efectos; valores y operaciones con deuda del Estado; tarjetas de crédito; operaciones en divisas y billetes extranjeros y, por último, cuestiones varias).

Por último, el Servicio reserva un capítulo de la memoria a exponer criterios y opiniones que se consideran de interés general para el público, así como para enunciar algunos casos muy concretos de buenas prácticas bancarias puestos de manifiesto por algunas entidades al resolver determinados expedientes resueltos durante el ejercicio.

Alfonso Guilarte Gutiérrez

8. INCREMENTO DE LA LITIGIOSIDAD EN ITALIA CON MOTIVO DE LA NUEVA ORIENTACIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE ILICITUD DEL ANATOCISMO EN LOS INTERESES BANCARIOS

La doctrina jurisprudencial de la Corte de Casación italiana que consideraba legítima la capitalización trimestral de los intereses vencidos y no pagados de los préstamos bancarios, sobre la base de estimar la existencia de un uso

normativo, dentro de los límites previstos por el art. 1283 del Código civil, se ha visto superada por la orientación en sentido contrario, negando la existencia de tal uso, y, por consiguiente, manteniendo la prohibición del anatocismo en los términos previstos en el citado precepto (a estos efectos, véase la evolución de la jurisprudencia en el trabajo de N. SALANITRO titulado “Gli interessi bancari anatocistici”, suplemento al n.º 4/2004, de la revista *Banca Borsa e Titoli di Credito*).

A este respecto, conviene traer a la vista el texto de dicho art. 1283, que dice: “*A falta de usos contrarios, los intereses vencidos pueden producir intereses sólo desde el día de la demanda judicial o por efecto de un acuerdo posterior a su vencimiento, y siempre que se trate de intereses debidos al menos por seis meses*”. La prohibición del llamado anatocismo convencional, pactado con carácter previo a la demora en el pago de los intereses, cedía en el supuesto de la existencia de un uso contrario, reconocido por algunas sentencias del Tribunal de Casación. Frente a esta otra orientación, se ha de destacar la Sentencia de 20 de febrero de 2003, n. 2593, que cita algunas precedentes, la cual declara que en el contrato de préstamo bancario ordinario “*la previsión de un plan de amortización diferido en el tiempo, mediante el pago de plazos constantes, que comprenden parte del capital y de los intereses, configura la violación de la prohibición del código del anatocismo, no encontrándose la existencia de usos contrarios surgidos con anterioridad al Código civil, que son los que únicamente habrían podido legitimar la derogación de dicha prohibición. La existencia de usos contrarios que preveían la aplicación de intereses compuestos venía admitida con referencia a determinadas operaciones bancarias, como las relaciones de cuenta corriente, los depósitos de ahorro, las cuentas vinculadas y no vinculadas*”.

Se afirma por SALANITRO que el cambio jurisprudencial no ha tenido sólo efectos jurídicos, sino también efectos económicos y normativos. Efectos económicos porque esa orientación ha conducido al planteamiento de una serie de procedimientos, dirigidos al cálculo de los intereses adeudados de los cuentacorrentistas por un gran número de años, con la consiguiente reducción de los activos de la banca, aun cuando no estuviera obligada a la restitución de las sumas obtenidas por los intereses compuestos sobre la base de capitalización trimestral. También ha producido efectos normativos dado que el propio legislador ha debido intervenir para regular esta materia, en especial por medio del Decreto Legislativo de 4 de agosto de 1999, n. 342. Efectos que se califican como extraordinarios, no simplemente por el carácter discutible de la doctrina jurisprudencial, la cual ha tenido ciertos reflejos de carácter retroactivo creando una situación confusa.

Al margen de la cita de otros trabajos doctrinales que ha originado la doctrina de la Corte de Casación sobre este punto y del estudio de las consecuencias que se derivan de la misma, el suplemento indicado redactado por el

profesor SALANITRO, contiene una referencia detallada no sólo de las sentencias sobre la materia, sino que recoge los textos de las más recientes, así como la circular que sobre esta materia dictó la Asociación Bancaria Italiana.

Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro

9. CONSULTA DE LOS SERVICIOS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DEL MERCADO INTERIOR: ELABORACIÓN DE UN RÉGIMEN ADECUADO SOBRE LOS DERECHOS DE LOS ACCIONISTAS (MARKT/16.09.2004)

El documento ha sido elaborado por la Dirección General del Mercado Interior con vistas a la preparación de una propuesta de Directiva sobre los derechos de los accionistas. Las cuestiones que más preocupan de cara a la elaboración de dicha Directiva y sobre las que se abre la consulta son las siguientes: el campo de aplicación que se plantea sería el de las sociedades cotizadas; preocupa especialmente el derecho de voto sobre todo en los supuestos de inversiones transfronterizas en los que las adquisiciones se realizan por medio de intermediarios; la difusión de la información antes de la Asamblea General; la admisión y participación en la Asamblea General y las prácticas de *share blocking*; los derechos de los accionistas en relación con la Asamblea General; la difusión de la información con posterioridad a su celebración; y, finalmente, se deja la puerta abierta para que los interesados planteen otras cuestiones que eventualmente pudieran incluirse en la futura Directiva.

La consulta aporta unas primeras indicaciones sobre la estructura y el contenido de la propuesta:

a) En relación con el ámbito de aplicación —las sociedades cotizadas— la Dirección General del Mercado Interior advierte que cada día es más frecuente que el capital de las sociedades cotizadas de la Unión Europea lo detenten no residentes (alcanzando en la actualidad el 30-40% en ciertos mercados). A la vista de esta realidad, constituye una prioridad facilitar el ejercicio del derecho de voto de los no residentes. Estas medidas, si los interesados lo estimaran conveniente, podrían extenderse a las sociedades no cotizadas.

b) Por lo que al ejercicio del derecho de voto se refiere, la consulta plantea tres cuestiones o problemas diferentes: el voto transfronterizo, el préstamo de los títulos y el certificado de depósito de las acciones.

En relación con el primero de los aspectos indicados, la Dirección General pone de manifiesto que, en la actualidad, no sólo un porcentaje elevado de la

capitalización de los diferentes mercados está en manos de no residentes sino que, además, las inversiones se realizan a través de una serie de intermediarios que se interponen entre el inversor final y la sociedad emisora. Las sociedades emisoras de los títulos tienen a veces dificultades a la hora de identificar la persona física o jurídica que controla el ejercicio del derecho de voto. Cualquier solución que sobre esta cuestión se plantee deberá como mínimo lograr tres objetivos: seguridad jurídica sobre la identidad del sujeto que ostente el derecho; atribuir el poder de control de los derechos de voto a la persona o entidad más próxima de aquella que tiene el interés sobre esas acciones; tener en cuenta las situaciones que afecten a terceros países.

Una opción que plantea la Dirección General sería considerar que la persona facultada para controlar el derecho de voto sería la última persona física o jurídica en la cadena de intermediarios titular de una cuenta de valores, —que no sea un intermediario en valores mobiliarios ni un custodio—. En cualquier caso, se advierte que han de tomarse medidas que aseguren que el inversor final puede ejercitar su poder de control sobre los derechos de voto. Estrechamente relacionada con esta cuestión, interesa precisar si el inversor final tiene la facultad de dar instrucciones de voto al intermediario financiero o puede recibir de éste un poder para el ejercicio de dicho derecho.

También preocupa y han de tomarse medidas acerca de la autenticación y certificación de las acciones en manos del inversor final y precisar qué intermediario es responsable de ello. Una posibilidad, advierte la Dirección General, sería la de hacer intervenir a toda la cadena de intermediarios. Esta solución ofrece más garantías con el fin de evitar el doble voto y, además, permite a los diferentes intermediarios comunicarse la información rápidamente y con un coste mínimo gracias a las nuevas tecnologías; pero, ¿a quién corresponde dicho gasto?; se trata de una problemática abierta a discusión por la propia Dirección General.

La segunda cuestión que se aborda en este segundo apartado se refiere al préstamo de los títulos. La consulta se centra en saber o precisar si se estima que esta práctica plantea problemas en relación con el ejercicio de los derechos de voto, en particular en un contexto transfronterizo, y si esos problemas deben afrontarse en el nivel europeo. En caso afirmativo, la Dirección general se pregunta si las disposiciones que se adoptaran en este sentido deberían buscar reforzar la transparencia y proteger los intereses de los inversores a largo plazo.

c) En la fase previa a la celebración de la asamblea general anual las preocupaciones de la Dirección General giran en torno a dos ejes fundamentales:

1. Traslado de la información acerca de la celebración de la Asamblea (lugar, fecha y orden del día) y de la documentación necesaria para la participa-

ción en la adopción de decisiones. A este respecto, la Dirección General se pregunta si conviene exigir a las sociedades que, en sus páginas web, consagren una sección para la publicación de toda esa información y si el sitio web debe, además, contener una presentación de los derechos que asisten a los accionistas y a los inversores en relación con el voto (voto por poder, ausentes) y la Asamblea (derecho de preguntar o solicitar información). Asimismo, la Dirección General se plantea si la futura propuesta de Directiva debería afrontar la forma en que la sociedad debe dar traslado de la información al inversor final; y en caso afirmativo, cuál sería el sistema (cadena o comunicación directa).

2. Participación en la Asamblea General: la Dirección General centra la consulta en los sistemas de legitimación para asistir a la Junta. A este respecto, la Dirección General se pregunta si los sistemas de legitimación constituyen un obstáculo para el ejercicio del derecho de voto o no y, en particular, para los inversores transfronterizos. Asimismo, se plantea si no podría eliminarse ese sistema y sustituirse por otro que determinara directamente los accionistas que pueden participar y votar en las Asambleas.

d) Los derechos de los accionistas con ocasión de la celebración de la Asamblea exigen que en la futura propuesta de Directiva se contemplen diversos aspectos: la participación por medios electrónicos; la conveniencia de establecer un marco (y, en su caso, su contenido mínimo) que regule el derecho de preguntar durante la celebración de la reunión; la posibilidad de que los accionistas soliciten añadir otras cuestiones al orden del día y el plazo, en su caso, para ejercitar tal derecho; finalmente, el voto de los no asistentes ya sea por correo (si debe obligarse a los países miembros en la futura Directiva a regular este sistema en sus derechos internos) ya sea por poder.

e) Por lo que a la información sobre el desarrollo y resultado de la reunión y de la votación se refiere, la Dirección General se plantea, por un lado, la conveniencia de que se obligue a las sociedades a comunicar el resultado de la votación y el desarrollo de la deliberación y, en su caso, a volcar dicha información en la página web. Asimismo, preocupa a la Dirección General el control sobre el cumplimiento de las instrucciones de voto.

f) Finalmente, la Dirección General deja la puerta abierta al estudio y propuesta de otros aspectos que afecten al derecho de los accionistas que no se hubieran contemplado en el presente documento.

Isabel Fernández Torres

10. PROPUESTA DE DIRECTIVA SOBRE ASPECTOS DE LA MEDIACIÓN EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL

Con fecha 22 de octubre de 2004, se ha publicado por la Comisión de las Comunidades Europeas la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles [COM(2004)718]*, como resultado del Libro Verde publicado en 2002, alentado por las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, de 15 y 16 de octubre de 1999, en las que se instaba a los Estados miembros de la Comunidad Europea a crear procedimientos alternativos y extrajudiciales que mejoren el acceso a la justicia en Europa.

El propósito de dicha Directiva es asegurar un mejor acceso a la justicia, promoviendo el recurso a la mediación y fomentando una relación dinámica entre el sistema de mediación y el proceso civil. Como se lee en la Directiva, la mediación es “*una cantera sin explotar*”.

La Propuesta aclara que no se trata de establecer un sistema de mediación imperativo (puesto que se pretende preservar, en la medida de lo posible, la autonomía de las partes y las medidas de autorregulación), sino de crear las condiciones para que en los Estados miembros se dispongan los sistemas de cooperación adecuados entre mediación y jurisdicción, para aliviar a ésta de su actual carga de trabajo, siempre considerando que la organización del sistema judicial es competencia exclusiva de aquéllos. La mediación es una manera más rápida, simple y rentable de solucionar conflictos, que debe ser valorada en sí misma, con independencia de su influencia positiva en la descarga de trabajo de la jurisdicción, la cual debe mantenerse como un sistema eficaz y justo. De hecho, es preciso asegurar que todo acuerdo resultado de una mediación pueda ser confirmado mediante una resolución o instrumento judicial o administrativo, al objeto de poder ser reconocido y ejecutado en toda la Unión Europea.

Subraya la Propuesta que la mediación no sólo reduce los costes de transacción entre las partes (tanto particulares como empresas) para resolver sus litigios, sino que además despliega beneficiosos efectos de “*sostenibilidad de las tendencias económicas y sociales al preservar la relación entre las partes*”.

La intervención comunitaria al proponer este instrumento legislativo se basa en el art. 65 del Tratado CEE, y persigue un mejor funcionamiento del mercado interior, garantizando la seguridad jurídica a lo largo de las diferentes fases del procedimiento y la libre prestación de servicios. Destaca igualmente la Propuesta que el impacto de los elementos transfronterizos es aquí potencialmente mayor que en el proceso civil, si bien enfatiza que la propuesta no puede quedar restringida a situaciones en las que se presenten tales elementos, puesto que ello resultaría discriminatorio e ineficaz, incrementando la inseguridad jurí-

dica. En todo caso, entiende que la adopción de medidas a escala comunitaria (con respeto a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad) incrementará su eficacia, al aportar coherencia y facilitar su reconocimiento.

De cualquier forma, resulta aconsejable que cualquier mediador u organización mediadora respete los principios recogidos en la Recomendación de la Comisión de 4 de abril de 2001 relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (esto es, imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad).

La Propuesta de Directiva consta de once artículos, debiendo destacarse los aspectos siguientes:

a) Los arts. 1 y 2 se dedican al “Objeto y alcance” y “Definiciones”, quedando la mediación calificada a estos efectos como *“todo proceso, sea cual sea su nombre o denominación, en que dos o más partes en un litigio son asistidas por un tercero para alcanzar un acuerdo sobre la resolución del litigio, independientemente de si el proceso es iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional, o prescrito por el Derecho nacional de un Estado miembro”*.

b) El art. 3 contempla la “Remisión a la mediación”, que el órgano judicial puede proponer a las partes como medio de resolución del litigio, a la vista de las circunstancias. En todo caso, de acuerdo con el art. 5 (“Ejecución de los acuerdos alcanzados”), los Estados miembros deben asegurar, como se ha dicho antes, que los acuerdos de mediación puedan ser confirmados mediante una resolución judicial susceptible de ejecución.

c) Al objeto de garantizar la efectividad de la mediación, el art. 6 regula la admisibilidad de las actuaciones de mediación como prueba en procesos civiles. Para asegurar la confidencialidad y permitir un amplio margen de negociación a las partes en el ámbito de mediación, se restringe enormemente tal uso, quedando prohibida en sede judicial la prestación de testimonio por los mediadores y la aportación de documentos o declaraciones obtenidos en el curso de la mediación.

d) Con el fin de impedir un uso dilatorio o torticero de la mediación, el art. 7 dispone que todo plazo de caducidad o prescripción relativo a la demanda objeto de mediación se suspenderá desde que se inicie la mediación, bien por acuerdo de las partes, bien a instancia del órgano judicial o bien por imperativo legal de acuerdo con el Derecho nacional, y hasta que la mediación termine.

e) Los arts. 8, 9, 10 y 11 tratan los aspectos formales de la propia Directiva (“Disposiciones de aplicación”, “Transposición”, “Entrada en vigor” y “Destinatarios”).

En principio y de acuerdo con las respectivas posiciones manifestadas en su momento en los Protocolos adjuntos al Tratado de la Unión Europea, Dina-

marca no participará en la adopción de la presente Directiva, y, por otro lado, Irlanda y el Reino Unido deberán aún manifestar si desean intervenir o no en su adopción.

Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro

11. CREACIÓN DEL FORO EUROPEO SOBRE LA GOBERNANZA EMPRESARIAL

Por medio de su Decisión del pasado 15 de octubre de 2004, la Comisión de las Comunidades Europeas acordó crear un Foro europeo sobre la gobernanza empresarial (v. DOCE L, n.º 321, de 15 de octubre de 2004, p. 53 y ss.). Este Foro debe servir como organismo de intercambio de información y de las buenas prácticas existentes en los Estados miembros, para mejorar la convergencia de los distintos Códigos vigentes a ese respecto en cada uno de los Estados miembros. También está llamado el Foro a actuar como órgano asesor de la propia Comisión en esa materia, en especial, en el marco del desarrollo del importante programa de modernización del Derecho de sociedades que la propia Comisión ha abordado desde que presentó su plan de acción el año 2003 y que ya se ha traducido en algunas propuestas importantes en materia de consejeros independientes, retribución de administradores y ejecutivos o derechos de los accionistas, por citar sólo los temas más relevantes. La composición inicial del Foro se detalla en la propia Decisión. Como representante español figura el Profesor José María Garrido que continúa así la importante labor que ha desarrollado en el seno del Grupo de Expertos que ha redactado los Informes Winter (sobre las OPA y Derecho de sociedades).

Alfonso Guilarte Gutiérrez

12. CONDENA DEL TJUE A ESPAÑA POR INCUMPLIR LA DIRECTIVA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE CONSUMIDORES

Con fecha 9 de septiembre de 2004, la Sala Primera el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, "TJUE") ha dictado su Sentencia en el Asunto C-70/03, instado por incumplimiento por la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España, por medio de la cual condena a éste por haber incumplido las obligaciones derivadas de la Directiva 93/13/CEE, del

Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, “la Directiva”), al no haber adaptado correctamente los arts. 5 y 6.2 al Derecho interno.

La Directiva había de ser transpuesta al ordenamiento jurídico nacional antes del 31 de diciembre de 1994 y España no la implementó sino mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, que modificó la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Sin embargo, el incumplimiento denunciado por la Comisión y sancionado por el TJUE atañe al contenido de los derechos desarrollados en la Ley 7/1998, que, si bien a juicio del Reino de España, contemplaban íntegramente las disposiciones de la Directiva, son considerados como insuficientes.

En particular, el incumplimiento va referido a dos cuestiones:

a) Al desarrollar el art. 5 de la Directiva (por medio del art. 10.2 de la Ley 26/1984 y del art. 6.2 de la Ley 7/1998), el legislador español se ha apartado de la regla de interpretación fijada en la norma comunitaria, puesto que en la misma se propugna que el principio de la interpretación más favorable para el consumidor no rige en el supuesto de acciones colectivas de cesación, y, sin embargo, el legislador español no ha efectuado tal distinción, proclamando la validez del citado principio hermenéutico en todos los casos. La Sentencia del TJUE declara que la tercera frase del mencionado art. 5 “*constituye una regla normativa y vinculante*”, y así explica con claridad cuál es la razón que asiste a la Comisión en su posición:

*“La distinción que establece el art. 5 de la Directiva, en lo que atañe a la regla de interpretación aplicable, entre las acciones que implican a un consumidor individual y las acciones de cesación, que implican a las personas u organizaciones representativas del interés colectivo, se explica por la **distinta finalidad de ambos tipos de acciones**. En el primer caso, los tribunales u órganos competentes han de efectuar una apreciación ‘in concreto’ del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato ya celebrado, mientras que, en el segundo caso, les incumbe efectuar una apreciación ‘in abstracto’ del carácter abusivo de una cláusula cuya posible inclusión se prevé en contratos que todavía no se han celebrado. En el primer supuesto, una interpretación favorable al consumidor individualmente afectado beneficia inmediatamente a éste. En el segundo supuesto, en cambio, para obtener con carácter preventivo el resultado más favorable para el conjunto de los consumidores, no procede, en caso de duda, interpretar la cláusula en el sentido de que produce efectos favorables para ellos. De este modo, **una interpretación objetiva permite prohibir con mayor frecuencia la utilización de una cláusula oscura o ambigua, lo que tiene como consecuencia una protección más amplia de los consumidores.**”*

b) Por otro lado, el legislador español ha incumplido sus obligaciones al adaptar incorrectamente el art. 6.2 de la Directiva, según el cual *“los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad”*. La Sentencia del TJUE considera que el art. 10.bis.3 de la Ley 26/1984 y el segundo párrafo del art. 3 de la Ley 7/1998 restringen indebidamente la protección ofrecida por la referida norma sólo para ciertas clases de contratos y no para todos. En particular, utilizan como criterio delimitador el art. 5.1 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre las obligaciones contractuales (que se limita, en términos generales, a *“los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor, para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional, así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros”*), exigiéndose además el cumplimiento de los requisitos previstos en el apartado 2 del mismo art. 5 del Convenio. Por el contrario, el objetivo de la Directiva es más amplio, ya que pretende evitar el riesgo de que el consumidor se vea privado de la protección comunitaria si se designa como ley aplicable la de un Estado tercero, razón por la cual indica simplemente que el contrato debe mantener *“una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad”*, criterio generoso de interpretación extensiva caso por caso y no constreñido por una combinación de criterios de conexión previamente definidos.

Así pues, cabe presumir que próximamente asistiremos a una nueva modificación en materia de Derecho de los consumidores, para adaptar la Ley 26/1984 y la Ley 7/1998 al contenido dispositivo de la Sentencia comentada, confiando, como ya indicábamos en un número anterior de esta Revista (v. *RDBB 91*, p. 338), en que el Gobierno apruebe finalmente un texto refundido único conteniendo la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de directivas en materia de protección de consumidores, de conformidad con la habilitación contenida en la Disposición final cuarta de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo.

Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro

BIBLIOGRAFÍA

DERECHO BANCARIO

— OBRAS GENERALES

CAFARO, R./PAGLIARO, P., *L'accesso al credito*, Milán (2004).

CAPRIGLIONE, F., *Diritto delle Banche, degli Intermediari Finanziari e dei Mercati*, Bari (2003).

DE IULIIS, C.M., *Lineamenti di diritto del mercato finanziario*, Milán (2003), 88 pp.

GAI, L., *Lineamenti istituzionali e operativi dell'attività creditizia*, Turín (2003).

— NORMATIVA DE LA UE EN MATERIA BANCARIA

KOLLMANN, "Zur Umsetzung der Richtlinie 2002/47/EG vom 6 Juni 2002 über Finanzsicherheiten in das deutsche Recht", en *WM* núm. 21 (2004), p. 1012.

MAHI, F., *Die Europäische Aktiengesellschaft: Societas Europaea —SE—*, Frankfurt (2004), 140 pp.

PELZER, K.C., *Das Auskunftsrecht der Aktionäre in der Europäischen Union*, Colonia (2003), 256 pp.

VICENZI, S., *Mercato finanziario e armonizzazione europea*, Roma (2003), 132 pp.

— ESTATUTO DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

PATRIARCA, C., "Promotore finanziario e qualità di imprenditore", en *Banca Borsa Titoli di Credito* núm. 2, parte 2.^a (2004), p. 141.

SCHUMACHER, J., *Basel II und Rating in der Unternehmenspraxis*, Colonia (2004), 75 pp.

SORCI, E., "Esercizio abusive di attività finanziaria, invalidità dei contratti e riequilibrio patrimoniale ne rapporti tra le parti", en *Banca Borsa Titoli di Credito* núm. 3, parte 2.^a (2004), p. 311.

BANCOS

GALANTI, E., "Sulla legittimazione processuale nelle liti oggetto di cessione nell'ambito della liquidazione coatta bancaria", en *Banca Borsa Titoli di Credito* núm. 2, parte 2.^a (2004), p. 133.

CAJAS DE AHORROS

BREDOW/SCHICK/LIEBSCHER, "Privatisierung öffentlich-rechtlicher Sparkassen-Gegenwärtige Gestaltungsoptionen, insbesondere das Modell 'Stralsung'", en *BKR* núm. 3 (2004), p. 102.

— **RESPONSABILIDAD DEL BANCO
(DE LA BANCA)**

BUTA, G.M., “La responsabilità civile dei revisori nei confronti dei terzi nella common law”, en *Banca Borsa Titoli di Credito* núm. 3, parte 1.^a, (2004), p. 342.

CABIDDU, M.A., “Sanzioni amministrative e principi costituzionali davanti alle autorità indipendenti”, en *Banca Borsa Titoli di Credito* núm. 3, parte 2.^a (2004), p. 283.

FARINA, M., “I reati societari e la responsabilità delle persone giuridiche”, en *Banca Borsa Titoli di Credito* núm. 2, parte 1.^a (2004), p. 138.

BANCA EXTRANJERA (ACTIVIDAD INTERNACIONAL DE LA BANCA)

BARR, L.B./HARREL, A.C./LANGER, J.I./MILLER, F.H., “Introduction to the 2004 Annual Survey of Consumer Financial Services Law: Where Do We Go From Here?”, en *The Business Lawyer* núm. 59-3 (2004), p. 1121.

FREYE, D./SCHEIDERER, J.M./MEREDITH, T.P./MISHKIN, B.S., “Truth in Lending Developments”, en *The Business Lawyer* núm. 59-3 (2004), p. 1125.

KÖNDGEN, “Die Entwicklung des privaten Bankrechts in den Jahren 1999-2003”, en *NJW* núm. 18 (2004), p. 1288.

— **CONTRATOS BANCARIOS**

ANTONUCCI, A., *Il credito di ultima istanza nell'età dell'euro*, Bari (2003), 232 pp.

DE IULIIS, C.M., “Lo swap d'interessi o di divise nell'ordenamento italiano”, en *Banca Borsa Titoli di Credito* núm. 3, parte 1.^a (2004), p. 391.

HELVING, G., “El outsourcing de servicios financieros”, en *La Ley* núm. 6061 (14 de julio de 2004), p. 1.

LANGNER, “Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament: Ein neuer Rechtsrahmen für den Zahlungsverkehr im Binnenmarkt”, en *BKR* núm. 4 (2004), p. 131.

MOURA VICENTE, D., “Resolução extrajudicial de conflictos no sector bancário”, en *Revista da Banca* núm. 55 (2003), p. 57.

OLIVERI, G., *Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento*, Milán (2002), pp. XIV-286.

PUYALTO FRANCO, M.J., “La protección del cliente de servicios financieros en la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero”, en *Revista Española de Seguros* núm. 116 (2003), p. 465.

RICHRATH, “Aufklärungs—und Beratungspflichten— Grundlagen und Grenzen”, en *WM* núm. 14 (2004), p. 653.

SCHLÜTER, K., *Kenntnisbeweis und Bankenhaftung. Ein Beitrag zum Recht der Unternehmehshaftung*, Frankfurt (2004), 167 pp.

— **CUENTA CORRIENTE**

DI MARCELLO, T., “La revocatoria delle rimesse e il problema dei ‘modi di estinzione delle obbligación’ nello svolgimento del rapporto di conto corrente bancario”, en *Banca Borsa Titoli di Credito* núm. 3, parte 2.^a (2004), p. 342.

— **PRÉSTAMO**

WILLIAMS, J.L./BYLSMA, M.S., “Federal Preemption and Federal Banking Agency Responses to Predatory Lending”, en *The Business Lawyer* núm. 59.3 (2004), p. 1193.

— **GARANTÍAS EN LA ACTIVIDAD BANCARIA**

AICHER, R.D./COTTON, D.L./KHAN, T.K., “Credit Enhancement: Letters of Credit, Guaranties, Insurance and Swaps (The Clash of Cultures)”, en *The Business Lawyer* núm. 59-3 (2004), p. 897.

LAMPE, D.C., “Federal Preemption and the Future of Mortgage Loan Regulation”, en *The Business Lawyer* núm. 59-3 (2004), p. 1207.

MANGANO, R., “Lettera di patronage forte ed inapplicabilità dell’art. 1938 c.c.”, en *Banca Borsa Titoli di Credito* núm. 3, parte 2.^a (2004), p. 329.

TARDIVO, C.-M., “Osservazioni in tema di estensione della garanzia ipotecaria agli interessi sul capitale garantito (artt. 2855, c.c. e 54, l.fall.)”, en *Banca Borsa Titoli di Credito* núm. 2, parte 2.^a (2004), p. 218.

— **CONTRATOS DE LEASING**

HUDSON, T./LAUDICINA, D.J., “Recent Developments in Motor Vehicle Leasing and Litigation”, en *The Business Lawyer* núm. 59-3 (2004), p. 1145.

ROJC, K./STENDAHL, K.E., “Vicarious Liability of Motor Vehicle Lessors”, en *The Business Lawyer* núm. 59-3 (2004), p. 1161.

DERECHO BURSÁTIL

— **EL MOVIMIENTO LEGISLATIVO EN MATERIA BURSÁTIL EN OTROS PAÍSES Y EN LA UE**

BACHMANN, “Le comité d’audit et ses rapports avec les réviseurs interne et externe”, en *SZW/RSDA* núm. 1 (2004), p. 51.

BARTALENA, A., “Le nuove tipologie di strumenti finanziari”, en *Banca Borsa Titoli di Credito* núm. 3, parte 1.^a (2004), p. 293.

BIEDERMANN, “L’organisation du conseil d’administration du point de vue de l’investisseur”, en *SZW/RSDA* núm. 1 (2004), p. 36.

BLUMER, P., *Aktionärsdemokratie. Sozioökonomische Implikationen sich verändernder Parameter der Vollmachtsstimmrechtsausübung in deutschen Aktiengesellschaften*, Berlín (2004), 338 pp.

BOOTH, R.A., “Windfall Awards Under PSLRA”, en *The Business Lawyer* núm. 59-3 (2004), p. 1043.

CAPRIGLIONE, F., “L’attività di ricerca degli analisti finanziari. Definizione, contenuti e regole nel sistema normativo italiano”, en *Banca Borsa Titoli di Credito* núm. 2, parte 1.^a (2004), p. 119.

DIEKMANN/LEUERING, “Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG)”, en *NZG* núm. 6 (2004), p. 249.

ENTZIAN, T., *Das neue Investmentrecht 2004. Investmentgesetz, durch das Investmentmodernisierungsgesetz. Textsammlung mit den Gesetzesbegründungen, der OGAW-Richtlinie und dem Merkblatt für den Vertrieb ausländischer Fonds*, Bad Vilbel (2004), 398 pp.

FRANCH, M./GÓRRIZ, C., “Les competències de Catalunya en matèria de mercat de valors”, en *Revista Jurídica de Catalunya* núm. 3 (2004), p. 683.

GAO, X., “Corporate Governance in internationaler Perspektive. Deutsche und chinesische Unternehmensgesetzgebung in Vergleich”, Constanza (2004), 182 pp.

IRTI, “Due temi di governo societario (responsabilità ‘amministrativa’-codici di autodisciplina)”, en *Giurisprudenza commerciale* núm. 30.6 (2003), p. 693.

KAUNE/OULDS, “Das neue Investmentgesetz”, en *ZBB* núm. 2 (2004), p. 114.

KUHNER, “Unternehmensinteresse vs. Shareholder Value als Leitmaxime kapitalmarktorientierter Aktiengesellschaften”, en *ZGR* núm. 2 (2004), p. 244.

KUNOLD/SCHLITT, “Die neue EU-Prospektrichtlinie-Inhalt und Auswirkungen auf das deutsche Kapitalmarktrecht”, en *BB* núm. 10 (2004), p. 501.

KUTHE, “Änderungen des Kapitalmarktrechts durch das Anlegerschutzverbesserungsgesetz”, en *ZIP* núm. 19 (2004), p. 883.

MARTENS, K.-P., “Die Reform der aktienrechtlichen Hauptversammlung”, en *Die AktienGesellschaft* núm. 5 (2004), p. 238.

MENDRZYK, C., *Des deutsche Aktienrecht verglichen mit den Principles of Corporate Governance der OECD*, Frankfurt (2004), 326 pp.

MUSTAKI, “Corporate Governance et responsabilité du Conseil d’administration”, en *SZW/RSDA* núm. 1 (2004), p. 64.

NOACK, “Neue Entwicklungen im Aktienrecht und moderne Informationstechnologie 2003-2005”, en *NZG* núm. 7 (2004), p. 297.

OSER/ORTH/WADER, “Beachtung der Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex”, en *BB* núm. 21 (2004), p. 1121.

PAEFGEN, W.G., “Dogmatische Grundlagen, Anwendungsbereich und Formulierung einer Business Judgement Rule im künftigen UMAG”, en *Die AktienGesellschaft* núm. 5 (2004), p. 245.

PESSANI, “Corporate governance, sistema dei controlli e intermediari reputazionali negli Stati Uniti d’America dopo il caso Enron”, en *Giurisprudenza commerciale* núm. 30.6 (2003), p. 746.

PREUSSNER, “Deutscher Corporate Governance Kodex und Risikomanagement”, en *NZG* núm. 7 (2004), p. 303.

SALANITRO, N., “Strumenti di investimento finanziario e sistemi di tutela dei risparmiatori”, en *Banca Borsa Titoli di Credito* núm. 3, parte 1.^a (2004), p. 283.

Von PLANTA, “Le rôle du comité d’audit dans le gouvernement d’entreprise”, en *SZW/RSDA* núm. 1 (2004), p. 43.

WEBER, “Unterwegs zu einer europäischen Prospektur”, en *NZG* núm. 8 (2004), p. 360.

— RÉGIMEN DE ORGANIZACIÓN DE LOS MERCADOS

ERNER/WILKENS/RÖDER, “Die Kursstellung bei Aktienanleihen und Diskontzertifikaten”, en *ZBB* núm. 2 (2004), p. 105.

GROTE, M.H., *Die Entwicklung des Finanzplatzes Frankfurt. Eine evolutionsökonomische Untersuchung*, Berlin (2004), 294 pp.

MEYER, A., “Neue Entwicklungen bei der Kursstabilisierung”, en *Die AktienGesellschaft* núm. 6 (2004), p. 289.

WEBER, “Börsenkursbestimmung aus ökonomischer Perspektive”, en *ZGR* núm. 2 (2004), p. 280.

— **ADMISIÓN A LA COTIZACIÓN Y EXCLUSIÓN**

GRUSON, M., “Die Doppelnotierung von Aktien deutscher Gesellschaften an der New Yorker und Frankfurter Börse: die so genannte Globale Adtie”, en *Die AktienGesellschaft* núm. 7 (2004), p. 358.

SCHLITT, “Die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen des regulären Delisting-Macrotron und die Folgen”, en *ZIP* núm. 12 (2004), p. 533.

— **CONTRATOS BURSÁTILES. EN GENERAL**

BERNAU, “Die Befreiung vom Pflichtangebot nach Paragraph 37 WpÜG”, en *WM* núm. 17 (2004), p. 809.

BÖTTCHER, C., *Aufsichtsrechtliche Rahmenbedingungen für Aktienplatzierungen über das Internet unter besonderer Berücksichtigung des deutschen Rechts*, Hamburgo (2004), 256 pp.

DANIELEWSKY/LEHMANN, “Internationale Asset-Backed-Securities-Transaktionen und das Rechtsberatungsgesetz-Rechtsprechung und Gesetzesänderungen”, en *ZBB* núm. 2 (2004), p. 127.

FLECKNER, “Insolvenzrechtliche Risiken bei Asset Backed Securities” en *ZIP* núm. 13 (2004), p. 585.

FRUMENTO, A.J., “Misrepresentations of Secondary Actors in the Sale of Securities: Does In Re Enron Square with Central Bank?”, en *The Business Lawyer* núm. 59-3 (2004), p. 975.

HILDNER, “Aspekte des Anlagebetrages im staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren”, en *WM* núm. 22 (2004), p. 1068.

LANG, V., *Informationspflichten bei Wertpapierdienstleistungen. Rechtliche Grundlagen, Typenspezifische Anforderungen, Haftung*, Munich (2003), 560 pp.

SCHLITT, M./SCHÄFER, S., “Quick to Market-Aktuelle Rechtsfragen im Zusammenhang mit Block-Trade-Transaktionen”, en *Die AktienGesellschaft* núm. 7 (2004), p. 346.

— **OPERACIONES A PLAZO**

BUX, R., *Die Verdrängung des nationalen Rechts durch Rechtsprechung und europäisches Recht am Beispiel des Anlegerschutzes bei Börsentermingeschäften*, Berlin (2004), 186 pp.

OPAS

AUBEL/WEBER, “Ausgewählte Probleme bei Eingliederung und Squeeze Out während eines laufenden Spruchverfahrens”, en *WM* núm. 18 (2004), p. 857.

DIEKMANN/MERKNER, “Die praktische Anwendung des WpÜG auf öffentliche Angebote zum Erwerb eigener Aktien”, en *ZIP* núm. 18 (2004), p. 836.

HENS, R., *Vorstandspflichten bei feindlichen Übernahmeangeboten. Eine rechtsvergleichende Untersuchung des US-Amerikanischen Rechts, des deutschen Aktienrechts und des WpÜG*, Berlin (2004), 262 pp.

KINDLER/HORSTMANN, “Die EU-Übernehmerichtlinie-Ein ‘europäischer’ Kompromiss”, en *DStR* núm. 20-21 (2004), p. 866.

LOUVEN/BÖCKMANN, “Ausgewählte Rechtsprobleme bei M&A-Auktionen”, en *ZIP* núm. 10 (2004), p. 445.

MAUL, S./MUFFAT-JEANDET, D., “Die EU-Übernehmerichtlinie-Inhalt und Umsetzung in nationales Recht” (Teil I) y (Teil II) en *Die AktienGesellschaft* núm. 5 (2004), p. 221 y núm. 6 (2004), p. 306, respectivamente.

SCHMIDT, H., “Schadensersatz nach Paragraph 327 e Abs. 2 i.V.m. Paragraph 319 Abs. 6 Satz 6 AktG im Wege der Naturalrestitution beim fehlerhaften Squeeze-out?”, en *Die AktienGesellschaft* núm. 6 (2004), p. 299.

SCHUSTER, M., *Feindliche Übernahmen deutscher Aktiengesellschaften. Abwehrstrategien des Vorstandes der Zielgesellschaft*, Berlin (2004), 414 pp.

V. NUSSBAUM, K., *Die Aktiengesellschaft als Zielgesellschaft eines Übernahmeangebots. Vorgaben nach AktG und WpÜG für das Verhalten von Vorstand und Aufsichtsrat während einer Übernahmeauseinandersetzung und für Vorratsbeschlüsse der Hauptversammlung*, Baden-Baden (2003), 296 pp.

WIDDER, “Rechtsnachfolge in Mitteilungsspflichten nach Paragraph 21 ff. WpHG, Paragraph 20 AktG”, en *NZG* núm. 6 (2004), p. 275.

— **RÉGIMEN DE LOS INSIDER**

EKKENGA, “Fragen der deliktischen Haftungsbegründung bei Kursmanipulationen und Insidergeschäften”, en *ZIP* núm. 17 (2004), p. 781.

KELSH, J.P., “Section 304 of the Sarbanes-Oxley Act of 2002: The Case for a Per-

sonal Culpability Requirement”, en *The Business Lawyer* núm. 59-3 (2004), p. 1005.

KUDLICH, “Börsen-Gurus zwischen Zölibat und Strafbarkeit Scalping als Straftat”, en *JR* núm. 5 (2004), p. 191.

LORITZ, “Haftung im Medienbereich bei vorsätzlich falscher Berichterstattung über Kapitalanlageprodukte”, en *WM* núm. 20 (2004), p. 957.

MAHNHOLD, T., *Compliance und Arbeitsrecht Insiderrechtliche Verhaltenskonzepte im nationalen und multinationalen Unternehmen*, Frankfurt (2004), 395 pp.

NIETSCH, M., *Internationales Insiderrecht. Eine Untersuchung über die Anwendung des Insiderrechts auf Sachverhalte mit Auslandsberührung*, Berlin (2004), 438 pp.

PICONE, L., “Trattative, due diligence ed obblighi informative delle società quotate”, en *Banca Borsa Titoli di Credito* núm. 2, parte 1.^a (2004), p. 234.

— **SOCIEDADES Y FONDOS DE INVERSIÓN**

FRAITAG/KISSLING, “Einwendungsdurchgriff beim kreditfinanzierten Erwerb von Fondsbeteiligungen”, en *NZG* núm. 7 (2004), p. 316.

TÍTULOS VALORES

— **TÍTULOS VALORES. EN GENERAL**

ANTONUCCI, A., “Considerazioni sparse in tema di strumenti finanziari derivati creati da banche”, en *Banca Borsa Ti-*

toli di Credito núm. 2, parte 2.^a (2004), p. 204.

CINCOTTI, C., “L’esperienza delle parts bénéficiaires belghe e gli strumenti finanziari partecipativi di cui all’art. 2346

c.c.”, en *Banca Borsa Titoli di Credito* núm. 2, parte 1.^a (2004), p. 221.

— **VALORES MOBILIARIOS**

ACCIONES

DE LUCA, N., “Sottoscrizione ‘consensuale’ di azioni ed emissione di titoli senza annotazioni del ‘debito d’apporto””, en *Banca Borsa Titoli di Credito* núm. 2, parte 2.^a (2004), p. 228.

HELBIG, CH., *Die Zukunft der Aktie. Dokumentation des Jubiläumssymposiums und des Börsenforums 2003 des Deutschen Aktieninstituts E.V.* Munich (2004), 385 pp.

HIRSCH, h., *Der Erwerb eigener Aktien nach dem KonTraG. Unter besonderer Berücksichtigung der Bilanzierung eigener Aktien*, Colonia (2004), 328 pp.

JEAGER, M., *Aktienrückerwerb bei asymmetrischer Informationsverteilung*, Frankfurt (2004), 523 pp.

KERBER, “Die aktienrechtlichen Grenzen der finanziellen Unterstützung des Aktienerwerbs im Buy-out-Verfahren”, en *DB* núm. 19 (2004), p. 1027.

KIETHE, “Aktienoptionen für den Vorstand im Massnahmenkatalog der Bundesregierung-ein Beitrag zur Überregulierung des Aktienrechts”, en *WM* núm. 10 (2004), p. 458.

PULZ, “Personalbindung mit Aktienoptionen”, en *BB* núm. 18 (2004), p. 1107.

RICHTER, “Aktienoptionen für den Aufsichtsrat?”, en *BB* núm. 18 (2004), p. 949.

RICHTER, W./GITTERMANN, S., “Die Verknüpfung von Kapitalerhöhung und Rückerwerb eigener Aktien bei Mitarbeiteraktienprogrammen”, en *Die Aktiengesellschaft* núm. 6 (2004), p. 277.

SCHMID, H./MÜHLHÄUSER, F., “Die Gegenleistung beim Erwerb eigener Aktien mittels Optionen”, en *Die Aktiengesellschaft* núm. 7 (2004), p. 342.

VETTER, J., “Die Gegenleistung beim Erwerb eigener Aktien mittels Call Optionen”, en *Die Aktiengesellschaft* núm. 7 (2004), p. 344.

WESTPHAL, F., *Der nicht zweckgebundene Erwerb eigener Aktien. Die Umsetzung des Art. 19 Absatz 1 der zweiten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie in England, des Niederlanden und Deutschland*, Berlín (2003), 322 pp.

OBLIGACIONES

VETTER, E., “Stock Options für Aufsichtsräte-ein Widerspruch? Zugleich Anmerkung zu dem Urteil des BGH vom 16-2-2004-II ZR 316/2002”, en *Die Aktiengesellschaft* núm. 5 (2004), p. 234.

ÍNDICE GENERAL DEL AÑO 2004

	N.º de Revista	Página
 ARTÍCULOS		
— La insolvencia de las empresas de servicios de inversión. <i>Rita Largo Gil</i>	93	7
— El Reglamento de la Junta General en la Ley de Transparencia de las Sociedades Anónimas Cotizadas (Art. 113 LMV). <i>Luis Fernández del Pozo</i>	93	55
— Los créditos privilegiados en la nueva Ley Concursal. <i>Abel B. Veiga Copo</i>	93	117
— Informe anual del gobierno corporativo. <i>Fernando Sánchez Calero</i>	94	7
— El sistema estadounidense de circulación de las <i>Investment Securities</i> en la disciplina del artículo 8 del <i>Uniform Commercial Code</i> . <i>Dario Latella</i>	94	43
— Algunas reflexiones sobre el fenómeno de la autorregulación. <i>José M.ª de la Cuesta Rute</i>	94	87
— Sobre la separación de dinero en la quiebra. <i>María Luisa Muñoz Paredes</i>	94	117
— El régimen contable durante el período liquidatorio: Intervención de la junta general. <i>Isabel Fernández Torres</i>	95	7
— Información y gobierno electrónico en las sociedades cotizadas. <i>María José Vañó Vañó</i>	95	77
— La financiación de los concesionarios de obras públicas mediante la titulización y el nuevo Derecho concursal. <i>Tomás Vázquez Lépinette</i>	95	123

	N.º de Revista	Página
— El alcance extraterritorial de las normas nacionales sobre el secreto bancario y la libre prestación de servicios en el marco de la Unión Europea. <i>Antonio Javier Adrián Arnaiz</i>	95	157
— Los deberes de los administradores de las sociedades cotizadas. (El artículo 114 de la Ley del Mercado de Valores). <i>José Miguel Embid Irujo</i>	96	7
— La creación de los comisionados para la protección de los clientes de servicios financieros. <i>M.ª Victoria Petit Lavall</i>	96	35
— La amortización de la letra de cambio. <i>Pablo Luis Núñez Lozano</i>	96	57

CRÓNICA

— La Ley 35/2003 de Instituciones de Inversión Colectiva. Una aproximación general a su contenido. <i>Alberto Javier Tapia Hermida</i>	93	175
— La supresión (parcial) del secreto bancario en el ámbito de la Unión Europea. <i>María Jesús Peñas Moyano</i>	93	221
— Identificación de los “intereses concurrentes” y del “interés del concurso” en la nueva Ley Concursal. <i>Emilio González Bilbao</i>	94	167
— Los compromisos por pensiones de las entidades de crédito: su tratamiento jurisprudencial y su regulación por el Banco de España. <i>Mónica Calonje Conde y Joaquín Ruiz Echaurre</i>	94	193
— Pluralidad de acciones y procesos en la entrega de títulos cambiarios. <i>Aitor Zurimendi Isla</i>	95	185
— Comentarios al texto del Real Decreto de regulación de las cuotas participativas de las cajas de ahorros. <i>Manuel Martínez Mercado</i>	95	211

	N.º de Revista	Página
— La Recomendación Europea en materia de retribución de los administradores. (Algunas reflexiones desde el ordenamiento español). <i>Juan Sánchez-Calero y Blanca Puyol</i>	96	163
— Concurrencia, oponibilidad y compensación en la prenda de créditos. <i>Javier Avilés García</i>	96	215

JURISPRUDENCIA

— La comisión mercantil: responsabilidad de la entidad comisionista por impago de los valores emitidos por tercero. <i>Trinidad Vázquez Ruano</i>	93	239
— La información de trascendencia tributaria y el secreto profesional de los auditores de cuentas. <i>Carmen Fernández Rodríguez</i>	93	267
— Territorialidad e irretroactividad del Derecho sancionador del mercado de valores. <i>Mercedes Fuertes</i> .	94	215
— La <i>exceptio non rite adimpleti contractus</i> en la oposición al juicio cambiario. <i>Pilar Peiteado Mariscal</i> .	95	235
— Aumento de capital para mantener la autocartera. <i>María de la Sierra Flores Doña</i>	96	251

NOTICIAS

— Ley de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados. <i>M.ª Rocío Quintáns Eiras</i>	93	287
— La Directiva 2003/125/CE sobre la presentación imparcial de las recomendaciones de inversión y la revelación de conflictos de intereses. <i>Alberto J. Tapia Hermida</i>	93	293
— Orden ECO/3722/2003, de 26 de diciembre, sobre el informe anual de gobierno corporativo y otros instrumentos de información de las sociedades anónimas cotizadas y otras entidades. <i>Blanca Puyol Martínez-Ferrando</i>	93	296

	N.º de Revista	Página
— Desarrollos jurisprudenciales recientes en los EE.UU. sobre el alcance de la responsabilidad del Consejo de Administración en relación con la retribución e indemnización de sus integrantes y de altos directivos de la compañía. <i>Alejandro Fernández de Araoz Gómez-Acebo</i>	93	299
— La Directiva 2003/71/CE sobre el folleto de oferta pública o admisión a cotización de valores. <i>Alberto Javier Tapia Hermida</i>	93	306
— Nuevas oportunidades para la segregación de activos en Italia. <i>Eduardo García García</i>	93	313
— Cajas de ahorros: informe de gobierno corporativo e información sobre hechos relevantes. <i>Juan Sánchez-Calero Guilarte</i>	93	316
— Nota informativa sobre la 36.ª sesión del plenario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (CNUDMI-UNCITRAL). <i>Pilar Barres Benlloch</i>	93	319
— Aprobados los Códigos de Conducta de las entidades sin ánimo de lucro para la realización de inversiones temporales. <i>Jaime Baillo Morales-Arce</i>	93	332
— El concepto de “acción concertada” en la normativa alemana sobre opas: la decisión del BaFin (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht) de 23 de enero de 2004 en el asunto “Beiersdorf”. <i>Alejandro Fernández de Araoz Gómez-Acebo</i>	93	334
— Aprobado el régimen simplificado para la contabilidad de pequeñas y medianas empresas. <i>Juan Sánchez-Calero Guilarte</i>	93	336
— Publicidad del Registro de Operaciones sobre Acciones Propias. <i>Juan Sánchez-Calero Guilarte</i>	93	338
— Aprobación de la Directiva sobre Ofertas Públicas de Adquisición. <i>Fernando Sánchez Calero</i>	94	237
— El nuevo Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones. <i>Alberto Javier Tapia Hermida</i>	94	239
— Informe del <i>Takeover Panel</i> sobre el ejercicio 2002-2003. <i>Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro</i> .	94	244
— Establecimiento de un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados. <i>Alfonso Guilarte Gutiérrez</i> .	94	246
— Aplicación por primera vez de las Normas Internacionales de Contabilidad. <i>Alberto Ayala</i>	94	247

	N.º de Revista	Página
— La Directiva 2003/125/CE de la Comisión sobre la presentación imparcial de las recomendaciones de inversión y la revelación de conflictos de intereses. <i>Alberto Javier Tapia Hermida</i>	94	248
— Nueva numeración de la Órdenes ministeriales. <i>Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro</i>	94	251
— La Directiva 2004/39/CE sobre los mercados de instrumentos financieros. <i>Alberto Javier Tapia Hermida</i>	94	252
— Propuesta de modificación de la Octava Directiva en materia de sociedades, relativa a los auditores de cuentas. <i>Alberto Ayala</i>	94	258
— La Comisión Europea publica cuatro informes de expertos independientes sobre la evaluación del Plan de Acción de Servicios Financieros. <i>Juan Sánchez-Calero Guilarte</i>	94	260
— Régimen simplificado de contabilidad. <i>Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro</i>	94	262
— Resolución del ICAC sobre utilización de técnicas de muestreo y de otros procedimientos de comprobación selectiva. <i>Alfredo Muñoz García</i>	94	264
— El desarrollo de la Directiva 2003/6/CE sobre el abuso de mercado por el Reglamento (CE) núm. 2273 y las Directivas 2003/124/CE y 2003/125/CE, de la Comisión. <i>Alberto Javier Tapia Hermida</i>	94	269
— Segundo Seminario Harvard-Complutense de Derecho de los negocios (“conflictos en el ámbito del <i>corporate governance</i> y crisis de las sociedades cotizadas”). <i>Sagrario Navarro Lérida y Alfredo Muñoz García</i>	95	247
— Gobierno corporativo: la revisión de los “Principios” de la OCDE y una nueva edición del <i>Corporate Director’s Guidebook</i> . <i>Juan Sánchez-Calero</i>	95	254
— Quinto Coloquio Judicial UNCITRAL-INSOL sobre insolvencia transfronteriza. <i>Alfonso Guilarte Gutiérrez</i>	95	256
— Iniciativas internacionales vinculadas con la próxima aplicación de las NICs. <i>Juan Sánchez-Calero</i>	95	257
— Novedades sobre el Banco Central Europeo. <i>Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro</i>	95	258
— Circular del Banco de España sobre la Central de Información de Riesgos. <i>Juan Sánchez-Calero</i>	95	260

	N.º de Revista	Página
— El problema de la responsabilidad civil subsidiaria de las empresas de inversión por los delitos cometidos por sus representantes: notas a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª) de 26 de enero de 2004. <i>Alejandro Fernández de Araoz Gómez-Acebo</i>	95	262
— Informe de la Cámara de los Lores sobre la responsabilidad del auditor. <i>Christi Amesti Mendizábal</i>	95	272
— La labor de UNCITRAL en materia de fraude comercial internacional. <i>Juan Sánchez-Calero</i>	95	272
— Novedades en la regulación del Banco Central Europeo. <i>Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro</i>	96	271
— Novedades en la legislación de seguros. <i>Alberto Javier Tapia Hermida</i>	96	272
— Nueva Propuesta de Directiva en materia de crédito a los consumidores. <i>Alberto Ayala</i>	96	275
— Comunicación de la Comisión Europea sobre prevención y lucha contra las malas prácticas financieras y corporativas. <i>Isabel Fernández Torres</i>	96	276
— Informe del <i>Takeover Panel</i> sobre el ejercicio 2003-2004. <i>Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro</i>	96	279
— Principios de Derecho concursal europeo. <i>José Luis Colino Mediavilla</i>	96	281
— Memoria del año 2003 del Servicio de Reclamaciones del Banco de España. <i>Alfonso Guilarte Gutiérrez</i>	96	283
— Incremento de la litigiosidad en Italia con motivo de la nueva orientación jurisprudencial sobre ilicitud del anatocismo en los intereses bancarios. <i>Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro</i>	96	284
— Consulta de los Servicios de la Dirección General del Mercado Interior: elaboración de un régimen adecuado sobre los derechos de los accionistas. <i>Isabel Fernández Torres</i>	96	286
— Propuesta de Directiva sobre aspectos de la mediación en materia civil y mercantil. <i>Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro</i>	96	289
— Creación del Foro europeo sobre la Gobernanza Empresarial. <i>Alfonso Guilarte Gutiérrez</i>	96	291
— Condena del TJUE a España por incumplir la Directiva de cláusulas abusivas en los contratos de consumidores. <i>Adolfo Domínguez Ruiz de Huidobro</i>	96	291